



EXPEDIENTE N ° : 03613-2022-0-1601-JR-CI-05
JUZGADO : QUINTO JUZGADO CIVIL
DEMANDANTE : GSP TRUJILLO S.A.C.
DEMANDADO : MINISTERIO DEL TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
MATERIA : ACCION CONSTITUCIONAL DE AMPARO

SENTENCIA DE SEGUNDO GRADO

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOCE

Trujillo, veintisiete de marzo

Del año dos mil veintitrés.

VISTA la presente causa en audiencia virtual, realizada bajo las pautas previstas en la Resolución Administrativa N° 000173-2020-CE-PJ, y producida la votación correspondiente, los jueces superiores integrantes de la Tercera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad: Carlos Natividad Cruz Lezcano (presidente), Juan Virgilio Chunga Bernal y Carlos Alberto Anticona Luján (ponente); expiden la siguiente resolución:

I. MATERIA DE IMPUGNACIÓN

Viene en apelación la sentencia contenida en la resolución número SIETE de fecha veintiocho de diciembre del dos mil veintidós, obrante de páginas trescientos sesenta y nueve a trescientos setenta y nueve, que resuelve declarar infundada la demanda interpuesta por GSP TRUJILLO S.A.C. debidamente representado por LUIS VARGAS MARTÍNEZ contra Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y al Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sobre acción de amparo.

II. ANTECEDENTES

2.1.- GSP TRUJILLO S.A.C., a quien en adelante denominaremos como la demandante, mediante escrito de páginas ciento cincuenta y nueve a doscientos uno, acude al órgano jurisdiccional e interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Procurador



Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral –SUNAFIL y el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales SUNAFIL a fin de que se declare inaplicable el D.S. N° 001-2022 por considerar que su vigencia vulnera sus derechos a la libertad de empresa, libertad de contratar, a la propiedad y a la seguridad jurídica y jerarquía normativa.

Como fundamentos de su pretensión, la demandante señala que esta norma autoaplicativa incide en forma directa sobre la esfera jurídica de la empresa, pues establece una prohibición sobre la celebración de contratos de tercerización que estén referidos al núcleo del negocio e incide sobre los contratos existentes que ya fueron celebrados en atención al marco legal vigente hasta antes de la emisión del referido decreto.

Alega la demandante ser una organización empresarial que se dedica a la inversión directa o indirecta en todo tipo de negocios relacionados con la prestación de salud, clínicas, hospitales o similares; a la prestación de servicios de asesoría y consultoría a empresas e instituciones relacionadas al giro de la salud; a la gestión, operación, administración e implementación de instituciones de salud, ya sean clínicas, hospitales, postas médicas y en general cualquier tipo de entidad que preste atención médica; a la asistencia en salud; a la inversión en locales, terrenos e infraestructura, así como al alquiler y administración de los mismos (...) tal como puede apreciarse de su partida Registral [objeto social]; por ello es que GSP Trujillo SAC desarrolla sus actividades al amparo de la Ley 26842 lo cual le ha permitido contratar con terceros; sin embargo, agrega, que con la entrada en vigor del D.S. N° 001-2022-TR se genera un límite en su posibilidad de realizar actividades económicas mediante el uso de la tercerización laboral, ya que el citado Decreto Supremo prohíbe tercerizar las actividades que forman parte del denominado “núcleo del negocio”, que para el caso en concreto, está referido a la prestación de servicios médicos y actividades conexas.

Añade la demandante que al ser el referido D.S. una norma autoaplicativa, su sola existencia genera vulneración automática de sus derechos a la seguridad jurídica, libertad de empresa, libre contratación y seguridad contractual y a la propiedad; asimismo, considera que se ha vulnerado el principio de jerarquía normativa.

Contestación de demanda.



2.2. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo mediante escrito de páginas trescientos cinco a trescientos treinta y cinco, contesta la demanda solicitando se declare improcedente por la razón central de que los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 7 de la norma procesal constitucional; Asimismo, niega la demanda y contradiciéndola en todos sus extremos solicita que se declare infundada en tanto no se acredita la supuesta vulneración y/o amenaza de los derechos constitucionales invocados por la parte demandante.

2.3. El Procurador Público de Sunafil contesta la demanda mediante escrito de páginas trescientos cincuenta y dos a trescientos cincuenta y nueve, solicitando se declare improcedente o infundada por la razón central de que el D.S. N° 001-2022-TR no vulnera el contenido constitucionalmente protegido de ninguno de los derechos invocados por la demandante.

Sentencia de primera instancia.

2.4. Finalmente, mediante la sentencia contenida en la resolución número siete, de fecha veintiocho de diciembre del dos mil veintidós, obrante de páginas trescientos sesenta y nueve a trescientos setenta y nueve, que resuelve declarar: INFUNDADA la demanda.

III. FUNDAMENTOS IMPUGNATORIOS

GSP TRUJILLO S.A.C., mediante escrito obrante de páginas trescientos ochenta y dos a trescientos noventa y siete, interpone recurso de apelación contra la sentencia que declaró infundada la demanda, solicitando su nulidad y/o revocatoria bajo los siguientes argumentos centrales:

3.1. La venida en grado adolece de motivación incongruente dado que el Juez no ha brindado los argumentos suficientes para desacreditar la vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al principio de jerarquía normativa

3.2. Se ha rechazado los argumentos referidos a la vulneración al derecho de libertad de empresa, contratar y a la propiedad sin que exista fundamento o argumento suficiente para ello.



3.3. Existe afectación a la libertad de contratar pues la norma impone la prohibición de celebrar contratos de tercerización de servicios sin que medie una justificación constitucional objetiva ni el sustento de un interés público que merezca tutela.

3.4. La norma cuya inaplicabilidad se pretende impacta directamente con el contenido de los contratos de tercerización; por lo tanto, vulnera la seguridad contractual.

3.5. La norma cuya inaplicabilidad se pretende vulnera el derecho a la seguridad contractual pues implica que se modifiquen los términos y condiciones de los contratos que GSP Trujillo ya ha celebrado, tengan que romperse compromisos contractuales pactados

3.6. La norma cuestionada vulnera el derecho a la propiedad pues generará costos de implementación y obligaciones que afectarán el patrimonio de la empresa.

IV. FUNDAMENTOS DE LA SALA PARA ABSOLVER EL GRADO:

El Derecho de acceso a la justicia

4.1.- Sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

El derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, es uno de los derechos fundamentales y/o constitucionales que tiene todo *sujeto de derecho* (persona natural, persona jurídica, concebido, patrimonio autónomo, entes no personales, etc., pudiendo tener estos la situación jurídica de demandante o demandado, o de *tercero interviniente* según el caso) al momento de recurrir al órgano jurisdiccional (Juez en representación del Estado) a fin de que se le imparta justicia, existiendo garantías mínimas para todos los sujetos de derecho que hagan uso o requieran de la intervención del Estado para la solución de su conflicto de intereses o incertidumbre jurídica; *utilizando para ello el proceso como instrumento de tutela del derecho sustancial de los mismos. El derecho a la tutela Jurisdiccional efectiva no comprende necesariamente obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones formuladas por el sujeto de derecho que lo solicita o peticiona, sino más bien la atribución que tiene el juez a dictar una resolución conforme a derecho y siempre que se cumplan los requisitos procesales mínimos para ello;* es decir, este derecho supone obtener una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas por el actor ante el órgano jurisdiccional respectivo, siempre que se utilicen las vías procesales adecuadas, pero no necesariamente tal decisión es la solicitada por el actor; ya que la misma puede ser favorable o desfavorable a las pretensiones ejercidas.



4.2.- El proceso de amparo:

4.2.1.- Conforme lo señala el numeral 2) del Artículo 200° de la Constitución Política del Estado, modificado por el Artículo Único de la Ley No. 26470, la *Acción de Amparo* es una garantía constitucional que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, distintos de aquellos protegidos por el Habeas Corpus (libertad individual y conexos) y el Habeas Data (acceso a la información y autodeterminación informativa), y, en especial, de los derechos indicados en el Artículo 37° del Código Procesal Constitucional.

4.2.2. El proceso constitucional de amparo procede para el caso de amenazas de vulneración de derechos constitucionales, tal como lo menciona expresamente el artículo 200°, inciso 2), de la Constitución, es importante resaltar que la amenaza debe poseer dos rasgos esenciales: **certeza e inminencia**, de modo que dicho riesgo pueda ser atendible a través del proceso constitucional de amparo. Al respecto, este Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia, se ha pronunciado indicando que la procedencia del amparo para casos de amenazas de vulneración de derechos constitucionales está supeditada a que tal amenaza sea cierta e inminente. Así, en la STC N.° 00091-2004-PA/TC, específicamente en el fundamento 8, se afirmó que, para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta “debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan de una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiendo que implicará irremediamente una vulneración concreta¹.

4.3. La disposición reglamentaria cuestionada: D.S. 001-2022-TR

¹ EXP. N.° 00340-2013-PA/TC JUNIN



4.3.1. El 23 de febrero del 2022 fue publicada en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR –Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los **servicios de tercerización**-, el mismo que en su exposición de motivos indicó que “(...) *si bien resulta innegable la importancia de la tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura convierte a este mecanismo en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores*

Asimismo, es de resaltar que la referida norma regula, entre otras cosas, lo siguiente:

Artículo 1. Objeto

La presente norma tiene por objeto modificar los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.

Artículo 2. Modificación de los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización

Modifíquense los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, cuyos textos quedan redactados de la siguiente manera:

“Artículo 1.- Definiciones

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

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

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

(...)



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

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

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

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

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

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

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

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

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.

b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.



c) *En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente Reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.*

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

e) *En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.*

La desnaturalización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

4.4. Sobre el caso en concreto

Cuestión previa: Los derechos y principios constitucionales que se habrían vulnerado.

4.4.1. De la lectura conjunta de la demanda interpuesta, se aprecia que el demandante alega que con la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, se habrían vulnerado sus derechos constitucionales de: i) libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución Política del Estado); ii) libertad de contratar (artículo 2 de la Constitución Política del Estado) ; iii) propiedad (numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado); y iv) seguridad jurídica y jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución Política del Estado).

Sobre el derecho a la libertad de empresa.

4.4.2. El artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa en los términos siguientes: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria [...]”. La libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con el objeto de dedicarla a la realización de actividades que tengan fines económicos, ya sea de producción de bienes o prestación de servicios, orientados a satisfacer necesidades (STC 0003-2006-PI/TC), y disfrutar de su rendimiento económico y satisfacción espiritual (Cf. STC 3330-2004-AA/TC)².

² Pleno Jurisdiccional, Expediente N° 0011-2013-PI/TC



4.4.3. De En la STC 3116-2009-PA/TC, el Tribunal recordó que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones *ius*-fundamentales básicas: - *Acceso*. A través de la llamada libertad de fundación de una empresa, mediante la cual se garantiza la potestad de decidir no solo crear empresas, sino también actuar en el mercado, según la denominada libertad de acceso al mercado; - *Auto-organización*. A través del reconocimiento a la libertad de organización de la empresa, que garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del mercado; y, - *Cesación*. A través del cual se reconoce la potestad de decidir la salida del mercado de la empresa. [Cf. STC 0032-2010-PI/TC; STC 1405-2010-PA/TC y STC 3075-2011-PA/TC].

El derecho a la libertad de contratar.

4.4.4. El artículo 2° de la Constitución Política del Estado, establece que: “Toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público” (Resaltado y subrayado es nuestro y por su parte el artículo 62° señala que: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC N° 2175-2011-PA/TC, en la que haciendo eco de su reiterada jurisprudencia, ha precisado que: “ Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de destacar que el derecho a la libre contratación, reconocido en los artículos 2°, inciso 14), y 62° de la Constitución, se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad, el que, a su vez, tiene un doble contenido: “a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405- 2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato” [SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]. Desde esta perspectiva,



según este Tribunal, “el derecho a la libre contratación se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público”

El derecho a la propiedad.

4.4.5. En el Exp. N.º 02424 2018-PA/TC El Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho de propiedad se encuentra garantizado por el artículo 2, inciso 16, de la Constitución. Este derecho garantiza el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y sus productos, y darle destino y condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley. Asimismo, ha precisado que el derecho de propiedad es un derecho fundamental que guarda estrecha relación con la libertad personal, pues a través de él se expresa la libertad económica que tiene toda persona en el Estado Social y Democrático de Derecho. En consecuencia, el derecho de propiedad garantiza la existencia e integridad de la propiedad (corporal o incorporeal) para el propietario, así como la participación del propietario en la organización y desarrollo de un sistema económico social. De ahí que en el artículo 70 de la Constitución se reconozca que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza.

El derecho a la seguridad jurídica

4.4.6. Tal como lo señala GARCIA MAYNEZ³, la seguridad jurídica tiene un doble aspecto: de orientación y de realización de confianza en el orden, es decir: “De seguridad de orientación o certeza del orden solo puede hablarse cuando los destinatarios de las normas de un sistema jurídico tienen un conocimiento adecuado de los contenidos de tales normas y, por ende, están en condiciones de orientar su conducta de acuerdo con ellas”; sin embargo, también se debe precisar, que con este principio no se pretende tutelar cualquier decisión, aunque sea ilegal, sino como precisa el Tribunal Constitucional en la STC N° 00016-2002-AI/TC: “ El principio de la seguridad jurídica forma parte

³ Citado por URQUIZO OLAECHEA, Jose. Principio de legalidad en derecho penal. En: La Constitución comentada, análisis artículo por artículo. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, tomo I, pag.415.



consustancial del Estado Constitucional de Derecho(...) El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del status quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal".

El principio de jerarquía normativa.

4.4.7. El artículo 51° de la Constitución consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía de la Carta Política, disponiendo que esta prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía. Del mismo modo, el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango de ley. Estas comprenden las leyes propiamente dichas, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, los tratados, el reglamento del Congreso, las normas regionales de carácter general y las ordenanzas (Exp. N.º 00022-2004-AI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005, fundamento 13)⁴.

El Tribunal Constitucional en la STC N° 0005-2006- AI/TC también ha dejado sentado claramente que: "El principio de jerarquía implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto de normas jurídicas. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquella. Con referencia a este principio, el artículo 51° de la Constitución dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente".

Antecedentes de la disposición reglamentaria cuestionada.

4.4.8. Para mayor comprensión de la materia discutida, cabe indicar como antecedentes, que mediante la Ley N° 29245-Ley que regula los servicios de tercerización- se regularon los servicios de tercerización (requisitos, derechos, obligaciones, desnaturalización etc.); posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1038- Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que

⁴ EXP. N.º 00023-2008-PI/TC



regula los servicios de tercerización, se precisaron algunos alcances de la Ley; y que mediante el Decreto Supremo N° 006-2008-TR-, se aprobó el reglamento de ambas normas; veamos:

| | Decreto Supremo N°006-2008-TR | Decreto Supremo N° 001-2022-TR |
|---------------|---|--|
| Art. 1 | Definiciones Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) Actividades especializadas u obras. - Servicios u obras prestados en un contexto de tercerización, cuya ejecución no supone la simple provisión de personal”. | Definiciones Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: Actividades especializadas u obras. - Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora. Las actividades especializadas u obras, en el marco de la tercerización, no pueden tener por objeto el núcleo del negocio. (...) Núcleo del negocio. - El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa, pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento (...)” |
| Art. 2 | Artículo 2.- Ámbito de la tercerización. El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se | “Artículo 2.- Ámbito de la tercerización. El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las |



| | |
|--|---|
| <p>produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia. Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento. Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley</p> | <p>empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente Reglamento. Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley. No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”</p> |
|--|---|

4.4.9. Ahora bien, en el acápite G del fundamento de hecho 5.1 de la demanda [página 170], la demandante ha sido clara al referir que “(...) *la entrada en vigor de la norma contenida en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, (...), genera un límite a la posibilidad de nuestra representada de realizar las actividades económicas mediante el uso de la tercerización laboral, ya que la redacción actual del Reglamento prohíbe tercerizar las actividades que forman parte del denominado núcleo del negocio, que para el caso en concreto, está referido a la prestación de servicios médicos y actividades conexas*”. Es decir, se desprende de lo alegado por la demandante que su tesis es clara: se vulneran los



derechos y principios constitucionales antes mencionados porque el D.S. N° 001-2022-TR le prohíbe tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio.

4.4.10. Siendo así, la demandante en su recurso de apelación [agravio I] sostiene que ***la venida en grado adolece de motivación incongruente dado que el Juez no ha brindado los argumentos suficientes para desacreditar la vulneración al derecho a la seguridad jurídica y al principio de jerarquía normativa***

4.4.11. Este Tribunal discrepa con la tesis nulificante de la apelante pues considera que el Juez de primera instancia -independientemente de lo decidido- sí ha explicitado las razones que lo llevan a declarar infundada la demanda, pues ha considerado, entre otras cosas, que:

“(…) el Decreto Supremo N° 001-2022-TR no prohíbe la tercerización de todas las actividades de una empresa, sino solo de aquellas que constituyen el núcleo del negocio (actividad habitual de la empresa); que, el demandante señala que actividad habitual está referida a la prestación de servicios médicos y actividades conexas; sin embargo, el objeto social de la demandante (folios 6): “Consiste en dedicarse a la inversión directa o indirecta en todo tipo de negocios relacionados a la prestación de servicios de salud, clínicas, hospitales o similares; a la prestación de servicios de asesoría y consultoría a empresas e instituciones relacionadas al giro de la salud”; aunado a ello, el artículo dos, del citado decreto establece que se tercerizan actividades especializadas u obras, que forman parte de su actividad principal; en el caso de autos, la demandante no ha argumentado la vulneración al núcleo de su negocio (inversión directa o indirecta), más aún si la citada norma como se ha mencionado permite la tercerización de las actividades principales”.

Ello evidencia que el Juez de primera instancia sí ha cumplido mínimamente con motivar la resolución venida en grado; y, si bien ha omitido pronunciarse por la vulneración de determinados derechos constitucionales, ello a Juicio de este Colegiado y atendiendo a la naturaleza del proceso de amparo, no significa un vicio que acarree la nulidad de la venida en grado, pues puede ser subsanado por esta Superior instancia en mérito a los argumentos impugnativos, tal como se analizará más adelante.



4.4.12. Por otro lado, de la revisión de los demás agravios de apelación, se extrae que la demandante analiza y expone su tesis respecto de cada uno de los derechos que considera se le vulneran; así tenemos:

Respecto a la vulneración de los derechos invocados por la demandante.

4.4.13 ¿El D.S. N° 001-2022-TR vulnera el derecho a la libertad de empresa y libertad de contratación de GSP TRUJILLO S.A.C?

Alega el apelante [página 387] que se han rechazado sus argumentos en cuanto que el cuestionado Decreto Supremo vulnera, entre otros, su derecho a la **libertad de empresa** sin que exista fundamento o argumento suficiente para ello. Asimismo, expone que existe una afectación a la **libertad de contratar** en la medida que la norma en cuestión le impone la prohibición de celebrar contratos de tercerización de servicios, sin que medie una justificación constitucional objetiva ni el sustento de un interés público que merezca tutela, lo cual guarda relación con lo expuesto en su escrito de demanda [página 190].

Al respecto, recordemos que la libertad de empresa es un derecho fundamental mediante el cual se garantiza la facultad de toda persona a elegir y crear libremente una institución u organización con fines económicos orientados a satisfacer necesidades. Así, tal como se ha indicado en la presente sentencia de vista, el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres aristas; sin embargo, la que interesa al caso en concreto es la de auto organización, mediante la cual se reconoce al empresario a establecer los objetivos propios de esta en uso de su autonomía privada [libertad de dirección de empresa]; y, este derecho fundamental se encuentra estrechamente vinculado con el derecho constitucional a la libertad de empresa; en el extremo de que una empresa no podría ser tal si no goza del derecho a la libertad de contratar pues no lograría concretizar sus planes u objetivos.

La lógica respecto a la vulneración de estos dos derechos fundamentales no es compartida por este Colegiado, pues; en principio, contrario a lo alegado por el apelante, sí existe un interés social protegido por el D.S. N° 001-2022-TR, el cual se encuentra plasmado en su exposición de motivos y consiste en la protección de los derechos laborales de los trabajadores [contratados por tercerización] a



fin de que este mecanismo [tercerización] se convierta en una de las principales causas de abaratamiento de los costos labores.

Lo alegado por la parte demandante carece de sustento pues no es posible considerar a la libertad de contratación como un derecho sin límites [no es absoluto], en perjuicio de los derechos laborales; por lo tanto, la restricción de la tercerización laboral que trae consigo el D.S. N° 001-2022-TR no debe ser entendida como una lesión a la libertad de empresa o libertad de contratación, pues esta permite equilibrar los derechos humanos laborales de los trabajadores.

A juicio de este Colegiado, las modificaciones introducidas por el decreto supremo resultan razonables y proporcionales tomando en cuenta que **no prohíbe la tercerización de todas actividades especializadas**, sino solamente de aquellas que constituyen el núcleo del negocio, el cual es entendido por la propia norma como la actividad “propia o habitual” de una empresa, por ello que el propio artículo 1 de la norma en cuestión explicita ciertos parámetros para identificar el núcleo del negocio en el caso en concreto. Siendo así, de la revisión de la partida N° 12762799 [página 06], se advierte que el objeto de la empresa demandante “*consiste en dedicarse a la inversión directa o indirecta de todo tipo de negocios relacionados a la prestación de servicios de salud, clínicas, hospitales o similares, a la prestación de servicios de asesoría y consultoría a empresas e instituciones relacionadas al giro de la salud; a la gestión, operación, administración e implementación de instituciones de salud, ya sean clínicas, hospitales (...)*”; ello para este Colegiado es una razón más para considerar que, contrario a lo alegado por la apelante, el D.S. N° 001-2022-TR **no afecta los derechos bajo análisis de la demandante** pues no le prohíbe ejercer la libertad de dirección de empresa respecto de todo su objeto social, el cual es amplio; y, en consecuencia, tampoco prohíbe el derecho a la libertad de contratación pues si se ha concluido que la disposición reglamentaria cuestionada al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio no vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa, el ordenarse las adecuaciones contractuales bajo apercibimiento de tener desnaturalizados los contratos e imponerse las sanciones tampoco vulnera el derecho constitucional a la libertad de contratación.

Viene al caso recordar que el amparo es un proceso constitucional autónomo de tutela de urgencia de derechos fundamentales, distintos a la libertad individual, y cuyo fin es reponer a la persona en el



ejercicio del derecho ius-fundamental amenazado o vulnerado producto de «actos lesivos» perpetrados por alguna autoridad, funcionario o persona. Así, quien postula un proceso de amparo debe acreditar e identificar el “acto lesivo” de los que pueden ser protegidos a través del amparo. El profesor Eto Cruz considera que *el acto lesivo tiene un contenido material y otro jurídico, que deben ser analizados en forma conjunta. El contenido «material» se encuentra constituido por tres elementos: a) el sujeto activo (que lleva a cabo el acto lesivo), b) el sujeto pasivo (que se ve perjudicado en sus derechos por el acto lesivo), y c) la acción u omisión concreta*⁵. La demandante postula que el D.S. N° 001-2022-TR le es contraria, entre otros, a sus derechos a la libertad de empresa y libertad de contratar llegando incluso a manifestar que *la prohibición alcanzaría a absolutamente todas las actividades que realiza*; sin embargo, no ha aportado medio probatorio que acredite que, efectivamente se le impediría tercerizar cada una de las labores y/o actividades a las que alcanza su objeto social, y cuáles serían estas o con qué empresa ha tenido que “modificar” sus contratos o dejar de contratar.

Si bien la demandante ha presentado dos contratos de locación de servicios médicos [páginas 92 a 134], no ha acreditado de manera fehaciente la tesis plasmada en su escrito postulatorio y traída a debate en su recurso de apelación [el cuestionado Decreto Supremo le impide de realizar todo tipo de actividad laboral]; por lo tanto, no estaría acreditando la acción u omisión concreta del acto lesivo al no acreditar la vulneración que hubo o habrá de los derechos constitucionales y principios que considera se le afectan.

Sin perjuicio de ello, respecto a la seguridad contractual, se aprecia que los contratos presentados por la demandante datan del 06 de agosto del 2021 [página 102] y del 03 de diciembre del 2021 [página 124]; y, siendo que la fecha de publicación de la norma cuestionada fue el 23 de febrero del 2022 y su plazo de adecuación fue 180 días calendario contados a partir de su publicación [única disposición complementaria transitoria], a la fecha de interposición de la demanda [11 de octubre del 2022] la demandante mínimamente pudo aportar algún medio probatorio con el que acredite fehacientemente el hecho lesivo consistente en la “modificación de los términos y condiciones de los contratos suscritos” o la adecuación de los mismos, con el fin de acreditar, reiteramos, una vulneración inminente de los derechos constitucionales invocados; sin embargo, nada de eso ha ocurrido.

⁵ Pensamiento Constitucional N° 18, 2013 / ISSN 1027-6769. Eto Cruz, Gerardo. “El proceso constitucional de amparo en la consitución de 1993 y su desarrollo”.



4.4.14. ¿El D.S. N° 001-2022-TR vulnera el derecho a la propiedad de la demandante?

En el inciso 10 del numeral 3.2 de su recurso de apelación, la impugnante, respecto de la vulneración a su derecho de propiedad, indica que este se trasgrede al exigírsele la incorporación de los trabajadores de las empresas subcontratistas a sus planillas; ello implicará la adquisición de equipamiento en maquinarias de alta complejidad tecnológica, despliegue de capacitaciones, así como, en general, sufragar costos de implementación y diversas obligaciones que afectaran su patrimonio. Al respecto, el Tribunal Constitucional en el EXP. N° 00328-2016-PA/TC [Pleno de fecha 16 de noviembre del 2021], sobre la amenaza de un derecho constitucional ha indicado *“de conformidad con el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, tratándose del cuestionamiento de un acto futuro (amenaza de violación), esta amenaza debe ser **cierta y de inminente** realización; presupuesto, claro está, que debe observarse a la fecha de interposición de la demanda. El primer requisito —la certeza de la amenaza— tiene que ver con la posibilidad de que el acto pueda ser efectivamente realizado, jurídica o materialmente. Por ello, en la sentencia recaída en el Expediente 00091-2004-PA/TC se **sostuvo que, para que el acto futuro pueda ser considerado cierto, es preciso que se encuentre fundado en hechos reales y no imaginarios** [fundamento 8]. En segundo lugar, no basta con demostrar la plausibilidad de la amenaza. Es preciso, además, que esta sea de inminente realización; es decir, que esté pronta a suceder. Se descarta, así, que mediante el amparo se puedan cuestionar actos futuros remotos, sobre los cuales existe una indeterminación temporal de que puedan acaecer”*. En este orden de ideas, los actos que considera la apelante resultan atentatorios contra su derecho a propiedad; son, en esencia, acontecimientos que podrían suceder “a futuro”, y no se ha probado de manera evidente que la amenaza denunciada satisfaga el requisito de certeza que requiere el cuestionamiento de actos futuros, pues no ha probado haber incurrido en costos de compra de maquinaria, despliegue de capacitaciones u otro accionar que evidencie la afectación de su patrimonio.

4.4.15. ¿El D.S. N° 001-2022-TR vulnera el principio de jerarquía normativa y de seguridad jurídica?

En su recurso de apelación, respecto del principio de jerarquía normativa si bien el apelante no esboza un cuestionamiento expreso por considerar que ello no ha merecido respuesta por parte del A-quo, ello ha sido así porque, como hemos precisado, el mismo ha considerado que la demandante no ha



argumentado la vulneración al núcleo de su negocio (inversión directa o indirecta); sin embargo, ello no es óbice para que este Colegiado de respuesta a la controversia planteada.

Respecto a la vulneración del principio de jerarquía normativa, la demandante en concreto ha señalado que el ya tantas veces citado Decreto Supremo resulta inconstitucional por crear la definición de “núcleo de negocio” [página 196]; por lo tanto, el análisis en este extremo de la controversia debe remitirse a este aspecto.

Del artículo 2° de la Ley N° 29245 se observa que con la tercerización se contratan empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras; no se hace mención o precisión con relación a las actividades principales y complementarias, y menos algo respecto al núcleo del negocio. Ahora, es cierto, que el artículo 3° de la misma Ley, consigna, entre otros, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo, también lo es, que estas disposiciones deben ser interpretadas sistemáticamente, en el sentido, que estos supuestos se encuentran en función de ese esquema de tercerización-para actividades especializadas u obras-; y en esta misma línea se mantiene BLANCAS BUSTAMANTE, cuando señala que: “(...) como quiera que los preceptos que conforma la Ley 29245 no pueden ser interpretados de forma aislada sino sistemáticamente, resulta claro que los “casos” a que se refiere el artículo 3° deben, necesariamente, encuadrarse dentro de la definición contenida en el artículo 2°, razón por la cual dichos casos solo pueden tener lugar respecto de “actividades especializadas u obras”, no pudiendo extenderse más allá de estas ni, menos aún, abarcar todas las actividades principales de la empresa (...)”⁶

Ahora bien, el D.S. N° 006-2008-TR que fue la norma que incorporó la actividad principal en el marco de la tercerización, par definirla, se remontó al artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (modificado por el Decreto Supremo N° 008-2007-TR) que señala: “Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquélla que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración,

⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. ¿Es inconstitucional prohibir la tercerización del núcleo de la empresa? Disponible en: <https://www.blancasabogados.com/post/es-inconstitucional-prohibir-la-tercerizaci%C3%B3n-deln%C3%BAcleo-de-la-empresa-a-prop%C3%B3sito-del-d-s-1-22-tr>.



comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa. En este orden de ideas, SCHNEIDER precisa que: *“Existe una diferencia radical entre simplemente completar recursos a través de la intermediación y un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye frecuentemente la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados, con el core business de la empresa hacia un proveedor especialista”*⁷

Por estas consideraciones, la norma cuestionada **no ha modificado el concepto de actividad principal consignado en el anterior reglamento, sino que desde una óptica formal** ha incorporado un término específico para definir a las actividades especializadas y obras como “aquellas actividades vinculadas a la actividad principal que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados pero no pueden tener por objeto el núcleo del negocio”. Se reitera, la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 no hicieron mención o precisión con relación al núcleo del negocio. Entonces, si el Decreto Supremo N° 006-2008-TR fue la disposición reglamentaria que incorporó la actividad principal en el marco de la tercerización, y que mediante la disposición reglamentaria cuestionada formalmente se realizó la aclaración o precisión al respecto, excluyendo el núcleo del negocio, no se advierte una transgresión o desnaturalización de las disposiciones legales antes indicadas, y menos que se haya afectado el principio constitucional de jerarquía normativa.

Finalmente, respecto del derecho de seguridad jurídica, este Colegiado considera que el mismo tampoco ha sido vulnerado por la razón central de que en su escrito postulatorio [páginas 173 a 178], la demandante entiende la vulneración de este derecho en razón de que la norma ha sido dictada en desconocimiento del procedimiento del artículo 14 del D.S. 001-2009-JUS; sin embargo, además de no haber sido probado, ello no implica una vulneración al derecho a la seguridad jurídica pues el demandante no ha probado que las nuevas normas de la tercerización implique una falta de previsibilidad o predictibilidad en su aplicación y que a partir de ello se genere una transgresión del derecho a la seguridad jurídica.

⁷ SCHNEIDER, Ben. Outsourcing la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, Lima, 2004, pag. 31. Citado por TOLEDO TORIBIO, OMAR. Ob cit, pag. 26.



4.4.16. Por las consideraciones expuestas, este Colegiado considera que el D.S. N° 001-2022-TR no vulnera los derechos constitucionales de: i) libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución Política del Estado); ii) libertad de contratar (artículo 2 de la Constitución Política del Estado) ; iii) propiedad (numeral 16 del artículo 2 de la Constitución Política del Estado); y iv) seguridad jurídica y jerarquía normativa (artículo 51 de la Constitución Política del Estado) de la empresa GSP TRUJILLO S.A.C.; por lo tanto, la venida en grado debe confirmarse.

V. DECISIÓN DE LA SALA

Por estas consideraciones, los señores Jueces Superiores integrantes de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, impartiendo justicia a nombre de la Nación, resolvemos:

5.1. CONFIRMAR LA SENTENCIA CONTENIDA EN LA RESOLUCIÓN NÚMERO SIETE, de fecha veintiocho de diciembre del dos mil veintidós, obrante de páginas trescientos sesenta y nueve a trescientos setenta y nueve, que resuelve declarar: “INFUNDADA la demanda interpuesta por GSP TRUJILLO S.A.C. debidamente representado por LUIS VARGAS MARTÍNEZ contra Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y al Procurador Público encargado de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, sobre acción de amparo”.

5.2. ORDENAR se notifique a las partes y, en su día, se devuelva el expediente al juzgado de origen.

Interviniendo como ponente el Señor Juez Superior Titular Carlos Alberto Anticona Luján

S.S.

CRUZ LEZCANO, C.

CHUNGA BERNAL, J.

ANTICONA LUJAN, C.