



JUZGADO MIXTO DE CAYLLOMA DE CHIVAY
EXPEDIENTE : 00159-2022-0-0405-JM-CI-01
MATERIA : ACCION DE AMPARO
JUEZ : HUAMAN ROMERO GONZALO VICTOR
ESPECIALISTA : GALINDO TALAVERA CINTHYA VIOLETA
LISTISC. PASIVO : SUNAFIL ,
SUNAFIL ,
DEMANDADO : PROCURADURIA GENERAL DEL ESTADO ENCARGADO DE LOS
ASUNTOS JUDICIALES DEL PODER EJECUTIVO Y LA PRESIDENCIA DE
LA REPUBLICA ,
MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO ,
PROCURADOR PUBLICO DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE
MINISTROS EN REPRESENTACION DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ,
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ,
PROCURADURIA DEL MINISTERIO DE TRABAJO PROMOCION DEL
EMPLEO,
DEMANDANTE : AMG AUPLATA MINIG GROUP PERU SAC ,

SENTENCIA N° 190 - 2023

Resolución N°10

Chivay, dos mil veintitrés,

Setiembre, veintiséis

Puesto a Despacho en la fecha dada la excesiva carga procesal que soporta este Juzgado quien además tiene, en adición a sus funciones, la labores del Juzgado Penal Unipersonal de Caylloma – Chivay.-

I.- PARTE EXPOSITIVA

VISTOS:-----

De autos aparece que por escrito de fojas quinientos doce y siguientes, AMG-AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C., en adelante AMG, interpone demanda de amparo, solicitando que de acuerdo con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú (facultad de control constitucional del Poder Judicial) y con la sentencia en el expediente N° 1383-2001-AA-TC (anexo 1_B), el Juzgado declare inaplicable para AMG, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, porque su vigencia y aplicación vulnera nuestros derechos constitucionales, en Concreto, vulnera: 1) El principio Constitucional de Jerarquía Normativa consagrado por el artículo 51 de la Constitución Política. 2) El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG. Este principio está previsto en el artículo 62 de la Constitución Política. 3) El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG. Este principio está previsto en el artículo 62 de



la Constitución Política del Perú. 4) El derecho a la libertad de contratación de AMG, previsto en los artículos 2.14, 2.24 y 62 de la Constitución política del Perú. 5) El derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva (interdicción de la arbitrariedad), del que es titular cualquier persona, incluida AMG, por emitir un Decreto Supremo que desconoce la cosa juzgada constitucional contenida en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 13-2014-PI/TC, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de Tercerización, el cual establece expresamente la posibilidad de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio. Este derecho está previsto en los artículos 139.2 y 139.3 de la Constitución Política del Perú. 6) El derecho a la libertad de empresa de AMG, previsto en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú.-----

II. FUNDAMENTOS DE HECHO:-----

Expone que: **SOBRE EL MARCO JURÍDICO EN EL QUE HA SIDO EMITIDO EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR.** **1)** El 03 de junio de 1992, se publicó el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por el Decreto Supremo N° 014-92-EM (en adelante, "TUO-LGM"), norma con rango de ley que consolida las disposiciones legales contenidas en los Decretos Legislativos N° 109 (Ley General de Minería) y N° 708 (Ley de Promoción de inversiones en el sector minero). **2)** En el artículo VI del Título Preliminar del TUO-LGM se establece lo siguiente: "Son actividades de la industria minera, las siguientes: cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero". En ese sentido, tales actividades forman parte del núcleo del negocio de una empresa minera. **3)** Por su parte, en el artículo 37.11 del TUO-LGM se estableció lo siguiente: Título Quinto: Derechos comunes de los titulares de concesiones. Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...) 11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio de empresas especializadas inscritas en la dirección general de minería. **4)** Siendo ello así, es absolutamente claro que el TUO-LGM, norma (con rango de Ley) especial para el sector minero, permite la tercerización de actividades propias del núcleo del negocio de las empresas mineras, como lo son las actividades mineras. **5)** Por su parte, el 23 de junio de 2008 se emitió la Ley N° 29245, Ley de tercerización. En su artículo 2 estableció lo siguiente: Artículo 2. 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 (...). **6)** A su vez, el artículo 3 de la Ley de Tercerización dispone lo siguiente: "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 extrema, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. **7)** De lo anterior se advierte que la Ley de Tercerización no solo no prohíbe la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio, sino que expresamente permite ese tipo de tercerización, incluso respecto de actividades que



formar parte del núcleo del negocio, sino que expresamente permiten ese tipo de tercerización, incluso respecto de actividades que forman parte del proceso productivo de la empresa, es decir del núcleo que ahora, sorprendente e inconstitucionalmente, el DS 001-2022-TR, pretende prohibir. **8)** Esta lectura de la Ley de tercerización no es antojadiza sino que ha sido plasmada también en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por ejemplo en la casación Laboral N° 1337-2021 LIMA (anexo1-I) y ante un cuestionamiento referido a la posibilidad de tercerizar las actividades neurálgicas de una empresa, expresamente se ha señalado que: "(...) no se ha sustentado a adecuadamente por qué considera que mediante la tercerización no se puede tercerizar las actividades principales o neurálgicas de la empresa usuaria, cuando a nivel legislativo no existe esa prohibición (...). **9)** En el mismo sentido en la casación laboral N° 2346-2017 Lambayeque (anexo 1-J) La Corte Suprema confirmó este criterio indicando que es posible tercerizar actividades propias del giro o del núcleo del negocio (core business) de las empresas: Noveno: de lo antes expuesto puede concluirse que la tercerización constituye la desnaturalización de la producción y de la prestación de servicios, a través del cual, la empresa principal se desprende de parte de sus actividades, que incluso pueden ser parte de su core business y las externaliza hacia otras empresas que detentan autonomía de patrimonio, administrativa y funcional, no obstante subyace del marco legal sobre la tercerización que esta no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar los derechos colectivos de los trabajadores, sancionando, en su caso con la desnaturalización de la tercerización y en consecuencia, la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma, conforme sostiene el artículo 6° de la Ley N° 29245 y el artículo 6° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR. **10)** Por si ello no fuera suficiente, la 8va Sala Laboral Permanente de Lima, confirmó este criterio en la sentencia de segunda instancia emitida en el proceso seguido como Expediente N° 10 62-2018-0-1801-JR-LA-01 (anexo 1-Z). **11)** Y la misma interpretación se advierte en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Así en la sentencia que resuelve la demanda de inconstitucionalidad contra varios artículos de la Ley de tercerización, sentencia al Expediente N° 13-2014-PI/TC, la misma que declaró infundada la demanda, confirmando la constitucionalidad de las distintas disposiciones impugnadas y con ello, confirmándose la constitucionalidad de la tercerización de actividades principales. **12)** En ese contexto y a pesar de que ninguna norma legal prohíbe la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio (por el contrario, expresamente diversas normas la permiten), el 24 de febrero del 2022 entró en vigencia el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, el cual: Modificó el artículo 2 del reglamento de la Ley de Tercerización y estableció que no se pueden tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio. determino que se entiende como núcleo del negocio, entre otros supuestos, los siguientes: El objeto social de la empresa. Lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales. El elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado en el que se despliega. La actividad de la empresa que genera un valor añadido a sus clientes. la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos. Modificó el artículo 5 del reglamento de la Ley de tercerización y estableció que la tercerización se desnaturaliza si se usaba para tercerizar actividades propias



del núcleo del negocio de las empresas. **13)** En tal sentido como será explicado en el siguiente acápite, la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera nuestros derechos constitucionales porque mediante una norma reglamentaria, se ha prohibido el ejercicio de un derecho reconocido en normas con rango de Ley, vulnerando así los principios constitucionales de jerarquía normativa y de intangibilidad de los contratos; así como lesionado nuestros derechos a la libertad de contratación y a la libertad de empresa. Lo que es todavía más grave es que, mediante dicha norma reglamentaria, se ha pretendido distorsionar el contenido de una sentencia que ha señalado que es constitucional la tercerización de actividades que forman parte del ahora llamado "núcleo del negocio", sentencia que constituye cosa juzgada constitucional y es vinculante para todos los poderes públicos al haber sido emitida en el marco de un proceso de inconstitucionalidad. **SOBRE LAS ACTIVIDADES DE AMG. 14)** AMG empezó sus operaciones hace 10 años en Perú (fue fundada en el año 2006), nuestras actividades abarcan toda la cadena productiva del sector minero (exploración, desarrollo, explotación, beneficio, etc.). **15)** Asimismo, contamos con todos los permisos y autorizaciones para realizar actividades mineras, entre ellas, por ejemplo, la Resolución de las concesiones mineras Sandra 104 y Sandra 105 (anexo 1-K), la Resolución de aprobación del plan de Minado de la Unidad Minera I Santo (ex El diablo) (anexos 1-L), y la autorización de inicio de actividades de exploración minera Nancy (anexo 1-M). **16)** Como parte de nuestras actividades mineras y en virtud de lo previsto en el artículo 37.11 del TUO-LGM subcontratamos nuestras actividades principales propias con el núcleo de nuestro negocio. Y ello es una práctica recurrente y usual en todo el sector minero, puesto que ellos da eficacia, competitividad, mayor presencia en mercados nacionales e internacionales, etc. **17)** Todas las empresas contratistas que subcontratamos son autónomas e independientes (anexo 1-N), cumple los requisitos de toda tercerización de servicio y se hacen cargo de parte integrales de nuestro sistema productivo (esto inclusive ha sido verificado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral- SUNAFIL). Asimismo, se encuentran debidamente registradas ante la Dirección General de Minería como empresas contratistas mineras (Anexo 1-O). **18)** Sin embargo, esta forma de organizar nuestras actividades empresariales, lo que nos permite más competitivos en el mercado minero, generando puestos de trabajo, contribuir con las comunidades en donde realizamos nuestras actividades, etc, se ve evidentemente vulnerada con la vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, por ello, interponemos la presente demanda de amparo y para que sea inaplicada por las graves vulneraciones que nos produce.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.----- Ampara su demanda, en lo normado por: 1) el artículo 51 y 56 de la Constitución Política del Estado. El literal a) del Numeral 24 del Artículo 2, de la Constitución, así también los numerales 14, 15 y 16 del mismo artículo 2º; el artículo 58º, 60º y 62 º de la constitución; el artículo 3º de la Ley 27626; el artículo 4º de su reglamento aprobado por DS003-2002-TR. Decreto Legislativo 1038 y el reglamento aprobado por D.S 006-2008-TR. Artículo 139.2 d la Constitución; artículo 2 de la Ley N°29245.-----



IV. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE CARLOS ENRIQUE COSAVALENTE CHAMORRO PROCURADOR PÚBLICO DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS:

A fojas mil cuatrocientos veinticinco, Carlos Enrique Cosavalente Chamorro deduce excepciones y contesta la demanda; indicando:

EXCEPCIONES:

Deduce las excepciones de incompetencia por razón de la materia y falta de legitimidad para obrar:

EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA POR RAZÓN DE MATERIA: 1) Conforme se advierte del petitorio de la demanda que se encuentra detallado en sus escritos de demanda y subsanación de demanda que los accionantes interponen acción de amparo a fin de que: Se declare inaplicable para AMG el Decreto Supremo N° 001-2022-TR porque su vigencia y aplicación vulnera nuestros derechos constitucionales, en concreto vulnera: 1) El principio Constitucional de Jerarquía Normativa consagrado por el artículo 51 de la Constitución Política. 2) El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG. Este principio está previsto en el artículo 62 de la Constitución Política. 3) El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG. Este principio está previsto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. 4) El derecho a la libertad de contratación de AMG, previsto en los artículos 2.14, 2.24 y 62 de la Constitución política del Perú. 5) El derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva (interdicción de la arbitrariedad), del que es titular cualquier persona, incluida AMG, por emitir un Decreto Supremo que desconoce la cosa juzgada constitucional contenida en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 13-2014-PI/TC, en la que se declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de Tercerización, el cual establece expresamente la posibilidad de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio. Este derecho está previsto en los artículos 139.2 y 139.3 de la Constitución Política del Perú. 6) El derecho a la libertad de empresa de AMG, previsto en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú. Conforme se advierte del petitorio y contenido de la demanda (las ya transcritas anteriormente). Bajo esta premisa debemos señalar que el tema en discusión no es uno que se deba dilucidar en la vía de Amparo, desde que se está cuestionando la norma citada en forma abstracta, sin que medie acto alguno que sustente agravio en la aplicación de esta proceda a declarar su inaplicación. En este sentido su judicatura no es competente para conocer y resolver dicho petitorio en el proceso de amparo (cuyo efecto inmediato es la detracción de los hechos al pasado), sino de una Acción Popular, ya que lo que pretende es una declaratoria de inconstitucionalidad in abstracto. Es importante precisar que si bien del petitorio de la demanda se advierte que lo que se pretende es el ejercicio del control difuso de la norma, sin embargo esta pretensión no se encuentra arreglada a Ley, ni a la Jurisprudencia del tribunal Constitucional, emitida en torno a esta figura, en razón a que su empleo es un acto delicado y complejo en la medida que significa preferir la aplicación de una norma cuya validez, en principio resulta revestida de la presunción de legitimidad, por ello su ejercicio no es acto



simple. En atención a ello vuestro Despacho debe tener en cuenta que para ejercer el control difuso debe observarse los límites señalados en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 1680-2005-PA/TC, los cuales son : b. Solo podrá practicarse siempre que la ley de cuya validez se duda sea relevante para resolver la controversia sometida al Juez; en ese sentido el Juez solo estará en actitud de declarar su invalidez cuando la ley se encuentra directamente relacionada con la solución del caso. c. Es preciso que quien plantee al Juez la realización del control judicial de constitucionalidad de la Ley acredite que su aplicación le ha causado o pueda causarle un agravio directo; pues de otro modo el Juez estaría resolviendo un caso abstracto, hipotético o ficticio. d. El ejercicio de control judicial de constitucionalidad de las leyes tampoco puede realizarse respecto de leyes o normas con rango de Ley cuya validez haya sido confirmada por el Tribunal en el seno de un control abstracto de constitucionalidad. Estando a lo anteriormente expuesto se debe advertir que lo peticionado no calza en la forma abstracta, no siendo la judicatura competente para conocer la inaplicación del Decreto Supremo dado que debió plantearse una Acción Popular respecto de éste. Siendo así y al haberse acreditado acto concreto de afectación de derecho constitucional alguno de la demandante, no es posible acudir a la figura del control difuso (cuyos límites ha desarrollado el Tribunal Constitucional y que se observan en autos, más aún si es evidente que la competencia de la judicatura no se cumple. En tanto la pretensión en autos, no es propia de un amparo, sino en todo caso de una acción popular. Asimismo, se deberá tener presente lo expuesto en la sentencia de Acción Popular N° 301-2013 emitida por la sala de Derecho Constitucional y Social Permanente Corte Suprema de Justicia de la República que señala lo siguiente: "Sexto: El proceso de acción popular constituye, en ese sentido, "un mecanismo de control concentrado de las normas reglamentarias, que es ventilado exclusivamente al interior del Poder Judicial y que presenta como objetivos el velar por la defensa del artículo 51 de la carta Magna (...) y el artículo 118, inciso 8) del mismo texto normativo (...). Así, la Acción Popular es el remedio para defender la constitucionalidad y legalidad frente a las normas administrativas que la contradicen; es decir, es un medio de control constitucional y legal de tipo jurisdiccional sobre normas inferiores como son las de nivel administrativo (...)". En consecuencia y en tanto la excepción de incompetencia es un medio de defensa procesal dirigido a denunciar vicios en la competencia del órgano jurisdiccional y que ésta resulta viable cuando se plantea una demanda ante órgano jurisdiccional incompetente por razón de materia, la cuantía, el grado, el turno, la función o el territorio; es pertinente que la excepción propuesta (en la presente apelación) por nuestra parte sea amparada, declarándose fundada y finalmente concluyéndose el proceso. **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA:** Ampara la excepción en el artículo 446 inc. 1° del Código procesal Civil y demás normas pertinentes.

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA DEL DEMANDADO: PRESIDENTE DE LA REPUBLICA.- FUNDAMENTOS DE HECHO: 1. Respecto a la falta de legitimidad para obrar del Presidente de la República, es menester recordar que la "legitimidad para obrar es una condición de acción y se entiende por ella como la relación lógica jurídica



que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte en la relación jurídica material deben conservar tal calidad en la misma posición, en la relación jurídica procesal". 2. Por tanto, estando al petitorio contenido en la demanda y al contenido del mismo, pareciere que la parte accionante confunde la relación material con la relación procesal, pues basta un sencillo razonamiento lógico para poder advertir que el Presidente de la República no forma parte de la relación jurídico procesal, ello en atención y como señala la norma referida al caso materia de análisis, modifica diversos artículos del Reglamento de la Ley N° 29245 y el D. Leg. N° 1038, e incluye en las definiciones la de núcleo del negocio y precisa los criterios que se deben tener en cuenta para identificar esa definición; adicionalmente al precisar el ámbito de aplicación de la Ley, modifica su Art. 3 y establece dos nuevos supuestos de desnaturalización que al igual que los ya existentes, de configurarse generan que los trabajadores de la empresa tercerizadora se conviertan en trabajadores de la empresa principal. 3. Siendo así, es importante determinar en la presente demanda, cual es el hecho infractor u omisión que trastorna el sistema constitucional alterando su normal funcionamiento, así como también de se debe delimitar el ámbito de trasgresión, para ello es inevitable y esencial afirmar si existe infracción constitucional o no frente a la afectación de un derecho fundamental. Por consiguiente, al tratarse de normas de protección a los derechos laborales de los trabajadores desplazados y de regulación de la tercerización de servicios, las personas o entidades responsables para satisfacer la pretensión intentada por la parte actora es el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en tanto órgano institucional del estado forma parte del Poder Ejecutivo, conforme lo establece el artículo 25° de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo que a la letra señala: "El Ministro del Estado, con arreglo a la Constitución Política del Perú, es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo, Los Ministros de Estado orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del Gobierno". En ese orden de ideas, el Ministerio de Trabajo y Promoción Social es un sector que forma parte de la estructura orgánica del Poder Ejecutivo, sin embargo, tal situación no determina que la República ostente legitimidad pasiva en una posible causa judicial como lo es el caso que nos ocupa, máxime si tenemos en cuenta que el Decreto Supremo materia de controversia, fue emitido por el citado Ministerio. 4. Por tanto, es totalmente erróneo y contrario a derecho suponer que la legitimidad pasiva se sustenta en el hecho de que el Presidente refrenda no solo Decretos Supremos u otras normas elaboradas por diferentes Ministerios, ya que estas versan de distintas materias dependiendo del sector, en ese contexto, el Decreto materia de controversia es de competencia al sector de Trabajo y Promoción Social, conforme lo establece la Constitución Política del Perú dentro del ejercicio regular de sus funciones, que a la letra señala: "Artículo 128.- Los Ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrenda. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a



no ser que renuncie inmediatamente". Admitir la tesis por la cual, la expedición de Decretos Supremos, dota de legitimidad pasiva al mandatario, supondría aceptar que en todos los procesos judiciales, donde se cuestionen Decretos Supremos y Resoluciones Supremas, así como otras normas rubricadas por el Presidente de la República, también debería de incluirse a dicho mandatario en calidad de demandado. La respuesta es más que evidente y en modo alguno puede aceptarse dicha premisa, por ello la presente excepción deberá declararse fundada en su oportunidad. **FUNDAMENTO DE DERECHO DE LA EXCEPCIÓN:** Ampara su pedido en el artículo 446 inc. 6 del Código Procesal Civil y artículo 45 del Código Procesal Constitucional, demás normas pertinentes.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA: PROCURADOR PÚBLICO DE LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS :

FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. De la pretensión del demandante: Mediante escrito de fecha 18 de mayo del 2022, la empresa AMG AUPLATA MINING GROUP PERU S.A.C., interponen proceso constitucional de amparo y la dirigen contra el Presidente de la República y otros, para que, luego del trámite de Ley se ordene mediante sentencia firme a la parte demandada lo siguiente: "(...) se declare inaplicable para AMG el decreto Supremo N° 001-2022 -TR porque su vigencia y aplicación vulnera nuestros derechos constitucionales, en concreto vulnera: El principio constitucional de jerarquía normativa consagrado en el artículo 51 de la Constitución Política. El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG. Este principio está previsto en el artículo 62 de la Constitución Política. El derecho a la libertad de contratación de AMG, previsto en los artículos 2.14, 2.24 y 62 de la Constitución Política. El derecho fundamental de tutela jurisdiccional efectiva (interdicción a la arbitrariedad). El derecho a la libertad de tutela jurisdiccional efectiva (interdicción a la arbitrariedad). El derecho a la libertad de empresa prevista en el artículo 59 de la constitución política (...)" 2. Los argumentos expuestos en la demanda: La parte actora aduce entre otros hechos que se tenga en consideración los siguientes: (...) AMG empezó sus operaciones hace 10 años en el Perú, nuestras actividades abarcan toda la cadena productiva del sector minero (exploración, desarrollo, explotación, beneficio, etc) (...) contando con todos los permisos y autorizaciones para realizar actividades mineras, entre ellas, las concesiones mineras Sandra 104 y Sandra 105, el plan de minado de la unidad de minería El Santo (ex diablo) y autorización de inicio de actividades de exploración minera Nancy. Como parte de nuestras actividades principales propias en el núcleo de nuestro negocio, y ello es una práctica recurrente y usual en todo el sector minero, puesto que ello da eficiencia, competitividad y mayor presencia en mercados nacionales e internacionales. Todas las empresas contratistas que subcontratamos, son autónomas e independientes, cumplen los requisitos de toda tercerización de servicios y se hacen cargo de las partes integrales nuestro sistema productivo. Sin embargo, esta forma de organizar nuestras actividades empresariales, que nos permite ser más competitivos en el mercado minero, generar puestos de trabajo, contribuir con las comunidades en donde las realizamos nuestras actividades, y que ha sido



reiteradamente validada por las autoridades competentes; se ve evidentemente vulnerada con la vigencia del Decreto Supremo N° 001-2022-TR. Por ello, interponemos la presente demanda de amparo, para que esta norma ilegal e inconstitucional sea inaplicada por las graves vulneraciones que produce a nuestros derechos fundamentales. (...) La transgresión cometida por el D.S. 001-2022-TR al principio de jerarquía normativa es manifiesta y evidente; en efecto, esta norma, de carácter infralegal, sobrepasa y distorsiona el contenido de las leyes que se supone debería reglamentar y no tergiversar, consecuentemente, incumple los parámetros de validez formal y material antes mencionados, generando un perjuicio claro y directo sobre nuestra empresa. (...) la tercerización no necesita autorización legal para desarrollarse, basta que no exista una prohibición. (...)El decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera nuestro derecho constitucional a la libertad de contratación porque establece prohibiciones (prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio) y sanciones (desnaturalización de contratos de tercerización luego del plazo de adecuación) mediante una norma de rango reglamentario. Lo que todavía es más grave, es que tales disposiciones contravienen normas con rango de Ley (Ley de Tercerización y la Ley General de Minería) que no solo prohíben la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio, sino que expresamente permiten dicha posibilidad. (...)mediante un Decreto Supremo el Poder Ejecutivo ha pretendido modificar la cosa juzgada constitucional prohibiendo una actividad (tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio) cuya validez y constitucionalidad goza de cosa Juzgada constitucional. Atendiendo a ello, la presente demanda no solo debe ser declarada fundada, sino que también se deberá imponer una sanción ejemplar a la institución de la que emana la decisión, sino también a quienes actúan en su ¿ representación. Por tanto, al haber acreditado que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera gravemente nuestro derecho a la libertad de empresa, solicitamos que la jurisdicción constitucional lo inaplique, con el objeto de impedir que se continúen vulnerando nuestros fundamentales y reparar los que ya se hubieran vulnerado (entre otros argumentos).

2. Posición de la Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros con relación a la supuesta inconstitucionalidad del decreto Supremo N° 001-2022-TR. 2.1. El proceso constitucional de amparo: a) Conforme a la convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 25.1, señala que "(...) toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención , aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales". b) A nivel nacional, la disposición supranacional guarda relación con lo prescrito por nuestra Norma Fundamental en su artículo 200.2, la cual regula la denominada acción de garantía constitucional: Acción de Amparo, en los términos siguientes: "Son garantías constitucionales: 2. La acción de amparo, 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, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de



procedimiento regular.". c) De acuerdo a los indicado líneas arriba, tenemos que los artículos 22, 23 y 24 y siguientes de la Constitución Política del Perú establecen que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, y que el Estado promueve las condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo. d) Es importante tener en cuenta que existen herramientas muy usadas en el derecho laboral, una es la intermediación y la segunda es la tercerización u outsourcing, esta última que se encuentra regulada en la Ley N° 29245 y su reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR y los alcances del decreto Legislativo N° 1038, es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadora que van a proveer de obras o servicios vinculados o integrados a la misma, asumiendo estas últimas los servicios prestados por su cuenta y riesgo, dado que cuentan con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, siendo responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores quienes están bajo su exclusiva subordinación. e) Como se puede apreciar, cuando dos empresas celebran un contrato de intermediación laboral, lo hacen con la finalidad de que los trabajadores de la primera sean destacados a la segunda para realizar actividades que no sean principales (en otras palabras, aquellas consustanciales al giro del negocio); en cambio, un contrato de tercerización implica que la primera le encarga a la segunda, como persona jurídica, que realice actividades especializadas u obras con desplazamiento de trabajadores y maquinaria o si desplazamiento alguno. Un factor determinante para ver si estamos ante una válida tercerización de servicios o no es el hecho de que los contratos de tercerización cumplan con características previstas en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245 y, por tanto no impliquen una mera provisión de personal. f) A modo de resumen, podemos precisar que la norma en controversia introduce el concepto de "núcleo del negocio", prohibiendo la tercerización de las actividades que forman parte de este. Para identificar el núcleo del negocio en cada caso concreto, se debe observar los siguientes 5 criterios, respecto a la empresa principal (a. objeto social. b. lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales. c. Las actividades que generan un valor añadido para sus clientes. e. La actividad que suele reportarle mayores ingresos).

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

Constitución: Artículo 22, 24, 25, 74 y 200.2; y Nuevo Código procesal Constitucional: Artículo 7 inciso 1, artículo 12; artículo 13.

IV. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE MINISTERIO E TRABAJO Y PROMOCIÓN DE EMPLEO (MTPE) A CARGO DE LA PROCURADORA PÚBLICA A CARGO DE LOS ASUNTOS JUDICIALES.-----

A fojas mil quinientos siete, Olivia Karinna Rios Pozo, Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, contesta la demanda indicando: A. SOBRE LA IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE AMPARO: 1) **¿Que, es una**



norma autoaplicativa y heteroaplicativa? Que el Tribunal Constitucional en el expediente N° 01893-2009-PA/TC, caso Minera Yanacocha S.R.LTDA, en su fundamento jurídico 3, define respecto de las normas "autoaplicativas" y las define de la siguiente manera"(...) que las normas Heteroaplicativas también denominadas de efectos mediatos, pueden ser definidas como aquellas normas que, luego de su entrada en vigencia, requieren indefectiblemente de un acto de ejecución posterior para poder ser efectivas. Es decir, que a la eficacia de este tipo de normas está condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación. Por ende, la posible afectación del derecho no se presenta con la sola entrada en vigencia de la norma, si no que necesariamente requiere de un acto concreto de aplicación para que proceda el amparo a fin de evaluar su constitucionalidad. (...). "(...) En sentido contrario, las normas autoaplicativas, pueden ser definidas como aquellas que llevan incorporadas en sí mismas un acto de ejecución, de modo tal que la posible afectación al derecho se produce con la sola entrada en vigencia de la norma, pues ésta produce efectos jurídicos inmediatos en la esfera jurídica de los sujetos de derecho. es decir, que este tipo de normas con su sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesario actos posteriores y concretos de aplicación para que genere efectos (...). **2) IMPROCEDENCIA POR EXISTIR LEGALMENTE IDÓNEAS DISTINTAS A LA ACCIÓN DE AMPARO:** Que, mediante Resolución N° 01 y 02, mediante la cual se admite la demanda de acción de amparo, como bien anota dicha resolución que la pretensión versa: "(...) QUINTO: Por otra parte, empresa recurrente interpone el presente proceso constitucional de amparo a fin que se declare inaplicable el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, empero no obstante no señalarlo así en los hechos, estaría alegando amenaza de violación a los derechos constitucionales que indica con la entrada en vigencia de la indicada norma, toda vez que refiere que ello incidiría en los servicios vinculados a los contratos suscritos entre la accionante con su cliente EMCOMER S.A.; sin embargo, no expone como hechos de agresión constitucional la forma en que las disposiciones normativas que cuestiona inciden en los citados contratos, de modo que se pueda evidenciar que la amenaza de violación que alega sea cierta e inminente, si se tiene en cuenta que cuando se interpone un amparo por amenaza de violación, conforme a los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional, entre otros en la STC. N° 4057-2004-AA/TC y STCN° 5951-2005-PA/TC, (...)". Que el inciso 2 del artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993, señala: "(...) La Acción de Amparo 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, con excepción de los señalados en el inciso siguiente (...)", siendo el procedimiento para accionar están regulados conforme a los artículos 39° al 43° del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la ley N° 31307 y cuyos derechos protegidos se encuentran taxativamente precisados en el artículo 44° del precitado Código. Que, como conforme se desprende del tenor del petitorio y las consideraciones de hecho de la demanda, resulta evidente que la pretensión resulta incompatible con el objeto del proceso de "acción de amparo", ello en tanto y cuanto la discusión o pretensión principal no debe ser analizada en la presente vía, sino la que prevé el artículo 75° y 83° y ss. del Nuevo



Código Constitucional, Ley N° 31307, concordado con el numeral 5 del artículo 200° de la Constitución Política, vale decir la acción popular, la cual conforme el artículo 84°, corresponde ser conocida por una Sala Constitucional competente y no el Juzgado que tramita la presente. Que a mayor abundamiento y reiterando que la parte demandante solicita se declare la inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, por ende, cabe analizar si esta resulta ser la vía eficaz para recurrir vía el presente proceso de amparo, al respecto debemos tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 01547-2014-PA/TC, caso Ingrid Isabel Bayona Tello que en el fundamento jurídico 10 precisa los siguiente: "(...)10. Al respecto, conforme prescribe la Constitución, en principio la vía procesal pertinente para analizar la constitucionalidad de normas de rango legal es el proceso de inconstitucionalidad. Concurrentemente, la carta Fundamental señal además que a través del proceso de acción popular puede revisarse la constitucionalidad y la legalidad de las normas de rango infralegal (...)". En virtud, de la revisión de la demanda (pretensión) y sus recaudos se tiene que si bien la demandada ha señalado que la norma impugnada se trata de una norma autoaplicativa; al respecto el Tribunal Constitucional, ha señalado que existen otras vías legalmente pertinentes y adecuadas para incoarlas (Principio de Legalidad y Taxatividad) como son el proceso de "inconstitucionalidad" o la "acción popular", por lo que prima facie, dicha demanda al no cumplir con dichas condiciones de procedibilidad deben declararse improcedente por cuanto han incurrido en las causales previstas en el inciso 2 del artículo 7° del Nuevo Código procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 31307. **3) Improcedencia al inobservar los requisitos para la procedencia de la acción de Amparo contra normas autoaplicativas**": Que, de igual forma atendiendo que la parte demandante solicita se declare la inaplicabilidad del decreto Supremo N° 001-2022-TR, por ende, cabe analizar, en el supuesto que se admita analizar dicha norma, se debe tener en cuenta que para tal procedencia se cumpla con los supuestos que establece el Tribunal Constitucional en el expediente N° 01547-2014-PA/TC, caso Ingrid Isabel Bayona Tello que en el fundamento jurídico 12 a 18 precisa lo siguiente: "(...) 12. Al respecto, es necesario tener en cuenta que si bien las normas legales suelen tener un contenido general, cuya efectividad requiere un posterior desarrollo normativo y los de aplicación, existen algunos supuestos en lo que las normas de rango legal pueden comportarse como auténticos actos (normas- acto) que pueden lesionar derechos constitucionales de modo directo y concreto. En tales casos, sería contraria a la vocación protectora de la persona declarada en el artículo 1 de la constitución, así como a los fines de los procesos constitucionales (garantizar la primacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales), exigir que ante una "norma- acto", las personas deban acudir a un proceso de inconstitucionalidad para salvaguardar sus derechos, pues demandar a través de dicha vía requiere una legitimación especialísima (artículo 203 de la Constitución), lo cual obviamente haría impracticable la defensa idónea y oportuna de los derechos amenazados o vulnerados. 13. En este sentido, este Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación que impida definitivamente la procedencia del amparo contra normas estaría "en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro



ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad" (STC Exp. N° 01152-1997-AA/TC, f.j.2.b). 14. Y es que, bien entendida la referida limitación del proceso de amparo prevista en la Constitución tiene como única finalidad evitar que a través de este se impugne "en abstracto, la validez constitucional de las leyes", pues ese es el objeto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes", pues ese es el objeto del proceso de inconstitucionalidad (STC Exp. N° 830-2000-AA/TC, f.j.3a). No se encuentra, entonces, totalmente prohibida la interposición de demandas de amparos contra normas que lesionen derechos fundamentales. El tribunal Constitucional ha explicado que se trata de una mera restricción o limitación "El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo normas legales que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley" (STC Exp. N° 00615-2011-AA/TC, f.j.3). 15. De esta forma, el tribunal ha interpretado el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución admitiendo cierto supuesto de amparo contra normas, al considerar que lo contrario (declarar siempre y sin matices la improcedencia de los amparos contra normas) podría generar situaciones de desprotección de los derechos fundamentales en aquellos casos en que las normas legales transgreden directamente derechos constitucionales (como si fuesen de auténticos actos). 16. Lo anterior desde luego, ha requerido que este tribunal precise en qué casos es posible cuestionar una norma legal a través de un proceso de amparo. Así, hemos indicado que: "La procedencia de este instrumento procesal "el amparo contra normas" está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma autoaplicativa, operativa o denominada también de eficacia inmediata. esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia. En tal caso y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo si podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de la pretensión " (STC Exp. N° 00615-2011IPA/TC, f.j.6-7). 17. Como consecuencia de lo expuesto, este tribunal precisa que lo que corresponde analizar a los jueces constitucionales cuando se encuentren frente una demanda de amparo contra normas es si la disposición legal cuestionada o autoaplicativa (es decir, si se trata de una "norma - acto") y, una vez determinado ello, si la lesión o amenaza alegada incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. 18. En otras palabras exige a los jueces constitucionales realizar un análisis de carácter autoejecutivo de la norma legal y un



vez determinado ello, se deberá continuar con el análisis de relevancia iusfundamental que exige el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, para establecer si ha existido alguna intervención prima facie en los derechos que invoca (...)" . Que, conforme a la invocada sentencia del Tribunal Constitucional, constituye una obligación para el Juez Constitucional, para establecer la procedibilidad de la obligación para el Juez constitucional, para establecer la procedibilidad de la presente acción, vale decir que se determine en la demanda de forma precisa y clara si la lesión o amenaza alegada incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado; sin embargo, al reproducir la pretensión tenemos: "(...) La presente demanda de amparo se interpone frente a la amenaza de violación de los derechos Constitucionales que nos garantiza la correcta aplicación (i) del principio de Especialidad comprendido en el artículo 139° inciso 8 de la carta Magna, concordante con el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil que ante la deficiencia o vacío de la Ley, garantizan la aplicación de los principios generales del derecho; (ii) el derecho que consagra el artículo 2° inciso 14; concordante con el artículo 62° de la Constitución política del estado relativos a la libertad de contratar con fines ilícitos y a la inatangibilidad de los términos contractuales que no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase; (...)", por ende, debe declararse improcedente en todos sus extremo la presente demanda. -----

V. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA.-----

La Procuradora Publica a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de trabajo y promoción d empleo; ampara su contestación en: Decreto Supremo N°001-2022-TR;Ley N°29245 Ley de Tercerización Art. 2 y 3 y Decreto Supremo N°006-2008-TR.-

VI. FUNDAMENTOS DE LA CONTESTACIÓN DE HAROLD ANTONIO ESPINOZA DELGADO Procurador Público de la Superintendencia nacional de Fiscalización Laboral "SUNAFIL".-----

Por escrito de fojas mil novecientos veintinueve, el Procurado Público de SUNAFIL; ha contestado la demanda, y ha planteado excepciones; fundamentando las misma en: **EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA:** Expone que: 1. De conformidad al inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, formulamos excepción de falta de legitimidad para obrar de la SUNAFIL. 2. La excepción de falta de legitimidad para obrar, es un medio de defensa procesal que está dirigido a denunciar la falta de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y de quienes integran la relación jurídica procesal. 3. Es así, que la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, es un mecanismos de defensa que se postula cuando existe un vicio procesal insalvable, sustentándola en carencia de identidad entre el sujeto demandado respecto al demandante. Ello en la medida de que, para establecer una relación jurídica procesal válida, no solamente el demandante debe tener la posición habilitante para demandar sino también la parte demandada debe estar habilitada para responder por la pretensión planteada. 4. En ese orden de ideas la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 1874-99-ICA, señaló que "la



excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, establecida en el inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, señala que no es posible emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, cuando no existe coincidencia entre las partes que conforman la relación jurídico procesal sustantiva y las que integran la relación jurídico procesal ; esto es, cuando la pretensión intentada contra el demandado es competencia ajena a este". 5. En consecuencia, cuando se constata la falta de legitimidad para obrar pasiva , estamos ante un vicio procesal que compromete el pronunciamiento válido sobre el fondo, por lo cual el Juez deberá suspender el proceso y establecer la relación jurídica procesal válida. 6. EN el caso de autos, el demandante interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y contra la SUNAFIL, por un norma reglamentaria que sería inconstitucional, por lo que solicita como pretensión: "Se declare inaplicable al contrato outsourcing de fecha 28 de agosto del 2020 con vigencia al 31 de agosto del 2025, suscrito entre la demandante y la empresa SRL Minera Santa Bárbara de Trujillo, la unida disposición complementaria transitoria del D.S 001-2022-TR y como tal, se respeten los términos del contrato celebrado con dicha empresa, con anterioridad a la vigencia de la norma cuestionada; y que la entidad demandada Ministerio de Trabajo y sus órganos adscritos como SUNAFIL y cualquier otra autoridad se abstenga de exigirles a ellas o a sus clientes o a la empresa principal, la adecuación del contrato suscrito con anterioridad a la vigencia de la norma cuya inaplicación se solicita. 7. El demandante pretende que en sede constitucional que se inapliquen varias disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 001-2022-TRS, "Decreto Supremo que modifica el decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el reglamento de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización", emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y no por la SUNAFIL. 8. Asimismo, el accionante para promover la demanda contra SUNAFIL señala que en la actualidad supuestamente existe la amenaza cierta, inminente y concreta de que, como consecuencia de la tercerización de actividades como la exploración, producción, comercialización o transporte de minerales, la SUNAFIL inicie procesos sancionadores contra la demandante por incumplir la prohibición reglamentaria de tercerizar actividades del Núcleo del negocio, lo que resultaría lesivo de la garantía de tipicidad, y por ende, del debido proceso. 9. No obstante la supuesta amenaza no permite acreditar que SUNAFIL tenga legitimidad para obrar pasiva, por no haber emitido las disposiciones normativas que el demandante pretende inaplicar (Pretensión Principal).

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Constitución Política del Estado; Código Procesal Constitucional, inciso 6 del artículo 446° del Código Procesal Civil. 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".

CONTESTACIÓN DE DEMANDA: 1) Que, mediante Resolución N° 1 se admite la demanda de acción d amparo, como bien anota dicha resolución que la pretensión versa se declare inaplicable a la demandante el D.S. 001-2022-TR. 2) Que, el inciso 2 del Artículo 200° de la Constitución Política del Perú de 1993, señala: (...) La acción de Amparo, 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, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. (...)", siendo e procedimiento para accionar están regulados conforme a los artículos 39° al 43° del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley N° 31307 y cuyos derechos protegidos se encuentran taxativamente precisados en el artículo 44° del Código Precitado. 3) Que, conforme se desprende del tenor del petitorio y las consideraciones de hecho de la demanda, resulta evidente que la pretensión resulta incompatible con el objeto del proceso de "acción de amparo", ello en tanto que la discusión o pretensión principal no debe ser analizada en la presente vía, sino la que prevé artículo 75° y 83° y s.s. del Nuevo Código Constitucional, Ley N° 31307, concordado con el numeral 5 del artículo 200° de la Constitución Política, vale decir la acción popular, la cual conforme el artículo 84° corresponde ser conocida por la sala Constitucional competente y no el Juzgado que tramita la presente. 4) Que a mayor información y reiterando que la parte demandante solicita se declare la inaplicabilidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, en consecuencia, resulta necesario analizar si esta resulta ser la vía eficaz para recurrir vía el presente proceso de amparo. Al respecto, debemos tener en cuenta lo señalado por el tribunal Constitucional en el Expediente N° 01547-2014-PA/TC, caso Ingrid Isabel Bayona Tell o que en fundamento jurídico precisa lo siguiente: "(...) Al respecto, conforme prescribe la Constitución, en principio la vía procesal pertinente para analizar la constitucionalidad de normas de rango legal es el proceso de inconstitucionalidad. Concurrentemente, la carta fundamental señala además que a través del proceso de acción popular pueda revisarse la constitucionalidad y la legalidad de las normas de rango infralegal. (...). 5) En tal virtud de la revisión de la demanda (pretensión) y sus recaudos se tiene que la misma no ha precisado, ni motivado si la norma que se impugna o solicita su inaplicación (D.S. N° 001-2022-TR) es "autoaplicativa o heteroaplicativa". 6) Que de haberlo precisado como bien señala el Tribunal Constitucional, existen otras vías legalmente pertinentes y adecuadas para incoarlas (principio de legalidad y taxatividad), como son el proceso de "inconstitucionalidad" o la "acción popular", por lo que prima facie, dicha demanda al no cumplir con dichas condiciones de procedibilidad devienen en declararse improcedente por cuanto han incurrido en las causales previstas en el inciso 2 del artículo 7° del Nuevo Código Procesal Constitucional. Por inobservar lo requisitos para la procedencia de la acción de Amparo contra "normas autoaplicativas". De lo señalado, se desprende que la entidad accionante no ha establecido de forma clara y precisa cuál es el contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido, por ende, incurre en la causal prevista en el inciso 1 del artículo 7° del Nuevo Código Procesal Constitucional, aprobado por la Ley N° 31307.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: Constitución Política del estado. Código Procesal Constitucional. decreto Supremo N° 001-2022-TRS, "Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el reglamento de la Ley N° 29245 y el decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización". -----

V. ACTIVIDAD PROCESAL.-----



La demanda fue admitida a trámite mediante resolución número uno, de fojas mil trescientos ochenta y nueve, en el presente expediente y sus acumulados, confiriéndose traslado a la parte demandada, contestando la demanda el señor Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, Carlos Enrique Cosavalente Chamorro; quien además deduce excepciones, mediante escrito de fojas mil cuatrocientos veinticinco, así también mediante escrito de fojas mil quinientos siete, la Procuradora Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo; señora Olivia Karrina Rios Pozo, cumple con contestar la demanda; se convoca a Audiencia Única con fecha veinticuatro de octubre del dos mil veintidós, en la misma que se ha integrado al proceso como litis consorte necesaria pasiva a la Superintendencia Nacional de Fiscalización laboral SUNAFIL; quien plantea excepciones y contesta la demanda, a través de su representante Harold Antonio Espinoza Delgado, mediante escrito de fojas mil novecientos veintinueve; continuando con la audiencia única con fecha veintidós de diciembre del dos mil veintidós, en donde se han tenido por oralizadas las excepciones y se han admitido medios probatorios y se ponen los autos a despacho para sentenciar. -----

II.- PARTE CONSIDERATIVA.-----

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO: Que, el demandante AMG AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C (AMG), promueve proceso constitucional de amparo contra el Poder Ejecutivo, que emitió el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, con emplazamiento además de la Presidencia de la república, Procuraduría General encargada de los asuntos judiciales del Poder Ejecutivo y Presidencia de la República y la Procuraduría del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, solicitando que el Juzgado declare inaplicable para AMG, el decreto Supremo N° 001-2022-TR, porque su vigencia y aplicación vulneraría sus derechos constitucionales. En concreto vulnera: **1)** El principio Constitucional de la Jerarquía Normativa consagrado por el artículo 51 de la Constitución Política. **2)** El principio de intangibilidad contractual en perjuicio de AMG, este principio está previsto en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú. **3)** El derecho a la libertad de contratación de AMG, previsto en los artículos 2.14, 2.24 y 62 de la Constitución política del Perú. **4)** El derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (interdicción de la arbitrariedad), del que es titular cualquier persona, incluida AMG, por emitir un Decreto Supremo que desconoce la cosa Juzgada Constitucional contenida en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 13-2014-PI/TC, en que se declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de tercerización, el cual establece expresamente la posibilidad de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, este derecho está en los artículo 139.2 y 139.3 de la Constitución Política del Perú. **5)** El derecho a la libertad de empresa de AMG, previsto en el artículo 59° de la Constitución Política del Perú.

SEGUNDO: MARCO NORMATIVO: 2.1) Que, el primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, establece que *“Los procesos a los que se refiere el presente título*



tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo". De la norma antes citada, y en relación al proceso de amparo, se tiene que éste es un proceso judicial de carácter constitucional que tiene como finalidad proteger todos los derechos constitucionales de la persona (con excepción de los que protegen el hábeas corpus, el hábeas data y la acción de cumplimiento), ante violaciones o amenazas de violación proveniente de una autoridad o de un particular. 2.2) Artículo 200 inciso 2 de la Constitución "Garantías Constitucionales" 2. La acción de Amparo, 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, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular. **TERCERO:** Que, dentro del presente proceso de amparo se han planteado excepciones, así el Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros, plantea la excepción de incompetencia por razón de materia y de falta de legitimidad pasiva del demandado; así también el Representante de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL, plantea la excepción de falta de legitimidad del demandado; ello conforme a los fundamentos antes expuestos en la presente. **RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA** por razón de materia, ésta se estima favorable cuando se ha interpuesto una demanda, ante un Juez que no tiene competencia para conocer la materia reclamada, así por ejemplo si se demanda una pretensión de obligación de dar suma de dinero ante un Juzgado de Familia, cuando el competente es el Juzgado Civil. En el caso que nos ocupa la excepción de incompetencia por razón de la materia deducida por el Procurador Público del Consejo de Ministros, es que las pretensiones deducidas por el demandante, no serían propias del Amparo, sino en todo caso de una Acción de Popular. Sobre el tema debemos indicar que la demandante AMG, ha iniciado un proceso constitucional de Amparo que corresponde ser conocido en primera instancia por el Juez Civil o Mixto del lugar donde se produjo la afectación o donde tiene su domicilio principal el demandante, a elección de éste, y en el caso que nos ocupa, el excepcionante en esencia no cuestiona la competencia del Juez en razón de materia, sino que sus argumentos están dirigidos a la declaración de improcedencia de la demanda en tanto, desde su punto de vista, correspondería interponerse una demanda acción popular, a tal efecto dicha cuestión será debatida en al analizar el fondo del asunto no siendo procedente debatir tales argumentos vía excepción, correspondiendo desestimar la excepción formulada.

RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA Y DE SUNAFIL; que respecto a la excepción de falta de legitimidad, a que se refiere el inciso 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil, está dirigida a denunciar la falta de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídico procesal, es decir es la relación lógico jurídica que debe existir entre el vínculo material y el procesal, de manera que quienes son parte en la relación material deben conservar tal calidad en la misma posición, en la relación jurídico procesal. Que en el caso que



nos ocupa, el demandante tiene como pretensión, que el Juzgado, declare inaplicable para AMG, el decreto Supremo N° 001-2022-TR, porque su vigencia y aplicación vulneraría sus derechos constitucionales tales como a la Jerarquía normativa, intangibilidad contractual, libre contratación, tutela jurisdiccional efectiva y a la libertad de empresa; siendo que dicho Decreto Supremo y el Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización, han sido emitidos por el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo; es decir la relación jurídico procesal, estaría establecida entre la demandante y el Ministerio de Trabajo y Promoción de Empleo y su respectivo Ministro de Estado y no por el presidente de la República ni por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.

Respecto de SUNAFIL se tiene en cuenta que la demandante interpone demanda de amparo contra el ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y contra SUNAFIL, por la vigencia de una norma reglamentaria que sería inconstitucional y solicita la inaplicación del Decreto Supremo N° 01-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y Decreto Legislativo N° 1038, que regula los servicios de tercerización, emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y no por SUNAFIL. No obstante, la supuesta vulneración no permite acreditar que SUNAFIL tenga legitimidad para obrar pasiva, por no haber emitido las disposiciones normativas que el demandante pretende inaplicar; sin embargo, por expresa disposición del Artículo 4° Del la Ley N° 29981, que crea la SUNAFIL, se establece *“La Sunafil tiene las funciones siguientes: a) Supervisar el cumplimiento de la normativa sociolaboral, ejecutando las funciones de fiscalización dentro del ámbito de su competencia.(...) d) Vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y las condiciones contractuales, en el orden sociolaboral, que se refieran al régimen de común aplicación o a regímenes especiales. e) Imponer las sanciones legalmente establecidas por el incumplimiento de las normas sociolaborales, en el ámbito de su competencia.(...) h) Ejercer la facultad de ejecución coactiva, respecto de las sanciones impuestas en el ejercicio de sus competencias.”*; ello en concordancia con lo establecido en el artículo 5° de la misma Ley que establece *“Por aplicación de la normativa vigente, la Sunafil impone las sanciones establecidas en materia sociolaboral, así como las normas específicas cuya fiscalización le corresponde.”*

A tal efecto resulta claro que la SUNAFIL ejerce funciones ejecutivas y de fiscalización en materia laboral como un ente adscrito al ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por lo tanto en cumplimiento de sus funciones le corresponde hacer cumplir las normas emanadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, precisamente el Decreto Supremo N° 001-2022-TR cuya inaplicación se pretende en el presente proceso de amparo, por tanto sí existe incidencia directa para ejecutar la misma por parte de SUNAFIL; siendo claro por lo tanto que la SUNAFIL, sí forma parte de la relación jurídico material; y la relación jurídica procesal se encuentra concretizada con la presencia del Procurador Público de la Superintendencia de Fiscalización Laboral, la cual forma parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y por tanto, la excepción deducida deviene en infundada.



Respecto del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA: a tal efecto se tiene que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley 29158 ha establecido en su Artículo 25 la labor de los ministros, señalando que “El Ministro de Estado, con arreglo a la Constitución Política del Perú, es el responsable político de la conducción de un sector o sectores del Poder Ejecutivo. Los Ministros de Estado orientan, formulan, dirigen, coordinan, determinan, ejecutan, supervisan y evalúan las políticas nacionales y sectoriales a su cargo; asimismo, asumen la responsabilidad inherente a dicha gestión en el marco de la política general del gobierno (...)”

En tal sentido le corresponde a cada Ministerio refrendar los actos que realiza el Presidente dentro de sus funciones, precisamente, entre ellas, las de emitir normas con carácter de reglamento; sin perjuicio de lo señalado se debe tener en cuenta que tal como lo establece el artículo 118 inciso 8 de la Constitución corresponde al Presidente: “8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.” Resulta pues claro que el señor Presidente en uso de sus atribuciones le corresponde reglamentar las normas, lo que precisamente ha sucedido en el presente caso, más aun si se tiene en cuenta que ha emitido el D.S. 001-2022-TR precisamente en uso de sus facultades y de manera excepcional, siendo que el ministro de Estado con competencia resulta también responsable de los actos realizados por el Presidente tal como lo establece el artículo 128 de la Constitución Política del Estado cuando señala que los “ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan. Todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.”

Siendo pues que la excepción propuesta no puede ser estimada en razón que el funcionario que emitió la norma cuestionada precisamente ha sido el Presidente de la República en uso de sus facultades previstas en el artículo 118 de la Constitución del Estado.

CUARTO: PRONUNCIAMIENTO DE FONDO:

4.1) Que, del escrito de demanda y de los medios probatorios actuados se verifica que el accionante denuncia violación a sus derechos constitucionales a la Jerarquía normativa, intangibilidad contractual, libre contratación, tutela jurisdiccional efectiva y a la libertad de empresa; es decir la parte demandante solicita el amparo contra el decreto Supremo N° 001-2022-TR, señalando que ésta norma sería una norma autoaplicativa inconstitucional e ilegal.

4.2) El actual Código Procesal Constitucional - Ley N° 31307-, en su artículo 8, señala: **“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.”**



Norma autoaplicativa

4.3) Que el Tribunal Constitucional en el expediente N° 01547-2014-PA/TC, caso Ingrid Isabel Bayona Tello, dentro de sus fundamentos 12 a 18, precisa lo siguiente: "(...) 12. Al respecto, es necesario tener en cuenta que si bien las normas legales suelen tener un contenido general, cuya efectividad requiere un posterior desarrollo normativo y los de aplicación, existen algunos supuestos en los que las normas de rango legal pueden comportarse como auténticos actos (normas-acto) que pueden lesionar derechos constitucionales de modo directo y concreto. En tales casos, sería contraria a la vocación protectora de la persona declarada en el artículo 1 de la Constitución, así como a los fines de los procesos constitucionales (garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales), exigir que ante una "norma-acto", las personas deban acudir a un proceso de inconstitucionalidad para salvaguardar sus derechos, pues demandar a través de dicha vía requiere una legitimación especialísima (artículo 203 de la Constitución), lo cual obviamente haría impracticable la defensa idónea y oportuna de los derechos amenazados o vulnerados. 13. En este sentido, este Tribunal Constitucional ha sostenido que una interpretación que impida definitivamente la procedencia del amparo contra normas estaría "en absoluta contradicción con la filosofía personalista con la que se encuentra impregnado todo nuestro ordenamiento constitucional, y en el que se legitima fundamentalmente la propia existencia de este tipo especial de procesos de la libertad" (STC Exp. N° 01152-1997-AA/TC, f.j.2.b). 14. Y es que, bien entendida la referida limitación del proceso de amparo prevista en la Constitución tiene como única finalidad evitar que a través de este se impugne "en abstracto, la validez constitucional de las leyes", pues ese es el objeto del proceso de inconstitucionalidad de las leyes", pues ese es el objeto del proceso de inconstitucionalidad (STC Exp. N° 830-2000-AA/TC, f.j.3a). No se encuentra, entonces, totalmente prohibida la interposición de demandas de amparos contra normas que lesionen derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional ha explicado que se trata de una mera restricción o limitación "El inciso 2 del artículo 200 de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo normas legales que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley" (STC Exp. N° 00615-2011-AA/TC, f.j.3). 15. De esta forma, el Tribunal ha interpretado el inciso 2 del artículo 200 de la Constitución admitiendo cierto supuesto de amparo contra normas, al considerar que lo contrario (declarar siempre y sin matices la improcedencia de los amparos contra normas) podría generar situaciones de desprotección de los derechos fundamentales en aquellos casos en que las normas legales transgreden directamente derechos constitucionales (como si fuesen de auténticos actos). 16. Lo anterior desde luego, ha requerido que este Tribunal precise en qué casos es posible cuestionar una norma legal a través de un proceso de amparo. Así, hemos indicado que: "La procedencia de este instrumento procesal "el amparo contra normas" está supeditada a que la norma legal a la cual se le imputa el agravio sobre un derecho fundamental se trate de una norma autoaplicativa, operativa o denominada también de



eficacia inmediata. esto es, aquella cuya aplicabilidad no se encuentra sujeta a la realización de algún acto posterior o una eventual reglamentación legislativa, en la medida que adquiere su eficacia plena en el mismo momento que entra en vigencia. En tal caso y siempre que estas normas afecten directamente derechos subjetivos constitucionales, el amparo si podrá prosperar, no sólo porque de optarse por una interpretación literal del inciso 2 del artículo 200 de la Constitución Política del estado se dejaría en absoluta indefensión al particular afectado por un acto legislativo arbitrario; sino además porque tratándose de una limitación del derecho de acceso a la justicia constitucional, éste no puede interpretarse en forma extensiva, sino con una orientación estrictamente restrictiva, esto es, en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una decisión judicial que se pronuncie respecto de la pretensión " (STC Exp. N° 00615-2011PA/TC, f.j.6-7) . 17. Como consecuencia de lo expuesto, este tribunal precisa que lo que corresponde analizar a los jueces constitucionales cuando se encuentren frente una demanda de amparo contra normas es si la disposición legal cuestionada o autoaplicativa (es decir, si se trata de una "norma - acto") y, una vez determinado ello, si la lesión o amenaza alegada incide en el contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. 18. En otras palabras exige a los jueces constitucionales realizar un análisis de carácter autoejecutivo de la norma legal y un vez determinado ello, se deberá continuar con el análisis de relevancia iusfundamental que exige el artículo 5, inciso 1, del Código Procesal Constitucional, para establecer si ha existido alguna intervención prima facie en los derechos que invoca (...)"

4.4) Ahora bien se tiene que el derogado Código Procesal Constitucional – Ley N° 28237, en su artículo 3, establecía: *“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma. Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada...”*

Por su parte el vigente Código Procesal Constitucional - Ley N° 31307-, no ha considerado el término “autoaplicativa”, pues en su artículo 8, señala: *“Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.”*

En tal caso, pese a que la norma procesal vigente no ha previsto la diferenciación de las normas como autoaplicativas o no, el Tribunal Constitucional ha dejado claramente establecido este tema.

4.5) Se tiene que con fecha 23 de febrero del 2022 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano”, **el Decreto Supremo N° 001-2022-TR**, que el Presidente de la República emitió en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales previsto en el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución, modificando 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.



La demandante ha cuestionado los siguientes artículos de la norma:

Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

(...) *“No esta 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: (...) “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.” (...)

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA ÚNICA.

Plazo de adecuación Los contratos y figuras empresariales que se encuentren vigentes a la fecha de emisión del presente Decreto Supremo y se sujeten a lo regulado en el artículo 3 de la Ley, deben adecuarse a las modificaciones establecidas en la presente norma, en un plazo que no deberá exceder de ciento ochenta días calendario contados a partir de su publicación. (...) Vencido el plazo a que se refiere el primer párrafo de la presente disposición, si los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3 de la Ley no se hubieran adecuado a las modificaciones establecidas por la presente norma, se produce la desnaturalización prevista en el artículo 5 del Reglamento, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.

Entonces, cabe señalar si la norma cuestionada es o no una norma con el carácter de autoaplicativa, a tal efecto se tiene que el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, como la STC 4677-2004-PA/TC, en su fundamento 4, con relación a las normas autoaplicativas, ha señalado: *“es aquella cuya aplicación resulta inmediata e inconstitucional una vez que han entrado en vigencia. Expresado de otro modo, son normas que no requieren actos de desarrollo o de ejecución para desplegar sus efectos.”* A tal efecto se tiene en cuenta que la norma cuestionada es una norma reglamentaria, que por sí misma surte efectos sobre la demandante, asimismo por sí misma establece los supuestos de desnaturalización de la tercerización y ha establecido un nuevo concepto sobre “núcleo del negocio”, resulta entonces claro que la norma cuestionada no requiere de ninguna otra norma que la desarrolle, por el contrario, al tratarse de un reglamento por sí misma ya resulta de aplicación inmediata pues la propia disposición complementaria transitoria ha establecido la adecuación de los contratos existentes en un plazo de ciento ochenta días.



En conclusión resulta claro que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es una norma autoaplicativa, la misma que con sus modificaciones no permite la tercerización de actividades que son parte del núcleo del negocio, o de las actividades principales de una empresa.

Jerarquía normativa

4.6) El Tribunal Constitucional en el EXP. N° 0022-2004-AI/TC-LIMA, en su fundamento 13, ha señalado: “13. *El artículo 51° de la Constitución, que consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía normativa de la Constitución, dispone que la Constitución prevalece sobre toda norma legal y la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente.*”

El artículo VI del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, establece: “*Son actividades de la industria minera, las siguientes: **cateo, prospección, exploración, explotación, labor general, beneficio, comercialización y transporte minero.***”

Por su parte el artículo 37°, de la misma ley, señala: *Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos: (...) 11. A contratar la ejecución de los trabajos de **exploración, desarrollo, explotación y beneficio**, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.*” (inciso agregado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 868 publicado el 01-11-96.)

Ahora, la Ley N° 29245 – Ley que Regula los Servicios de Tercerización, al definir la tercerización, señala:

Artículo 2.- Definición

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

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

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

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.

Como se puede apreciar la Ley de Tercerización no ha previsto conceptos tales como “actividad principal” o “núcleo del negocio”, es más, la misma norma ha señalado que puede ser materia de tercerización precisamente actividades tales como los contratos de obra o contratos que tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso de productivo, no existiendo ninguna limitación o restricción en la contratación de empresas especializadas dentro de su actividad sea principal o no.

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR señala que el núcleo del negocio debe ser entendido como parte de la actividad principal de la empresa principal, que por sus características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento; es decir, la norma reglamentaria introduce una diferenciación sustantiva que no ha realizado la norma reglamentada.

Esta circunstancia resulta sumamente relevante en la medida que, mientras la Ley de de la materia permite la tercerización de todo el proceso productivo, la norma que la reglamenta restringe tal ámbito, de esta forma la norma inferior (reglamentaria) desnaturaliza a la norma superior, a tal efecto debe tenerse en cuenta que “la validez de la norma inferior depende de su conformidad con la norma superior”.

Es de recordar que el artículo 118 de la Constitución otorga facultades al Poder Ejecutivo, dentro de ellas: “8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes **sin transgredirlas ni desnaturalizarlas**; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.” (Resaltado mío). Por tanto queda claro que al emitirse el D.S. N° 001-2022-TR se ha vulnerado la Constitución al desnaturalizar a la Ley N° 29245, infringiendo así también el artículo 51 de la misma norma fundamental, pues el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, **no puede oponerse a una ley**, que tiene rango superior y no ha previsto límites para la tercerización de actividades principales.

Libertad contractual e intangibilidad contractual

4.7) La demandante señala la vulneración de su derecho a la libertad contractual. Al respecto el artículo 62° de la Constitución, establece: *“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. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*



Por su parte el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 7339-2006-PA/TC, fundamento 47, ha señalado: *“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.” Tal derecho garantiza, prima facie: i) Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante. ii) Autodeterminación para decidir de común acuerdo la materia objeto de regulación contractual.” (STC 02736-2004-PA/TC, fundamento 9. RTC 04858-2011-PA/TC, considerando 4, STC 2736-2004-PA/TC, fundamento 9. STC4788-2005-PA/TC, fundamento 7, STC 8943-2006-PA/TC, fundamento 2, Exp. N° 03128-2011-PA/TC fundamento 10, para citar entre otras).*

Esta norma constitucional precisamente protege la contratación entre particulares frente a la intervención del Estado, impidiendo de esta manera la alteración de los términos contractuales por parte de actos del Estado, garantizando de esta manera las relaciones civiles y de comercio.

Queda claro que el Decreto Supremo N° 001-022-TR, al prohibir la tercerización de las actividades principales, altera los contratos vigentes que pueda tener la demandante, asimismo no debe pasar desapercibido lo prescrito por el artículo 37 del T.U.O. de la Ley General de Minería que establece que establece las atribuciones de los titulares de las concesiones mineras, siendo que una de ellas precisamente es “11. A contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería.” Por lo que en efecto, la demandante cuenta con la libertad contractual, reconocida constitucional y legalmente, para contratar sobre cada aspecto de sus actividades y por tanto la limitación establecida en el D.S. N° 001-022-TR resulta inconstitucional.

Tutela jurisdiccional efectiva

4.8) Sobre aspecto se tiene que la demandante ha señalado que mediante sentencia del Tribunal Constitucional N° 13-2014-PI/TC se declaró la constitucionalidad del artículo 3 de la Ley de Tercerización, desconociendo de esta manera la cosa juzgada constitucional

Sobre ello debe tenerse en cuenta que las Sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que declara la inconstitucionalidad de una norma, o su constitucionalidad, de quedar firmes tienen alcances generales y carecen de efectos retroactivos; en mérito a ello producen efectos desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, por tanto cualquier sentencia del TC sean estimativas o no, quedan «firmes» y en mérito a ello devienen en cosa juzgada.

Ahora bien ello no impide que posteriormente, a través de la vía regular, se pueda modificar una norma pese a que haya sido declarada constitucional por el Tribunal, es decir, la



declaratoria de constitucionalidad no otorga a la Ley valor inmutable e inamovible, por lo que de primera mano no se evidencia afectación a la cosa juzgada constitucional si la norma es modificada, derogada o reglamentada.

En el caso que nos ocupa la afectación ocasionada por el D.S. 001-022-TR no tiene relación con la cosa juzgada constitucional, en la medida que la cosa juzgada constitucional no otorga inmutabilidad a la norma.

Libertad de Empresa

4.9) El artículo 59° de la Constitución señala: *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*

El Tribunal Constitucional en el EXP. N° 018-2003-AI/TC LIMA **caso** CINCO MIL SETENTA Y SIETE CIUDADANOS, ha establecido: *“El artículo 59° de la Constitución vigente garantiza el ejercicio de las libertades de empresa, comercio e industria, respectivamente. Al respecto, el Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia de las Naciones Unidas [Ginebra: Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNTAD) 2000] define a la empresa como “(...) toda sociedad de personas, sociedad de capitales, compañía, asociación u otra persona jurídica, independientemente de que haya sido creada o esté controlada por particulares o por el Estado, dedicada al tráfico mercantil, incluidas sus sucursales, filiales, sociedades participantes en otras entidades directa o indirectamente controladas por ella”.*

Asimismo señala *“Es decir, implica la facultad de poder elegir y obrar en la organización y desarrollo de una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de consumidores o usuarios. La libertad de industria consiste en la facultad de elegir y obrar, según la propia determinación, en el ámbito de la actividad económica, para realizar un conjunto de operaciones materiales destinadas a la obtención y/o transformación de uno o varios productos naturales con el objeto inmediato de producción y circulación de la riqueza.*

En ese orden de ideas, se entiende por “producción” no solamente la creación de un bien que carecía de existencia, sino también su transformación a través de la industria que la hace apto para satisfacer alguna necesidad humana adquiriendo, en consecuencia, un valor económico (...).”

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio en contraposición de la ley, lo que en realidad se está estableciendo es una forma predeterminada en las relaciones contractuales de la demandante, afectando de esta manera a la autonomía privada, es cierto que dicha autonomía no es absoluta, sin embargo la Ley de Tercerización ha previsto otorgar tal facultad a la demandante,



ello en concordancia con el T.U.O. de la Ley de Minería, en tal sentido queda claro que no se puede restringir, mediante una norma reglamentaria, el derecho constitucional de la demandante que además ha tenido desarrollo legal.

QUINTO: Conclusión

5.1) Conforme se tiene señalado, y en atención a los fundamentos desarrollados se tiene que la vulneración constitucional no sólo recae en la infracción de la jerarquía normativa, sino en la trasgresión de los derechos de libertad de contratación, intangibilidad de los contratos, y libertad de empresa regulados en la Constitución; siendo la pretensión principal la inaplicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR respecto a la empresa demandante, es decir, su cuestionamiento es, en sentido concreto y no in abstracto como lo que se debate en el proceso de acción popular, el trámite del presente proceso no impide ni restringe el derecho de acción de la demandante para acudir a las vías que correspondan.

En este extremo se concluye que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, resulta inconstitucional, pues transgrede los artículos, 51°, 59° y 62° de la Constitución Política, que garantiza la libertad de empresa, al restringir la posibilidad de aquellas empresas que prestan servicios integrales con desplazamiento.

Igualmente, es ilegal, pues, al prohibir la tercerización de las denominadas “actividades nucleares”, contraviene el artículo 3° de la Ley N° 29245 e inciso 11 del artículo 37° del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que expresamente permiten que las empresas principales puedan tercerizar una parte integral de su proceso productivo, que incluye, evidentemente, todas las actividades principales.

5.3) Que respecto de la vulneración del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva por haberse afectado la condición de cosa juzgada constitucional de la sentencia emitida en el **N° 0013-2014-PI/TC** sobre la Ley de Tercerización N° 29425 y el Decreto Legislativo N° 1038, se tiene que tal condición no impide en abstracto que la norma sea modificada o derogada a través de los procedimientos previstos, por tanto la condición de cosa juzgada constitucional sobre la validez de una norma de ninguna manera significa que ésta sea perenne o inamovible, sino que implica que no podrá cuestionarse su constitucionalidad por ningún ente del estado, por lo que no se evidencia afectación a este derecho.

SEXTO: Costas y Costos

Que como regla general se tiene que la parte vencida debe cancelar los costos y costas del proceso, a tal efecto se tiene que el artículo 28 del Código Procesal Constitucional ha establecido que si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, sin embargo el segundo párrafo de dicha norma establece que en los procesos de habeas corpus, amparo y



de cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. Por lo que corresponde ordenar dicho pago, que será liquidado en ejecución de sentencia.

III.- DECISION

Por las consideraciones antes expuestas, impartiendo Justicia Constitucional a nombre de la Nación;

SE RESUELVE:

- 1) **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de incompetencia por razón de materia y de falta de legitimidad para obrar pasiva presentada por la **Procuraduría Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros**.
- 2) **DECLARAR INFUNDADA** la excepción de Falta de legitimidad para obrar pasiva presentada por el **procurador público de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral "SUNAFIL"**.
- 3) **DECLARA FUNDADA EN PARTE** la demanda formulada por la empresa AMG-AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C., en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Procurador Público de la Presidencia del Consejo de Ministros y con intervención de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-SUNAFIL, sobre Acción de Amparo; en consecuencia, en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las leyes, **DECLARO INAPLICABLE** el Decreto Supremo N° 001-2022-TR para la empresa AMG-AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C. y las empresas con las que mantenga o celebre contratos que tengan por objeto la tercerización de cualesquiera de las actividades de la empresa AMG-AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C, principales u objeto social de conformidad a la Ley N° 29245 o TUO de la Ley General de Minería y demás normas complementarias. **ORDENANDO** al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL. **ABSTENERSE** de imponer sanciones a la empresa AMG-AUPLATA MINING GROUP PERÚ S.A.C. y las empresas con las que mantenga o celebre contratos sobre actividades vinculadas a su actividad principal u objeto social.
- 4) **INFUNDADA** la demanda respecto de la afectación del derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. **Con costos del proceso. NOTIFIQUESE.**