

CRÍTICA A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO (EXP. N° 013-2014-PI/TC)

UN SISTEMA DE TERCERIZACIÓN LABORAL DISCRIMINATORIO NO PUEDE SER CONSTITUCIONAL

Omar Toledo Toribio¹

*“Cuando el resultado que se obtiene de una rápida liberalización comercial es el aumento del desempleo, es posible que no se noten los beneficios que ésta prometía. Cuando los trabajadores pasan de puestos de trabajo de baja productividad, pero protegidos, al desempleo, es probable que aumente la pobreza, no el crecimiento”.*²

Resumen: En el presente artículo se aborda un enfoque crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 013-2014-PI/TC, su fecha 10 de setiembre 2020, (En adelante la STC). En la citada sentencia se declara infundada, por mayoría, la demanda de demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, que regulan la tercerización en el Perú. Previa a ello, se hará una referencia al marco teórico de la tercerización (*outsourcing*), esto es, en lo referido a la definición, la ubicación conceptual del contrato y los antecedentes de la tercerización en el Perú. Luego existe un análisis de la regulación de la tercerización en el Perú y finalmente, se establecen las conclusiones.

Palabras clave.- Descentralización productiva. Tercerización. Outsourcing. Intermediación Laboral. Actividad Nuclear.

1- Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Abogado (UNMSM), JUEZ SUPERIOR TITULAR, Presidente de la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima. con estudios de Maestría en Magistratura en el Departamento de Post grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, (UBA), Argentina. Estudios de Litigación Oral Laboral en el California Western School Of Law, en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" de Colombia. Ha realizado una pasantía internacional en el sistema de justicia laboral de Chile, organizado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Profesor del curso de Derecho Constitucional Laboral en la Maestría en Derecho del Trabajo de la PUCP. Catedrático de la Facultad de Derecho –Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho (Sección post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010 por el Supremo Gobierno y la Medalla Cívica del Derecho otorgada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2017). Ha publicado los siguientes libros: Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta Laboral, Lima 2009, Editorial Grijley, Derecho Procesal Laboral –Principios y Competencia en la NPLT, Lima 2011, Editorial Grijley; La Tercerización Laboral (outsourcing), Lima 2015 Editorial Grijley; La Casación Laboral, Lima 2018, Gaceta Jurídica; Instituciones de Derecho procesal del Trabajo, Lima 2020, Gaceta Jurídica.

2- Joseph E. Stiglitz "COMO HACER QUE FUNCIONE LA GLOBALIZACIÓN" Taurus, Pensamiento, Colombia 2006, pág. 101

1. INTRODUCCIÓN

Si bien la Ley que regula los servicios de tercerización laboral en el Perú, Ley N° 29245, define lo que se entiende por tercerización (*outsourcing*) y establece normas que regulan esta figura, no aborda de manera precisa un tema neurálgico como es determinar si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear –*core business*– de la empresa. A ello se añade que al día siguiente de la dación de la Ley 29245, se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que mediatizó algunas de sus normas limitando el ámbito de aplicación de la misma y restringiendo la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, lo cual ha sido reflejado con mayor énfasis con la expedición del Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, norma esta última que además abre las puertas a la utilización de la tercerización incluso para el cumplimiento de las funciones nucleares de la empresa.

Como consecuencia de ello se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria.

Si bien resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y, la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierte a este mecanismo en un vehículo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa principal y lo percibido por el trabajador de la empresa tercerista.

Precisamente frente a la citada cuestión problemática de manera preliminar podemos señalar que el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha desperdiciado una magnífica oportunidad para pronunciarse de manera definitiva respecto a las implicancias de la tercerización laboral en la debida observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores (observándose el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución), especialmente el principio-derecho de la igualdad ante la ley, y deslindar la discusión que se mantiene en el ámbito jurisprudencial respecto a si resulta posible que se pueda tercerizar la actividad nuclear de la empresa (*core bussines*) pues la utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierten a este mecanismo en instrumento de abaratamiento de los costos laborales, afectando los derechos de los trabajadores, esto es, se torna en una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales en lugar que se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

2. LA TERCERIZACIÓN (*OUTSOURCING*)

2.1 Definición

La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente 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 éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realizaci-

ón 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, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

En doctrina, la tercerización es conocida como outsourcing, figura que es definida por Juan Razo Delgue como “la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas”³ Por otro lado, Jorge W. Peyrano, señala que “Una posible forma de definir el término outsourcing es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa outsourcing hace referencia al recurso a fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, el outsourcing se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el outsourcing los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo”.⁴

Morales Corrales, Pedro⁵ citando a Jorge Tovar Velarde, señala refiriéndose al siguiente término “Outsourcing” lo siguiente; “Este concepto, el outsourcing, designado con un vocablo del idioma inglés, alude a la utilización por una empresa de determinados servicios o apoyos de una fuente externa (out = fuera, source = fuente, origen, principio).

El uso más extendido e intenso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste. En la actualidad el outsourcing o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial.

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

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral constituye una figura distinta. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o proporcione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios. En el Perú la Ley 27626 regula la intermediación laboral en nuestro medio, la misma que establece que se puede recurrir a la intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales; b) la prestación de servicios complementarios y c) la prestación de servicios especializados. Asimismo, se ha establecido que la intermediación puede ser prestada por personas jurídicas, llámese empresa de servicios (service) o una cooperativa de trabajadores, siendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios a las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la

3- En Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, año 2000, pp.38.

4- La Privatización, Transferencia o tercerización de funciones judiciales, En Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

5- Morales Corrales, Pedro G. “Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas”, En: Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos, III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho y Seguridad Social, Lima, Setiembre de 2008, p. 251.

empresa, en tanto que dicho porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía. A ello hay que agregar que mediante el D.S.N° 008-2007-TR (27.4.07) se han modificado las definiciones contenidas en el D.S. 03-2002-TR, de tal forma que se define como "actividad principal" (prohibida para intermediación laboral) a aquella actividad consustancial al giro del negocio como son las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, esto es, toda actividad sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones.

Podemos concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Al efectuar la distinción entre las citadas figuras Ben Schneider considera que "existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el core bussiness de la empresa, hacia un proveedor especialista"⁶

Para Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, determinados ciclos o procesos productivos, debido a su complejidad, son llevados a cabo no por una sola organización empresarial sino por varias coordinadas entre sí pero que, a diferencia de las empresas integradas en los grupos que se han estudiado ya, conservan autonomía económica además de la jurídica. Es un caso frecuente, por ejemplo, en el sector de la construcción y obras públicas y en el sector de construcción naval; es un fenómeno más reciente su extensión a empresas del sector servicios (banca, informática, transportes, por ejemplo), cuando aquéllas desplazan una parte de su actividad hacia otras distintas.

Variado conjunto de casos de descentralización productiva a través de las prácticas de subcontratación entre empresas que se encuadra frecuentemente en el término genérico de externalización de los procesos productivos de la empresa (outsourcing en la terminología anglosajona), incentivado hoy sobre todo por razones económicas, como son la reducción de personal y de costes fijos en la empresa principal o el aumento de rentabilidad y de su flexibilidad de funcionamiento. Lo cual, a su vez, obliga a plantear cuáles pueden ser los efectos jurídicos provocados para los trabajadores de las empresas que se hacen cargo de esa parte descentralizada de la producción de la empresa principal.

El ordenamiento laboral ha dedicado tradicionalmente a esta figura una atención especial. Esto se debe, en primer lugar, a que, incluso cuando la contrata o subcontrata se utilice lícitamente y sin ninguna intención fraudulenta, se produce un desplazamiento de responsabilidades empresariales cuyos efectos es necesario prever y regular. De ahí que la reacción del ordenamiento haya sido la de crear una regulación protectora del trabajo en contratas; en otras palabras, una regulación en la que los trabajadores de la empresa auxiliares vean asegurado el cumplimiento de las obligaciones empresariales y reciban un tratamiento similar al de los trabajadores de la empresa principal.⁷

Para Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, en la tercerización es preciso distinguir con claridad entre dos figuras:

- 1) El traficante de mano de obra que adopte la apariencia de empresario real, al que se asimila el pretendidamente independiente de otro principal para el cual exclusivamente trabajada; estamos ante una forma de la recién analizada cesión ilícita de mano de obra a la que se ha de aplicar ET, art.43.

6- OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, Lima, abril 2004, pág. 31).

7- Martín Valverde Antonio, Rodríguez Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín.- "DERECHO DEL TRABAJO", Decimotava Edición, Editorial Tecnos, Madrid 2009, pág. 237.

- 2) El empresario [*contratista*] que “asumiendo los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios de dicha condición de empresario”..., con “una organización y gestión propias” (Rodríguez-Piñero), asume la realización de obras o servicios cuya ejecución le confía otro [*empresario principal*], para sí propio o para la ejecución de un encargo que a su vez ha recibido de otro empresario, en cuyo caso éste es el principal, lo que quiere decir que el contratista subcontrata [confía a un *subcontratista*] parte de su encargo (apareciendo entonces la serie [1] empresario principal, [2] contratista, [3] subcontratista, en vez de la serie simple empresario principal-contratista). Contratos todos ellos lícitos -resultantes de la amplia posibilidad del uso por cada empresa de empresas auxiliares-, cuyos efectos laborales reflejos se abordan por ET, art.42.⁸

Según Wilfredo Sanguinetti Raymond, la Tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por éste con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, así como de personal a él subordinado. Emblemática resulta aquí la definición aportada en el caso del Perú por el artículo 2 de la Ley 29.245, de acuerdo con el cual “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusividad subordinación”.⁹

3. UBICACIÓN CONCEPTUAL DEL CONTRATO

Es un tema de debate lo referido a la ubicación conceptual del contrato. Si bien el contrato de tercerización (*outsourcing*) no se encuentra descrito en el Código Civil de 1884 como un contrato nominado, sin embargo, nosotros somos de la opinión de que se trata de un contrato civil pues regula las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, relaciones que deben someterse a las normas del Código Civil. Por lo demás, esta distinción entre contratos civiles y mercantiles se hace cada vez más difusa y tiene fines meramente ilustrativos, en todo caso.

No obstante a ello, existen opiniones como las de Daniel Echaíz Moreno que considera que se trataría más bien de un contrato mercantil. En efecto, el citado autor señala: (...), “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 del derecho laboral como tampoco lo es del derecho civil, pues se ubica en el derecho comercial, específicamente, en el ámbito contractual”. Más adelante este mismo autor señala: “que sin perjuicio de la naturaleza jurídica de este contrato y de las que ostenta respecto al mandato, la locación de obra, la locación de servicios y la subcontratación, todo lo cual trataremos más adelante, afirmamos que el contrato de *outsourcing* es un contrato mercantil (en el criterio tradicional) y un contrato empresarial (en el criterio moderno) que constituye una herramienta de gestión de negocios.”¹⁰

8- Olea Manuel Alonso, Casas Baamonde María Emilia, “DERECHO DEL TRABAJO”, Decimonovena Edición, Revisada, Madrid 2001, Pág. 115-116.

9- Sanguinetti Raymond, Wilfredo.- “DERECHO DEL TRABAJO, TENDENCIAS CONTEMPORANEAS”, Lima 2013, Editorial GRILEY, pág. 206-207.

10- ECHAIZ MORENO, Daniel, “Marco Conceptual sobre los grupos de empresas”. En Instituciones de Derecho Empresarial, Lima 2010, Editorial APECC, Pág. 384.

4. ANTECEDENTES DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ.

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (services) y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del outsourcing o la tercerización de servicios. Sin embargo, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR –Reglamento de la citada ley- ha efectuado un inventario de un conjunto de figuras que según la misma norma no constituyen intermediación laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior se puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la tercerización de servicios con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

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 la 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.

El artículo 4°-A del Decreto Supremo N° 020-2007-TR señala que los contratos de tercerización de servicios a que se refiere el artículo 4 del mismo decreto supremo “con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados”.

El artículo 4°-B de la citada norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4°, antes citado, o que implique la simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación laboral directa con la empresa principal.

Finalmente, el artículo 4° -C de la norma en comento bajo el rubro de garantía de derechos laborales determina que los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado y que este derecho “se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto a su empleador”. (sic.).

Asimismo, uno de los aspectos saltantes de la citada norma consiste en que dispone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los trabajadores amparados por el fuero sindical.

Finalmente, a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la LEY N° 29245 (24-06-08) y, al día siguiente, el DECRETO LEGISLATIVO N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008.

5. LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ

5.1 Ley Que Regula Los Servicios De Tercerización.

La Ley N° 29245 recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

El Artículo 2 de la ley define lo que se entiende por tercerización en los siguientes términos: se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – core business - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta.

Es el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización en los siguientes términos: El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *core business*, que constituye la razón de ser de la empresa y que precisamente es el tema central que abordaremos en la presente tesis.¹¹

6. ELEMENTOS CARACTERISTICOS.

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

11- En efecto esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: "una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core business*, esto es su actividad nuclear". En: "Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral", Lima 2008, Gaceta Jurídica S.A., pág. 171.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.1 del reglamento ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08-AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

8.- Siendo así, en relación al cuestionamiento del demandante al numeral uno del artículo cuarto del Reglamento cabe señalar lo siguiente: Del análisis del artículo 2 de la Ley N°29245, se puede concluir que categóricamente fija la definición de tercerización, como 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. Además en este mismo artículo, segundo párrafo, nos informa cuales son elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Por otro lado, en este artículo remarca que en ningún caso se admite la sola provisión de personal.

9.- De lo que se advierte a todas luces es que la definición y características establecidas por la norma, si bien es cierto es amplia y genérica en el ámbito de su aplicación, no lo es en cuanto establece los parámetros objetivos para la configuración de la tercerización, con sus características propias y definidas las cuales se configuran copulativamente y no de forma independiente, por lo que no dan espacio para el análisis e interpretación. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 4 del Reglamento bajo análisis, al referirse a los elementos propios de los servicios de tercerización, estipula que los "indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora". De lo anterior se advierte de la precitada norma del Reglamento al referirse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización. Siendo así, en este punto, resulta fundada la demanda de acción popular.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.1 del REGLAMENTO. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

6.1 Pluralidad de Clientes

El Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la Ley 29245, respecto a la pluralidad de clientes, establece que las empresas comprendidas en los alcances de la Ley N° 29245 podrán adecuarse a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma, en lo que respecta a la pluralidad de clientes, en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, a contar desde el momento de su constitución.

Señala asimismo que esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios. En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

En efecto, el REGLAMENTO en su artículo 4.2 establece lo siguiente: De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.

- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.2 del reglamento fue materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, proceso antes citado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

10.- En relación al cuestionamiento realizado por el sindicato accionante al punto 4.2, literales a, b y c. Al respecto es preciso señalar que el Decreto Legislativo N°1038, artículo 1, al referirse al plazo para adecuación al artículo 2 de la Ley N° 29245, en el párrafo in fine, se aprecia que esta norma autoriza a que este punto se regule posteriormente en el Reglamento, cuando señala que: "En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación." (Sic). Siendo que existe una delegación expresa efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1038, el cual tiene rango de ley, a efectos de que el Reglamento regule este aspecto, no se evidencia contravención alguna la ley de tercerización. Por lo que en este segmento corresponde declarar infundada la demanda.

6.2 Que cuente con equipamiento y local.

Respecto a este elemento debemos señalar que con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.3 del REGLAMENTO ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP antes citado, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

11.- En relación al cuestionamiento al primer párrafo del punto 4.3 del Reglamento y en cuanto al segundo párrafo de este punto en el extremo que se declara "Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración". Como se ha mencionado líneas arriba la ley de tercerización en su artículo dos establece, como parte integrante de la definición de la tercerización, que las empresas tercerizadoras "cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales", asimismo, señala como uno de sus elementos que lo caracterizan a las empresas tercerizadoras es "que cuente con equipamiento.", de lo que se aprecia que la Ley en mención no regula este aspecto bajo la figura de "propiedad" pues debe tenerse en cuenta además que en la gestión de las empresas existen mecanismos como el arrendamiento financiero (leasing) mediante los cuales las misma pueden contar con equipamiento. Siendo así, este extremo no contraviene la Ley de tercerización, por lo que debe declararse infundado.

12.- En relación al cuestionamiento al segundo párrafo del punto 4.3 del Reglamento respecto del extremo que establece "(...) o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral". Como se ha señalado líneas arriba, la empresa tercerizadora debe contar necesariamente con el local o equipamiento necesario para el cumplimiento de la actividades o proceso encargados por la empresa principal, esto constituye un elemento caracterizante de la tercerización.

13- Que, como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva "o" con el complemento "formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral", en el supuesto en comento, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. Siendo así, dicho extremo de la demanda resulta amparable.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.3 del Reglamento. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

6.3. Otros Elementos.

Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares. (Artículo 4.4 del REGLAMENTO).

7. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES.

El artículo 2 de la LEY señala que la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Por otro lado, el artículo 4 de la misma LEY señala que los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuáles es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Asimismo, el artículo 7 de la LEY establece que los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

- 1) Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminados. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
- 2) Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.

- 3) La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.
- 4) Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, incluyendo los referidos en el numeral 2 del presente artículo, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el numeral 3 del presente artículo, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

8. DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN.

El artículo 5 de la LEY señala que “ los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

El REGLAMENTO en su artículo 5 considera que se produce la desnaturalización de la tercerización: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora. b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal. c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

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

9. CONTENIDO DE LOS CONTRATOS Y DERECHOS DE INFORMACIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Respecto al contenido del contrato, el artículo 4 de la LEY establece que los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Por su parte, el artículo 8 del REGLAMENTO establece que la información a la que se contrae el artículo 4 de la Ley se encuentra referida a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Dicha información podrá ser incluida en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita.

La obligación de informar de la empresa tercerizadora, a la que hace mención el artículo 6 de la Ley, se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, sus representantes y sus organizaciones sindicales, antes del desplazamiento. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos.

La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

10. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR LOS DERECHOS LABORALES.

El artículo 9 de la LEY establece que La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30° de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario "Ramírez c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A", impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o licuación de la solvencia.¹²

Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que:

- a) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.
- b) De conformidad con el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.
- c) De conformidad con el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

12- Toledo Toribio, Omar. "La Tercerización en el Sistema Laboral Peruano. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que la regula". En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2008, págs. 173 a 177.

El Reglamento respecto a la solidaridad señala los siguientes alcances: la extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9 de la Ley alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social. Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley.

Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5 de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo N° 003-98-SA. El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento.

11. EL REGISTRO DE LAS EMPRESAS TERCERIZADORAS.

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución.

La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta a la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.

El artículo 9° del REGLAMENTO establece que se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución.

Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal, y la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado. Notificada la cancelación del registro la empresa de tercerización estará impedida de desplazar trabajadores. Publicada la cancelación del registro en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización.

En caso de cancelación del registro, las empresas principales disponen de un plazo de 30 (treinta) días calendario a fin de efectuar la adecuación correspondiente.

Por otro lado la Disposición Final Única del REGLAMENTO, incorporada por el Artículo 1 del Decreto Supremo N° 010-2008-TR, publicado el 03 diciembre 2008. Establece que los Registros Administrativos Sectoriales de las empresas contratistas y subcontratistas mantienen su vigencia. La presente disposición será aplicable a los siguientes registros, así como a los que se expidan para determinadas actividades económicas:

- a) Registro Público de Hidrocarburos, regulado por los Decretos Leyes N° 19038 y 22239.
- b) Registro de Empresas Contratistas Mineras, regulado por el Decreto Supremo N° 021-2008-EM, el cual fuera modificado por el Decreto Supremo N° 021-2008-EM.
- c) Registro Nacional de Empresas Contratistas y Subcontratistas de Construcción Civil (RENECOSUCC), regulado por el Decreto Supremo N° 004-2007-TR y por la Resolución Ministerial N° 195-2007-TR.

Las empresas contratistas o Subcontratistas consideradas en el párrafo anterior registrarán en sus planillas electrónicas el desplazamiento de su personal a las empresas principales, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y a sus normas modificatorias y complementarias.”

12. LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales.

En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguinetti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú.¹³

13. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (EXP. N° 013-2014-PI/TC)

13.1 Antecedentes

Con fecha 23 de junio de 2014, el Colegio de Abogados del Callao interpuso demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245; y contra el artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, alegando la vulneración de los artículos 23, 26, 27 y 28 de la Constitución, así como diversos tratados internacionales.

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El artículo 3 de la Ley 29245 vulnera los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución, así como los convenios internacionales suscritos por el Estado peruano en materia laboral, al permitir, tras esta disposición, que se utilice contratistas para desarrollar la misma labor que realiza la empresa principal, pero con otras condiciones laborales menos garantistas a fin de rebajar los costos laborales. Al permitir la tercerización de toda una etapa productiva de la empresa principal, se estaría desnaturalizando esta figura, dado que esta sólo debe recaer en labores complementarias.
- El artículo 7 de la Ley 29245 viola la dignidad del trabajador y el principio de igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de empresa principal, pese a que realizan las mismas labores.

13- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. "Derecho del Trabajo, Tendencias contemporáneas" Lima 2013, Editorial GRIJLEY, Pág. 200-210.

- El penúltimo párrafo del artículo 9 del mismo cuerpo normativo estaría vulnerando el principio de igualdad y la dignidad del trabajador contemplado en el artículo 23 de la Constitución, al reducir el plazo de prescripción para hacer efectiva la responsabilidad, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, de la empresa principal.
- La Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 vulnera el artículo 23 de la Constitución, dado que permitir la subcontratación en la tercerización genera precarización laboral, al establecer peores condiciones laborales.
- El último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038 vulnera el artículo 23 de la Constitución, toda vez que introduce supuestos de excepción a la pluralidad de clientes en el ámbito de las empresas tercerizadoras y esto favorece la posibilidad de que se presenten supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores.
- La norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por omisión en tanto que no se establece la igualdad entre los trabajadores desplazados y el resto de trabajadores y por cuanto no se fija un porcentaje máximo de tercerización de los procesos productivos de la empresa principal abriendo la posibilidad de que toda actividad de la empresa principal sea tercerizada.

A través del auto de fecha 22 de marzo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú incorporándola al proceso de inconstitucionalidad en calidad de tercero.

La Federación alega lo siguiente:

- El artículo 3 de la Ley 29245 vulnera los artículos 22, 23 y 24 de la Constitución al precarizar las relaciones típicas laborales, estableciendo una política regresiva de los derechos de los trabajadores, lo cual va en contra de diversas normas internacionales.
- El inciso 1 del artículo 7 de la Ley 29245, vulnera los artículos 23, 24 y 26 de la Constitución, debido a que no se garantizan los derechos laborales de los trabajadores tercerizados en caso de que ocurra alguna contingencia. Asimismo, menciona que dicha disposición contraviene lo dispuesto en el Convenio 100 de la OIT, el cual establece que debe existir igualdad de remuneraciones. En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 9, se aduce que si bien la empresa tercerizadora es solidariamente responsable con la empresa principal, esta se encuentra circunscrita al plazo de un año contado desde la culminación de sus desplazamiento, lo cual genera desigualdad de oportunidades, vulnerando el artículo 26.1 de la Constitución y el Convenio 100 de la OIT.

Por otro lado, se señala que la Primera Disposición Complementaria Final de dicho cuerpo normativo avala la precarización laboral al permitir la subcontratación, lo cual colisiona con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Constitución. En relación al Decreto Legislativo 1038, se menciona que el último párrafo del artículo 1 vulnera el artículo 23 de la Constitución, en la medida que el establecimiento de excepciones a la pluralidad de clientes de las empresas tercerizadoras desnaturaliza el objeto de la norma y la protección de los derechos laborales. Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, la FNTMNSP señala que el legislador al emitir la Ley 29245 ha omitido manifestarse respecto de la situación de los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora con relación a la empresa principal. Finalmente señalan que el 8 de mayo de 2015 la federación admitida como tercero llevó a cabo una huelga general indefinida, teniendo como principal finalidad derogar la Ley 29245, dado que en el sector minero se han tercerizado el 70% de las actividades principales; por lo que el análisis de constitucionalidad de esta materia resulta de gran importancia.

14. PRONUNCIAMIENTO EN MAYORÍA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

14.1 Vulneración de la dignidad del trabajador

En relación a la vulneración a la dignidad del trabajador el voto en mayoría del TC efectúa un análisis en función a cada uno de los artículos materia de cuestionamiento en este proceso de inconstitucionalidad.

14.2 Análisis de constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 29245

En relación a este punto el voto en mayoría del TC señala lo siguiente:

33. La disposición impugnada establece que:

Artículo 3: Casos que constituyen tercerización de servicios. Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”(énfasis añadido).

34. La parte demandante señala que esta disposición permite que se tercerice la actividad principal de la empresa usuaria, lo que significa que los trabajadores de la empresa tercerizadora desempeñen la misma labor, pero con menores condiciones laborales, afectando la dignidad del trabajador.

35. Corresponde comenzar advirtiendo que en esta modalidad de subcontratación la empresa tercerizadora se encarga de una etapa del proceso productivo de la empresa principal, asumiendo por su cuenta y riesgo la actividad delegada.

36. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece que: "La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores".

37. Dado lo expuesto, la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales a trabajadores de la empresa tercerizadora carece de sustento, toda vez que la ley presamente manifiesta que estos no son restringidos.

38. Asimismo, corresponde advertir que los trabajadores tercerizados se encuentran subordinados únicamente a la empresa tercerizadora, siendo esta última la encargada de garantizar que los derechos laborales de este sector sean protegidos.

39. Por lo tanto, la disposición impugnada no lesiona la dignidad del trabajador en su actividad laboral, por lo que corresponde declarar infundado dicho extremo de la demanda.

14.3 Análisis de constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 29245.

En relación a este punto el voto en mayoría del TC señala lo siguiente:

40. El artículo 7 del cuerpo normativo cuestionado establece que:

Los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente: 1. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador(...).

41. La parte demandante alega que dicha disposición no establece igualdad de derechos entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y los de la empresa principal, generando que en un mismo centro de trabajo no se cuenten con las mismas condiciones laborales, en virtud de lo cual se vulneraría el artículo 23 de la Constitución.

42. *Tal como se ha señalado supra, los trabajadores que prestan servicios de tercerización, hayan o no hayan sido desplazados, no tienen ninguna relación laboral con la empresa principal, sino que este vínculo solo se genera con la empresa tercerizadora.*

43. *Asimismo, la Ley 29245, en su artículo 2 señala expresamente, que los derechos laborales de los trabajadores sujetos a esta modalidad de contratación, no se restringen de ninguna manera.*

44. *Por lo tanto, ese Tribunal estima que la disposición impugnada, no lesiona la dignidad del trabajador por lo que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.*

Como se podrá apreciar de los fundamentos 36 a 38, 42 y 43 el TC responde al cuestionamiento, que hacen los demandantes a los artículos 3 y 7 de la ley de tercerización, en base a lo regulado por la misma ley lo cual revela que se ha omitido hacer un análisis constitucional de las normas impugnadas, esto es, la conformidad de la disposición cuestionada con el derecho a la dignidad del trabajador cautelado en la Carta Política. En efecto, el hecho que el artículo 2 de la Ley 29245, señale que *la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores* no significa necesariamente que ello sea así pues los trabajadores de las empresas de tercerización no tienen, en términos reales, los mismos derechos que los trabajadores de la empresa principal pues, para citar un ejemplo, no tienen derecho al mismo monto por concepto de utilidades no obstante haber entregado sus esfuerzos para el logro de las utilidades de la empresa principal. Igualmente, no cuentan con las mismas condiciones de trabajo (uniformes, implementos de seguridad y prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no obstante, en muchos casos, realizar la misma labor. Esto último evidentemente resiente no solamente la dignidad del trabajador, que no puede ser limitada por expreso sino además afecta el principio-derecho a la igualdad ante la ley

14.4. Análisis de constitucionalidad del artículo 9 De La Ley 29245.

En relación a este punto el voto en mayoría del TC señala lo siguiente:

45. *El Colegio de Abogados del Callao impugna también el artículo 9 de la Ley que Servicios de Tercerización en cuanto establece que:*

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral (subrayado agregado).

46. *La parte demandante considera que se estaría vulnerando la dignidad del trabajador, al reducir el plazo de prescripción de responsabilidad, ya sea patrimonial o extra patrimonial, de la empresa principal frente a los trabajadores desplazados.*

47. *Este Tribunal advierte que dicha disposición debe ser interpretada conforme al Decreto Legislativo 1038, "Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización", en cuyos artículos 2, 3 y 4, se regula el ámbito de las obligaciones y restricciones, la responsabilidad en la tercerización de servicios y el derecho de repetición y privilegios.*

48. *En ese sentido, se establece que la obligación contenida en el artículo impugnado es aplicable a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.*

49. *Por otro lado, se señala que la solidaridad contenida en dicha disposición se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.*

53. *Al respecto, es necesario tener presente que los trabajadores desplazados solo mantienen vínculo laboral con la empresa tercerizadora, más no respecto a la empresa principal.*

54. Como es de verse el legislador ha decidido fijar el plazo de prescripción de las obligaciones de la empresa principal que recibió los servicios del trabajador desplazado por cuanto el plazo de la Ley 27321 aplica a los "derechos derivados de la relación laboral" existente entre la empresa tercerizadora y el trabajador, máxime si entre la usuaria y el trabajador desplazado no existe vínculo laboral.

55. Este Tribunal Constitucional entiende que la opción legislativa de extender la responsabilidad a la empresa principal por un año posterior a la culminación del desplazamiento, no vulnera la dignidad del trabajador, más bien por el contrario, le protege frente a cualquier afectación derivada de la falta de pago de sus derechos y/o beneficios laborales, así como lo concerniente a la seguridad social.

56. En ese sentido, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

Como se puede apreciar de lo antes transcrito el TC para responder al cuestionamiento de los demandantes a la disposición contenida en el artículo 9 de la Ley 29245 se remite al Decreto Legislativo N° 1038 (25/6/2008), dictado al día siguiente de la dación de la Ley 29245 (24/06/2008), en el que se mediatizó algunas de las normas de esta última limitando el ámbito de aplicación de la misma y restringiendo la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora.

En efecto, la norma el artículo 9 de la Ley 29245 establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30° de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario "Ramírez c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A.", impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o ilicitud de la solvencia.¹⁴

Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que:

- a) Las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. (Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038)
- b) La solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral. (Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038)
- c) La empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra. (Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038)

14- Toledo Toribio, Omar. "La Tercerización en el Sistema Laboral Peruano. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que la regula". En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2008, págs. 173 a 177.

Como se podrá apreciar el cuestionamiento de los demandantes está directamente vinculado al plazo de un año establecido en el artículo 9 de la Ley para hacer efectiva la responsabilidad solidaria respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales lo cual difiere del plazo de prescripción de cuatro (4) años establecido en la Ley 27321, según la cual las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro), contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Sin embargo, la fundamentación desplegada por el TC está orientada a explicar los detalles establecidos por el Decreto legislativo 1038 que, como hemos señalado, mediatizan las normas de la LEY, evitando de esta manera pronunciarse respecto del tema neurálgico esbozado por los demandantes, esto es, el referido al plazo de un año previsto en el artículo 9 de la LEY para hacer efectiva la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

Evidentemente, más allá de la afectación del derecho a la dignidad, invocado por los demandantes, se imponía la necesidad de hacer un análisis, a través del test de igualdad desarrollado por el propio TC en numerosos casos, para determinar en sede constitucional si la norma restrictiva del plazo para invocar la responsabilidad solidaria de la empresa principal resulta constitucional de cara al principio-derecho a la igualdad ante la ley contemplado en el artículo 2.2. de la Carta Política, lo cual tiene correlato con la norma específica prevista en el artículo 26.1 de la misma Constitución que prevé en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

14.5 Análisis de constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 .

En relación a este punto el voto en mayoría del TC señala lo siguiente:

57. La parte demandante también alega la vulneración de la dignidad del trabajador respecto de la Primera Disposición Complementaria del cuerpo normativo cuestionado, el cual establece que:

Las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley.

58. Al respecto, se aduce que la subcontratación de la tercerización generaría una situación de precarización, generando que los trabajadores tengan peores condiciones laborales, por lo que se rebajaría la dignidad de estos.

59. Este Tribunal advierte que el Colegio de Abogados del Callao parte de la premisa que la tercerización laboral involucra un reconocimiento menor de los derechos laborales, lo que genera per se una precarización laboral. Sin embargo, tal como se ha señalado previamente, tercerización constituye un tipo de organización empresarial, donde el vínculo laboral que se genera entre el personal de la empresa tercerizadora y esta, debe garantizar que no se restrinja ningún derecho laboral.

60. En ese sentido, la disposición impugnada, al permitir la subcontratación en la tercerización, crea una nueva modalidad de organización de empresa, donde hablamos de 4 partes involucradas:

- a) La empresa principal*
- b) La empresa tercerizadora que subcontrata*
- c) La empresa subcontratada*
- d) Trabajador de la empresa subcontratada*

61. La Ley 29245 hace la salvedad que esta subcontratación rige en tanto se sigan todos los requisitos dados para que opere la tercerización, entre los cuales destaca que esta forma de contratación de servicios no restringe los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

62. Por lo tanto, este Tribunal advierte que al no existir una lesión normativa a algún derecho fundamental de los trabajadores sujetos a este tipo de modalidad de contratación, no se estaría frente a la vulneración de la dignidad de los trabajadores.

63. Sin perjuicio de ello, en caso exista algún tipo de infracción a los requisitos estipulados por ley, se produce la desnaturalización, teniendo como consecuencia que se considere la existencia de la relación laboral directa entre el trabajador y la empresa principal desde el inicio de la prestación de servicios.

64. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.

65. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo

Los demandantes han cuestionado la Primera Disposición Complementaria de la LEY que establece que las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la citada ley. En efecto esta norma permite la *tercerización de la tercerización*, esto es, permite la posibilidad de que una empresa tercerizadora, a su vez, pueda tercerizar sus actividades lo cual significa que si tenemos un sistema de tercerización que afecta derechos fundamentales de los trabajadores tercerizados la posibilidad que se otorga a las tercerizadoras de subcontratar tiene un efecto multiplicador de dichas afectaciones a derechos fundamentales.

Como era previsible, en función a los argumentos del TC antes comentados, el órgano de control constitucional TC responde al cuestionamiento, que hacen los demandantes, en base a lo regulado por la misma ley lo cual revela que se ha omitido hacer un análisis constitucional de las normas impugnadas, esto es, la conformidad de la disposición cuestionada con el derecho a la dignidad del trabajador cautelado en la Carta Política.

14.6 Análisis de constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038

En relación a esta materia el voto en mayoría del TC señala lo siguiente:

66. El alcance de la Ley que regula los servicios de tercerización debe ser interpretado de conformidad con el Decreto Legislativo 1038. El último párrafo del artículo 1 establece que:

En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede no ser considerada como característica. El Reglamento de la Ley 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

67. La parte demandante señala que la excepción al requisito de pluralidad de clientes, permite que se cree supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores.

68. Al respecto, el Reglamento de la Ley 29245, aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR, señala en el inciso 4.2 del artículo 4, lo siguiente:

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

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

69. Ahora bien, la regla general en los contratos de tercerización es que exista pluralidad de clientes, sin embargo, la disposición impugnada establece que puede haber ciertas excepciones, las cuales se encuentran en el Reglamento del cuerpo normativo impugnado.

70. Tal como se ha reseñado, el argumento de la parte demandante gira en torno a un posible fraude a la ley, en el cual se generen contratos de tercerización desnaturalizados, generando precarización laboral para los trabajadores.

71. Sin embargo, tal como se desarrolló supra, cuando ocurre algún supuesto de desnaturalización, la consecuencia está legalmente prevista y consiste en entender que existe vínculo laboral entre el trabajador falsamente desplazado y la empresa principal, desde el momento en el que se prestó el servicio o se realizó la obra.

72. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.

73. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

En relación a la pluralidad de clientes es el Decreto Legislativo N° 1038 el que precisa que las empresas comprendidas en los alcances de la Ley N° 29245 podrán adecuarse a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma, en lo que respecta a la pluralidad de clientes, en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, a contar desde el momento de su constitución.

Establece, asimismo, que esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios. En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

En función a esta delegación el REGLAMENTO en su artículo 4.2 establece lo siguiente: De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

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

Corresponde señalar que el citado artículo 4.2 del reglamento fue materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, proceso antes citado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

10: En relación al cuestionamiento realizado por el sindicato accionante **al punto 4.2, literales a, b y c.** Al respecto es preciso señalar que el Decreto Legislativo N°1038, artículo 1, al referirse al plazo para adecuación al artículo 2 de la Ley N° 29245, en el párrafo in fine, se aprecia que esta norma autoriza a que este punto se regule posteriormente en el Reglamento, cuando señala que: "En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación." (Sic). Siendo que existe una delegación expresa efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1038, el cual tiene rango de ley, a efectos de que el Reglamento regule este aspecto, no se evidencia contravención alguna a la ley de tercerización. Por lo que en este segmento corresponde declarar infundada la demanda.

Si bien el Reglamento ha sido expedido por expresa delegación del Decreto Legislativo 1038 y, por lo tanto, no existe, a nuestro entender, cuestionamiento respecto a su legalidad, en el proceso materia de análisis lo que se cuestiona no es el Reglamento sino el D.L. 1038 que al derivar al Reglamento para definir en que casos la pluralidad de clientes puede no ser considerada como característica deja abierta la posibilidad de que de manera reglamentaria se deje abierta la puerta al fraude y la simulación. Considero que la forma en que genéricamente se delega al Reglamento la posibilidad de la exoneración de la pluralidad de clientes ha originado formulas como la que establece el inciso b) del artículo 4.2 del mismo que señala la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar *cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa*

principal y la tercerizadora. En efecto, se trata de una disposición que se presta a la posibilidad de que se evada a una de las características de la tercerización que evita que la empresa principal pueda constituir su propia y exclusiva empresa de tercerización afectando de esta manera los derechos de los trabajadores, lo cual, como hemos reseñado infringe directamente el principio protector previsto en el artículo 23 de la Constitución Política del Perú.

Y si bien, como señala el TC en el fundamento 72 existe *la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces*, ello implica un reconocimiento a una situación que pueda ser germen de conflictos en el ámbito jurisdiccional que precisamente se quiere evitar pues son los trabajadores los que son más afectados con un proceso judicial al margen de la sobrecarga procesal que ello origina.

Por otro lado, no consideramos adecuado que el órgano de control constitucional para sustentar su pronunciamiento se base en una norma de carácter infralegal como es el Reglamento de la Ley de tercerización cuando lo que se requiere es analizar el ajuste de la norma impugnada a la norma constitucional.

15. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En relación a este cuestionamiento el TC expresa lo siguiente:

74. El inciso 1 del artículo 26 de la Constitución establece que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

75. Al respecto, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica por concurrencia de razones.

76. Además, añade que:

(...) en más de una ocasión se ha enfatizado, y, en buena medida, el juicio común permite advertir, el derecho a la igualdad no consagra llanamente la prohibición de diferenciación, sino la prohibición de diferenciación constitucionalmente injustificada, es decir, aquella que no se sostiene en criterios objetivos o razonables. Lo que es tanto como sostener que la diferenciación que la Constitución juzga inválida, es aquella que no supera el denominado test de igualdad, y que, en razón de ello, debe ser considerada como un trato discriminatorio (Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 7).

77. El principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos sino un trato igualitario de los que se encuentran en la misma condición esto implica que quien invoca la afectación del principio debe demostrar dos cosas:

i. el trato diferente; y

ii. que se encuentra en la misma condición que quien recibió el trato diferente.

78. En tal sentido, este Tribunal afirmó que para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (fundamentos 25 y siguientes de la sentencia 02437-2013-PA/TC).

79. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, que viene a constituir lo que se denomina término de comparación (tertium comparationis).

80. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.

81. *La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación, impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad.*

82. *En el caso de autos, la parte demandante alega que los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 vulneran el principio de igualdad, toda vez que existe un trato diferente injustificado entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y los trabajadores de la empresa principal.*

83. *Para analizar la existencia de alguna transgresión al principio de igualdad, primero es necesario determinar si existe un término de comparación entre ambas situaciones jurídicas.*

84. *El recurrente alega un trato diferenciado entre:*

i. Los trabajadores de la empresa tercerizadora

ii. Los trabajadores de la empresa principal

85. *Este Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no nos encontramos ante situaciones similares que puedan ser equiparables, toda vez que los trabajadores que se encuentran en el primer supuesto, mantienen única y exclusivamente una relación laboral con la empresa tercerizadora, por lo que se encuentran completamente subordinados a esta; en cambio, los trabajadores del segundo supuesto mantienen una relación laboral únicamente con la empresa principal.*

86. *Por lo tanto, en el presente caso no se ha demostrado que el trato potencialmente diferente se lleve a cabo entre sujetos que se encuentran en la misma condición. De hecho, los trabajadores que realicen iguales tareas en empresas diferentes pueden tener los mismos o diferentes beneficios o remuneraciones.*

87. *En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.*

88. *Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.*

Como se podrá apreciar de los fundamentos expuestos por el TC en este acápite responde al cuestionamiento, que hacen los demandantes a los *artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245*, en base a lo regulado por la misma ley lo cual revela que se ha omitido hacer un análisis constitucional de las normas impugnadas, esto es, la conformidad de la disposición cuestionada con el principio-derecho a la igualdad ante la ley. Se imponía la necesidad de hacer un análisis, a través del *test de igualdad*, desarrollado por el propio TC en casos similares, para determinar en sede constitucional si la normas indicadas resultan constitucionales de cara al citado principio-derecho contemplado en el artículo 2.2. de la Carta Política, lo cual tiene correlato con la norma específica prevista en el artículo 26.1 de la misma Constitución que prevé en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

El hecho que el artículo 2 de la Ley 29245, señale que *la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores* no significa necesariamente que ello sea así pues los trabajadores de las empresas de tercerización no tienen, en términos reales, los mismos derechos que los trabajadores de la empresa principal pues, para citar un ejemplo, no tienen derecho al mismo monto por concepto de utilidades no obstante haber entregado sus esfuerzos para el logro de las utilidades de la empresa principal. Igualmente, no cuentan con las mismas condiciones de trabajo (uniformes, implementos de seguridad y prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no obstante, en muchos casos, realizar la misma labor. Esto último evidentemente resiente no solamente la dignidad del trabajador, que no puede ser limitada por expreso sino además afecta el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

En ese sentido, coincidimos con el voto singular de la Magistrada Marianella Ledesma Narváez, en lo que se refiere a este punto, en el que desarrolla de manera puntual cada uno de los pasos del *test de igualdad* llegando a la siguiente conclusión:

18. En ese sentido, estimo que el artículo 7 es inconstitucional porque vulnera los artículos 2 y 26.1 de la Constitución, que consagran el derecho fundamental a la igualdad y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, respectivamente, en desmedro de los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Cabe precisar que la inconstitucionalidad únicamente alcanza a los incisos 1 y 2 del citado artículo 7, que son los que hacen referencia al trato desigual inconstitucional.

19. Por tales razones, estimo que los derechos, salarios, utilidades, beneficios, condiciones laborales, entre otros, que gocen los trabajadores de las empresas principales le deben ser extensible a los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Es decir, durante el plazo que dure el contrato de servicio de tercerización, debe ser extensible todos los derechos y beneficios que titularizaría un trabajador tercerizado si fuera un trabajador de la empresa principal.

En efecto, compartimos el criterio de que no puede ser constitucional un sistema de tercerización que implica un trato discriminatorio en cuanto se refiere a las remuneraciones, beneficios sociales, utilidades, condiciones de trabajo, de salud y seguridad ocupacional entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora que realizan las mismas labores. Esta situación, reiteramos, no solamente afecta el derecho a la igualdad ante la ley sino también el derecho a la dignidad del trabajador, expresamente contemplado en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado.

16. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

Respecto a este tema en el voto en mayoría del TC se expresa lo siguiente:

100.La Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que:

Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

101.En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General 3, sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Partes" estableció que:

(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) [1]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

102.E1 principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, por ende, el Estado debe realizar acciones concretas y constantes para la realización de los derechos reconocidos en la Constitución.

103.La Disposición Final y Transitoria Undécima de nuestra Constitución resulta concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

104. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

105.Este Tribunal en anteriores sentencias ha puesto de relieve que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas (Sentencia 02945-2003PA/TC, fundamento 38).

106. Relacionado con el anterior se encuentra el principio de no regresividad del que se deriva que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no podrían, en principio, generar un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida.

107. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen o cuando se trate de medidas extraordinarias o coyunturales.

108. En el caso de autos, la parte demandante alega que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera dicho principio, toda vez que involucra la posibilidad de que los trabajadores de la empresa tercerizadora realicen las mismas labores principales que los trabajadores de la empresa usuaria, pero con condiciones laborales más desfavorables.

109. Al respecto, corresponde advertir que el personal de ambas empresas se encuentra en situaciones jurídicas distintas, ya que por un lado se hallan los trabajadores de la tercerizadora, y por el otro, los de la empresa principal. Como ya se pusiera de relieve supra los trabajadores de distintas empresas pueden tener ingresos y beneficios diferentes.

110. Sin perjuicio de lo mencionado, corresponde advertir que la ley impugnada es clara al establecer que la aplicación del sistema de contratación de la tercerización no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

111. Este Tribunal Constitucional entiende que la norma impugnada no supone infracción del principio de no regresividad en materia de los derechos laborales, por lo que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

En relación al Principio de Progresividad previsto en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el suscrito¹⁵ ha tenido la oportunidad de señalar que: “De las normas internacionales antes citadas se puede colegir que en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante DESC), existe la obligación de los Estados partes de garantizar la progresividad de los mismos de lo que se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos. En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, y que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales¹⁶ y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”¹⁷.

En ese sentido, la orientación de la legislación se debe concretar al desarrollo progresivo, esto es, de mayor protección a los derechos fundamentales de las personas, en este caso en materia laboral, y no constituir medidas claramente regresionistas, como sería el caso del DU materia del análisis.

Como se puede apreciar el análisis que hace el voto en mayoría del TC se centra únicamente en la explicación del principio de progresividad y no regresividad a partir de la norma contenida en la 11ª Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado que se refiere al principio de progresividad mas nó se refiere expresamente al principio de no regresividad.

15- TOLEDO TORIBIO, Omar. En el artículo “El Principio de progresividad y no regresividad en materia laboral”, publicado en Gaceta Constitucional, Tomo 44, Lima, agosto 2011, páginas 218 a 227. citado en referencia a la invocación de este principio en la Sentencia, de fecha 07 de agosto de 2014, emitida por la Cámara de Apelaciones de Trelew (Chubut- República de Argentina) recaída en el Expte. N° 128 – año 2014 CAT, seguido por Guequen, A. Edith y otro c/ La Caja Aseguradora de Riesgos del Trabajo ART S.A sobre indemnización.

16- Equipo Federal de Trabajo. Edición N° 37, Buenos Aires. En: http://www.newsmatic.e-pol.com.ar/index.php?pub_id=99&sid=1174&aid=30931eid=37&NombreSección=Notas%20de%20c%C3%83%C2%A1tedra%20universitaria&Accion.

17- Idem.

Sin embargo, como hemos expresado en líneas anteriores el principio de progresividad y no regresividad tiene residencia en instrumentos internacionales, como es el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1. del PIDESC, por lo que consideramos que nada impedía, y, al contrario, consideramos una obligación, realizar un control de convencionalidad en este caso.

No obstante, lo más preocupante, a nuestro criterio, es que lo expresado en el fundamento 109 del voto, en comentario, cuando se menciona lo siguiente *109. Al respecto, corresponde advertir que el personal de ambas empresas se encuentra en situaciones jurídicas distintas, ya que por un lado se hallan los trabajadores de la tercerizadora, y por el otro, los de la empresa principal. Como ya se pusiera de relieve supra los trabajadores de distintas empresas pueden tener ingresos y beneficios diferentes.* (lo resaltado es nuestro). Esto es, se concibe como algo normal, y por lo tanto constitucional, que los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora tengan ingresos y beneficios diferentes cuando, como hemos precisado, no existe justificación objetiva y razonable para que exista el citado trato diferenciado.

17. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEBIÓ PRONUNCIARSE SOBRE SI POSIBLE TERCERIZAR LAS ACTIVIDADES NUCLEARES DE LA EMPRESA.

Si bien la Ley que regula los servicios de tercerización laboral en el Perú, Ley N° 29245, define lo que se entiende por tercerización y establece normas que regulan esta figura, no aborda de manera precisa un tema neurálgico como es determinar si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear *-core business-* de la empresa. A ello se añade que al día siguiente de la dación de la Ley 29245, se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que mediatizó algunas de sus normas limitando el ámbito de aplicación de la misma y restringiendo la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, lo cual ha sido reflejado con mayor énfasis con la expedición del Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, norma esta última que además abre las puertas a la utilización de la tercerización incluso para el cumplimiento de las funciones nucleares de la empresa.

Como consecuencia de ello se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria.

Si bien resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y, la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierte a este mecanismo en un vehículo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa tercerista.

Precisamente frente a la citada cuestión problemática el Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha desperdiciado una magnífica oportunidad para pronunciarse de manera definitiva respecto a las implicancias de la tercerización laboral en la debida observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores (observándose el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución), especialmente el principio-derecho de la igualdad ante la ley, y deslindar la discusión que se mantiene en el ámbito jurisprudencial respecto a si resulta posible que se pueda tercerizar la actividad nuclear de la empresa (*core bussines*) pues la utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierten a este mecanismo en instrumento de abaratamiento de los costos laborales, afectando los derechos de los trabajadores, esto es, se torna en una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales en lugar que se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

18. CONCLUSIONES

- 1) La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente 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 éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.
- 2) Mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el *core bussiness* de la empresa, hacia un proveedor especialista.
- 3) Resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva. Sin embargo, nosotros somos partícipes de la corriente antes reseñada en el sentido de que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core bussiness*, esto es su actividad nuclear. De esta forma, una empresa dedicada a prestar servicios de salud, como puede ser una clínica, puede tercerizar la actividad vinculada al lavado de la ropa de cama e incluso el servicio de alimentación de los pacientes pero no podría descentralizar la actividad vinculada estrictamente a la prestación de los servicios de salud como son las consultas médicas o las operaciones quirúrgicas. De igual forma, una Universidad no podría tercerizar su actividad nuclear que consiste en brindar servicios de enseñanza y formación profesional pues de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza de este mecanismo de gestión y consecuentemente afectando los derechos laborales de los trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa contratista. No obstante, es preciso señalar que este criterio no es compartido por todos quienes tienen preocupación por los temas de carácter laboral pues existe otra opinión en el sentido de que si es posible que la empresa puede tercerizar todo tipo de actividades, incluso su actividad nuclear.
- 4) Es un tema de debate lo referido a la ubicación conceptual del contrato. Si bien el contrato de tercerización (*outsourcing*) no se encuentra descrito en el Código Civil de 1884 como un contrato nominado, sin embargo, nosotros somos de la opinión de que se trata de un contrato civil pues regula las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, relaciones que deben someterse a las normas del Código Civil. Por lo demás, esta distinción entre contratos civiles y mercantiles se hace cada vez más difusa y tiene fines meramente ilustrativos, en todo caso. No obstante a ello, existen opiniones como las de Daniel Echaíz Moreno que considera que se trataría más bien de un contrato mercantil.

- 5) Recién a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la Ley N° 29245 (24-06-08) -en adelante LA LEY- y, al día siguiente, el Decreto Legislativo N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008, en adelante EL REGLAMENTO.
- 6) El Artículo 2 de LA LEY define que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – core business - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta. Es el REGLAMENTO que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización señalando que comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.
- 7) Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *core business*, que constituye la razón de ser de la empresa.
- 8) Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley 29245 constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.
- 9) La precitada norma del Reglamento al referirse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización.
- 10) El contar con equipamiento y local constituye un elemento establecido con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización, esto es, se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquello. Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO

prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

- 11) Como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva “o” con el complemento “formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”, en el supuesto en comento, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- 12) La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones. Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que la solidaridad solo es aplicable a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Asimismo, la solidaridad se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.
- 13) Del análisis de la legislación comparada se puede apreciar que la regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales perjudicando los derechos de los trabajadores. En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú.
- 14) Mediante sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Exp. N° 013-2014-PI/TC, su fecha 19 de setiembre 2020, (En adelante la STC), y publicada recientemente en nuestro medio, se declara infundada, por mayoría, la demanda de demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Callao contra la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, que regulan la tercerización en el Perú.
- 15) Como se podrá apreciar de los fundamentos 36 a 38, 42 y 43 el TC responde al cuestionamiento, que hacen los demandantes a los artículos 3 y 7 de la ley de tercerización, en base a lo regulado por la misma ley lo cual revela que se ha omitido hacer un análisis constitucional de las normas impugnadas, esto es, la conformidad de la disposición cuestionada con el derecho a la dignidad del trabajador cautelado en la Carta Política. En efecto, el hecho que el artículo 2 de la Ley 29245, señale que *la aplicación de este sistema de contratación*

no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores no significa necesariamente que ello sea así pues los trabajadores de las empresas de tercerización no tienen, en términos reales, los mismos derechos que los trabajadores de la empresa principal pues, para citar un ejemplo, no tienen derecho al mismo monto por concepto de utilidades no obstante haber entregado sus esfuerzos para el logro de las utilidades de la empresa principal. Igualmente, no cuentan con las mismas condiciones de trabajo (uniformes, implementos de seguridad y prevención de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) no obstante, en muchos casos, realizar la misma labor. Esto último evidentemente resiente no solamente la dignidad del trabajador, que no puede ser limitada por expreso sino además afecta el principio-derecho a la igualdad ante la ley.

- 16) El cuestionamiento de los demandantes está directamente vinculado al plazo de un año establecido en el artículo 9 de la Ley para hacer efectiva la responsabilidad solidaria respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales lo cual difiere del plazo de prescripción de cuatro (4) años establecido en la Ley 27321, según la cual las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) , contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Sin embargo, la fundamentación desplegada por el TC está orientada a explicar los detalles establecidos por el Decreto legislativo 1038 que, como hemos señalado, mediatizan las normas de la LEY, evitando de esta manera pronunciarse respecto del tema neurálgico esbozado por los demandantes, esto es, el referido al plazo de un año previsto en el artículo 9 de la LEY para hacer efectiva la responsabilidad solidaria de la empresa principal.

- 17) Los demandantes han cuestionado la Primera Disposición Complementaria de la LEY que establece que las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la citada ley. En efecto esta norma permite la *tercerización de la tercerización*, esto es, permite la posibilidad de que una empresa tercerizadora, a su vez, pueda tercerizar sus actividades lo cual significa que si tenemos un sistema de tercerización que afecta derechos fundamentales de los trabajadores tercerizados la posibilidad que se otorga a las tercerizadoras de subcontratar tiene un efecto multiplicador de dichas afectaciones a derechos fundamentales.
- 18) En efecto, compartimos el criterio de que no puede ser constitucional un sistema de tercerización que implica un trato discriminatorio en cuanto se refiere a las remuneraciones, beneficios sociales, utilidades, condiciones de trabajo, de salud y seguridad ocupacional entre los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora que realizan las mismas labores. Esta situación, reiteramos, no solamente afecta el derecho a la igualdad ante la ley sino también el derecho a la dignidad del trabajador, expresamente contemplado en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado.
- 19) Como se puede apreciar el análisis que hace el voto en mayoría del TC se centra únicamente en la explicación del principio de progresividad y no regresividad a partir de la norma contenida en la 11° Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Estado que se refiere al principio de progresividad mas no se refiere expresamente al principio de no regresividad.

Sin embargo, como hemos expresado en líneas anteriores el principio de progresividad y no regresividad tiene residencia en instrumentos internacionales, como es el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 2.1. del PIDESC, por lo que consideramos que nada impedía, y, al contrario, consideramos una obligación, realizar un control de convencionalidad en este caso.

No obstante, lo más preocupante, a nuestro criterio, es que lo expresado en el fundamento 109 del voto, en comento, cuando se menciona lo siguiente *109. Al respecto, corresponde advertir que el personal de ambas empresas se encuentra en situaciones jurídicas distintas, ya que por un lado se hallan los trabajadores de la tercerizadora, y por el otro, los de la empresa principal. Como ya se pusiera de relieve supra los trabajadores de distintas empresas pueden tener ingresos y beneficios diferentes.* (lo resaltado es nuestro). Esto es, se concibe como algo normal, y por lo tanto constitucional, que los trabajadores de la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora tengan ingresos y beneficios diferentes cuando, como hemos precisado, no existe justificación objetiva y razonable para que exista el citado trato diferenciado.

- 20) El Tribunal Constitucional (en adelante TC) ha desperdiciado una magnífica oportunidad para pronunciarse de manera definitiva respecto a las implicancias de la tercerización laboral en la debida observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores (observándose el mandato contenido en el artículo 23 de la Constitución), especialmente el principio-derecho de la igualdad ante la ley, y deslindar la discusión que se mantiene en el ámbito jurisprudencial respecto a si resulta posible que se pueda tercerizar la actividad nuclear de la empresa (*core bussines*) pues la utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierten a este mecanismo en instrumento de abaratamiento de los costos laborales, afectando los derechos de los trabajadores, esto es, se torna en una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales en lugar que se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

REFERÊNCIAS

BARRERA NICHOLSON, Antonio J. “**La Responsabilidad Laboral en la franquicia**”, en DERECHO LABORAL, Santa fe, 2000, Editorial Nova tesis, Pag. 254.

BOZA PRO, Guillermo. **Convenios de Formación Juvenil y de Prácticas: ¿Capacitación para el empleo o precarización del mismo?** En: Asesoría Laboral. No.18. Lima, junio de 1992. Citado por CAMPANA, David y Herbert PRELLE.

CAMPANA, David y PRELLE, Herbert **La Reforma Normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?**. En: Estudios sobre la flexibilización en el Perú. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000.

CASTELLO, Alejandro. “**Relaciones Laborales en Los Grupos de Empresas**”, en Revista: “Cuadernos da AMATRA IV. 10º Cuaderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho”. III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, HS Editora Ltda., Porto Alegre – RS – Brasil, marzo 2009, pág. 75.

Conferencia Internacional Del Trabajo. 95º Reunión. 2006. Inspección del Trabajo. Ginebra. 2006.

TLC y cumplimiento Laboral. Análisis Laboral. AELLE. Enero 2008.

DRUKER, Peter F. **La Gerencia en la Sociedad Futura**, Lima, Bogotá 2002, Grupo editorial Norma.

DRUKER, Peter F. **La Sociedad Postcapitalista**, Bogotá 1994 Grupo editorial Norma.

ECHAIZ MORENO, Daniel. **Instituciones de Derecho Empresarial**, Lima 2010, Editorial APECC.

FERRO DELGADO, Víctor. **La empresa y los límites de la intermediación laboral**. En Thémis. Revista de Derecho. No. 31, Lima. pp. 66-69.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. “**Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral**. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador”, En: Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI, Lima 2009, PUCP y Ara Editores, pp.157.

La Intermediación Laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo. Entrevista al doctor Valdés Dal-Re. En: **IUS ET VERITAS**. Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año VI, No11. Lima, 1995.

MARTÍN VALVERDE Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín.- “**Derecho Del Trabajo**”, Decimoctava Edición, Editorial Tecnos, Madrid 2009.

MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. **Derecho Comercial, Tomo II**, Lima 2006, editorial GRIJLEY, pág. 319.

MORALES CORRALES, Pedro G.- “**Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas**”, En: Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos, III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho y Seguridad Social, Lima, Setiembre de 2008, p. 251.

NEVES MUJICA, Javier. **Introducción al Derecho Laboral**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

OLEA Manuel Alonso, CASAS BAAMONDE, María Emilia, “**Derecho Del Trabajo**”, Decimonovena Edición, Revisada, Madrid 2001.

PASCO, Mario. La flexibilización en el Perú. **Aproximación metodológica y balance crítico**. En: IUS ET VERITAS. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derechos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año IX, No. 18. Lima 1999.

PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago.- “**Conjunto Económico o Grupos de Empresas**”. En cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, Montevideo 2000, Fundación de Cultura Universitaria, pág.196.

PEYRANO, Jorge W. “**La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales**”, en Revista uruguaya de Derecho Procesal 3/2000, instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. 2da edición. Buenos Aires: Depalma, 1990.

RASO DELGUE, Juan.- “**La Contratación Atípica del Trabajo**”, *Montevideo* 2009, Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., pág 238.

RAZO DELGUE, Juan. Cuarenta y dos estudios sobre la **descentralización empresarial y Derecho del Trabajo**, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2000.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo.- “**Derecho Del Trabajo, Tendencias Contemporaneas**”, Lima 2013, Editorial GRIJLEY.

SANGUINETI, Wilfredo. **Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo**. En: Revista Asesoría Laboral. No.26. Lima, Febrero de 1993, p.30.

SCHNEIDER, Ben. “**Outsourcing**” la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, abril 2004.

SEMPERE NAVARRO, A.V. y ARETA MARTINEZ, M.- **El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario**. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2004. (En: http://www.uah.es/eduardo_lopez_ahumada/Estos.pdf) (fecha de búsqueda 22.11.12).

Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social, Libro de Ponencias del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Chiclayo 29, 30, y 31 de Octubre de 2008.

STIGLITZ, Joseph E.- **“Como Hacer Que Funcione La Globalización”** Taurus, Pensamiento, Colombia 2006.

TOLEDO TORIBIO, Omar.- **“A propósito de la reciente aprobación de la Ley que regula la tercerización en el sistema laboral peruano”** En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. 2008, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 173 a 177

TOLEDO TORIBIO, Omar.- **“El outsourcing en el sistema laboral peruano. A propósito de la reciente regulación introducida por el D.S. 020-2007-TR (20/09/07)”** En COMPENDIO DE TEMAS DE DERECHO LABORAL. Centro de Investigaciones Judiciales. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Lima junio 2008,

TOLEDO TORIBIO, Omar.- **“Intermediación Laboral, Outsourcing y Downsizing”** En: Revista Consejo Nacional de la Magistratura Información Institucional y Doctrina, Lima Perú, Año 1, N°3, Noviembre del 2008.

TOLEDO TORIBIO, Omar.- **“Tercerización (Outsourcing)**, Lima, 2015, Editorial Grijley.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.- **Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral”**, Lima 2008, Gaceta Jurídica S.A, pág. 171.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.- **“Protección, privilegio, tiempo, forma y pago de los Beneficios Sociales”** artículo publicado en la revista Derecho y Sociedad N° 17, página 67.

VILLAVICENCIO, Alfredo. **La Flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación.** En: Estudios sobre flexibilización en el Perú. Cuaderno de trabajo. Lima: OIT.2000.

