



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 18 días del mes de noviembre de 2025, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los señores magistrados Pacheco Zerga, presidenta; Domínguez Haro, vicepresidente; Morales Saravia, Gutiérrez Ticse, Monteagudo Valdez, Ochoa Cardich y Hernández Chávez, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Ochoa Cardich y los votos singulares de los magistrados Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Hernández Chávez, que se agregan.



ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por [REDACTED], mediante su apoderado, don [REDACTED], contra la Resolución 12, de 27 de marzo de 2023¹, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, que declaró infundada la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demandado

El 11 de octubre de 2022, la empresa [REDACTED], representada por su apoderado, don [REDACTED], interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil)², solicitando que se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245, y el Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, ya que su vigencia y eficacia vulnera sus derechos a la libertad de empresa, a la libertad de contratar y a la propiedad; y contraviene los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa.

Sostiene que es una organización empresarial dedicada a la inversión directa e indirecta en todo tipo de negocios relacionados con la prestación de servicios de salud (clínicas, hospitalares o similares), de asesoría y consultoría, asistencia en salud, inversión en locales, terrenos,

¹ Folio 573.

² Folio 159.



importación de material y equipos médicos, entre otras actividades desarrolladas al amparo de la Ley General de Salud y otras normas del sector, las cuales siempre han permitido la contratación de terceros. Alega que, sin embargo, la entrada en vigor del Decreto Supremo 001-2022-TR limita la realización de actividades económicas mediante el uso de la tercerización laboral, ya que les prohíbe tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio. Afirma que, como su representada presta servicios médicos y realiza actividades conexas, la prohibición alcanzará absolutamente todas las actividades que realiza, ya que, por un lado, contrata con diversas empresas para que la provean de servicios y, por otro lado, presta servicios a otras empresas del sector salud; específicamente, suele prestar servicios a toda una red de clínicas del [REDACTED], al cual pertenece. Refiere que la norma impacta directamente el contenido de los contratos de tercerización ya celebrados, pues le impone la obligación de adecuarlos, es decir, modificar sus términos, lo que genera un sobrecosto no proyectado. Precisa que, por un lado, la norma materializa una vulneración inmediata a sus derechos, ya que le prohíbe celebrar y renovar contratos de tercerización y, por otro lado, contempla una amenaza a sus derechos, ya que le impone una obligación de adecuación, cuyo plazo ha vencido, bajo apercibimiento de que Sunafil le imponga sanciones.

Auto admisorio

Mediante la Resolución 1, de 13 de octubre de 2022³, el Quinto Juzgado Civil de Trujillo admite la demanda de amparo.

Contestaciones de la demanda

El 19 de octubre de 2022, el procurador público del MTPE contesta la demanda⁴ solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Deducen la excepción de incompetencia, al considerar que la vía para evaluar la pretensión es el proceso de acción popular. Asevera que el Reglamento de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, no aclaró qué actividades podían ser objeto de tercerización, y que mantenía una ambigüedad que permitía tercerizar cualquier actividad del proceso productivo que no fuera objeto de intermediación laboral, por lo que, dada la necesidad de subsanar dicha inconsistencia, se expidió el Decreto Supremo 001-2022-TR. Indica que el uso desmedido de la tercerización laboral ha afectado sistemáticamente derechos

³ Folio 202.

⁴ Folio 305.



laborales, como la igualdad salarial por trabajo de igual valor, la estabilidad laboral y la libertad sindical, y que la Ley 29245 prohíbe que la tercerización comporte una restricción de derechos laborales. Precisa que la restricción de la tercerización a las actividades nucleares resulta válida, en tanto no constituye una lesión a la libertad de contratación ni a la libertad de empresa, sino que equilibra el uso de la tercerización para garantizar los derechos de los trabajadores.

El 3 de noviembre de 2022, el procurador público de la Sunafil se apersona al proceso, deduce las excepciones de falta de legitimidad para obrar pasiva y de incompetencia, y contesta la demanda⁵ solicitando que sea declarada improcedente o infundada. Alega que el decreto no causa afectación al sector empresarial; por el contrario, delimita el objeto de la tercerización para evitar su uso abusivo por parte de las empresas que están en una situación de ventaja frente a los trabajadores, que se constituyen como parte débil, por lo que deben ser protegidos de forma idónea. Sostiene que ningún derecho es absoluto, por lo que, ante una posible colisión de preceptos constitucionales, debe privilegiarse el de mayor peso, en este caso, el derecho al trabajo digno.

Resoluciones de primera instancia

A través de la Resolución 6, de 5 de diciembre de 2022⁶, el Quinto Juzgado Civil de Trujillo declara infundadas las excepciones deducidas. Adicionalmente, mediante la Resolución 7, de 28 de diciembre de 2022⁷, declara infundada la demanda, por considerar que el Decreto Supremo 001-2022-TR no prohíbe la tercerización de todas las actividades de una empresa, sino solo de aquellas que constituyen el núcleo del negocio (actividad habitual de la empresa).

Sentencia de segunda instancia

A través de la Resolución 12, de 27 de marzo de 2023⁸, la Sala superior revisora confirma la apelada, por estimar que las modificaciones introducidas por el decreto cuestionado resultan razonables y proporcionales, tomando en cuenta que no prohíbe la tercerización de todas las actividades especializadas, sino solo de aquellas que constituyen el núcleo del negocio.

⁵ Folio 352.

⁶ Folio 366.

⁷ Folio 369.

⁸ Folio 573.



FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. La recurrente solicita que se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245, y el Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. Considera que su vigencia y eficacia contraviene los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa; y vulnera sus derechos a la libertad de empresa, a la libertad de contratar y a la propiedad.

Modelo de jurisdicción constitucional en la Constitución del Perú

2. La Constitución Política del Perú de 1993 ha establecido la figura del control de constitucionalidad, incorporando de forma diferenciada los rasgos centrales de los modelos de control difuso norteamericano y de control concentrado de origen europeo continental.
3. El efectivo control de constitucionalidad de las normas, más allá del modelo de que se trate, responde a uno de los principios estructuradores de todo el edificio constitucional: el de garantizar la supremacía normativa de la Constitución, conforme se recoge en el artículo 51 de la misma norma fundamental, donde se dispone que “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.
4. De otra parte, se debe tomar en cuenta que el constituyente ha incorporado dos procesos de control normativo en nuestro ordenamiento jurídico:
 - i) el proceso de inconstitucionalidad; y,
 - ii) el proceso de acción popular.
5. En el primero se controla la validez formal y/o sustantiva de leyes o normas con rango de ley, abstractamente consideradas, es decir, con prescindencia de cualquier caso concreto. Este análisis únicamente puede ser realizado por el Tribunal Constitucional, ya que, de acuerdo con el artículo 202.1 de la Constitución, es el órgano que conoce “en instancia única, la acción de inconstitucionalidad”.



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

6. Concordante con este marco, el texto vigente del artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301), dispone que “El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica”.
7. Por otra parte, el artículo 200.5 de la Constitución establece que “La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.
8. Es evidente entonces que en el proceso de acción popular se examina la constitucionalidad y/o legalidad de una norma infralegal. Corresponde añadir que este proceso solo puede ser tramitado ante los órganos del Poder Judicial (artículo 84 del Nuevo Código Procesal Constitucional), ya que el constituyente no habilitó la competencia del Tribunal Constitucional en este ámbito.
9. En todo caso, ambos procesos, más allá de sus particularidades y diferencias, tienen aspectos básicos en común. Así pues, el primer párrafo del artículo 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional (NCPCo) ha previsto que:

Los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad tienen por finalidad la defensa de la Constitución y, en su caso, de la ley, frente a infracciones contra su jerarquía normativa. Esta infracción puede ser, directa o indirecta, de carácter total o parcial, y tanto por la forma como por el fondo.

10. Por otro lado, el constituyente ha recogido el modelo norteamericano de jurisdicción constitucional en el artículo 138, cuyo texto es el siguiente:

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.



11. Como puede apreciarse, se trata de un poder-deber del juez, que consiste en inaplicar una norma que, en el contexto de un caso concreto, resulta incompatible con la Constitución.
12. Concordante con dicho marco constitucional, el artículo VII del Título Preliminar del NCPCo estatuye que:

Cuando exista incompatibilidad entre la Constitución y otra norma de inferior jerarquía, el juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

13. Queda claro, entonces, que el control difuso es uno de naturaleza incidental, que se lleva a cabo en el contexto de casos particulares y cuyo efecto consiste en la inaplicación de los efectos de una ley al caso concreto, siempre y cuando el Tribunal Constitucional no haya confirmado su constitucionalidad.
14. La procedencia de este control se encuentra sujeta, además, a que, como establece la disposición glosada, la norma “sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución”.
15. El ejercicio de tal atribución corresponde a los jueces, en virtud del mandato constitucional expreso contenido en el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución ya glosado, y también al Tribunal Constitucional, su “órgano de control”, de acuerdo con el artículo 201 de la Carta Política.
16. Este Tribunal considera indispensable advertir que el control difuso puede ser llevado a cabo “en todo proceso”, lo que evidentemente incluye a los procesos constitucionales como el amparo.
17. Indicado lo anterior, y atendiendo a que la empresa demandante afirma que el Decreto Supremo 001-2022-TR vulnera sus derechos



fundamentales, este Tribunal analizará la regulación del amparo contra normas legales en nuestro ordenamiento jurídico.

La regulación de la *procedencia* del amparo contra normas en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional

18. En el marco de la regulación que la Norma Fundamental prevé para los procesos constitucionales, el artículo 200.2, relativo al proceso de amparo, establece que este “*No procede contra normas legales* ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular” (énfasis añadido).
19. Por otra parte, dicha materia se encuentra regulada en el artículo 8 del NCPCo, donde se ha consagrado que el amparo procede frente a actos basados en normas.
20. Efectivamente, dicha disposición establece que:

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.

21. Entre los textos glosados parecería existir una antinomia. Sin embargo, esto no es así, por cuanto la disposición constitucional veda la posibilidad de realizar un control abstracto de constitucionalidad de las leyes por la vía del proceso de amparo, pero no impide al juez inaplicar las leyes que vulneren derechos fundamentales, en un caso concreto, mediante el control difuso.
22. Consecuentemente, la norma constitucional establece que el amparo no puede ser utilizado para el control de constitucionalidad abstracto de las leyes o normas legales
23. Un aspecto sustancialmente distinto es la habilitación, a través del amparo, para que el juez constitucional pueda determinar, en el marco de un caso concreto, si una norma legal ha conculado derechos fundamentales o si la amenaza de forma cierta e inminente.
24. En todo caso, el descarte de la aparente antinomia advertida resulta conforme con las exigencias del principio de supremacía constitucional y con la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, que constituye uno de los fines esenciales de los



procesos a los que se refiere el artículo II del Título Preliminar del NCPCo.

Control difuso de constitucionalidad en el marco del análisis de fondo llevado a cabo en un proceso de amparo contra normas

25. Luego de haber esclarecido que, en un determinado caso, el amparo interpuesto lo ha sido respecto de una norma que lesiona o amenaza cierta e inminente el ejercicio de determinados derechos fundamentales, esto es, concretos o plenamente identificados en la demanda, corresponde ahora tener en consideración cuáles son los criterios que deben seguirse para llevar a cabo ese control.
26. Teniendo en consideración la naturaleza, objeto y fines del control difuso de constitucionalidad de normas en el marco del proceso de amparo, este Tribunal considera que, sobre el particular, se deben tomar en cuenta los siguientes puntos:
 - i) Verificación de la existencia y aplicación al demandante de una norma que vulnera o amenaza de forma cierta e inminente sus derechos fundamentales concreta y plenamente identificados;
 - ii) Relevancia del control de la ley o norma respecto de la solución del caso;
 - iii) Verificación de la inexistencia de pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional o del Poder Judicial respecto de la constitucionalidad de la ley o de la constitucionalidad o legalidad de una norma infralegal cuya inaplicación se solicita;
 - iv) Inexistencia de sentidos interpretativos que resulten conforme con la Constitución;
27. El primer criterio presupone tres temas claramente diferenciados. El primero se refiere a la existencia de una norma que, en su calidad de tal, haya desplegado efectos en la esfera jurídica de quien solicita su inaplicación.
28. El segundo tiene que ver con la verificación de la aplicación de la norma al caso de quien solicita su inaplicación. Lo cual exige que el



ámbito de aplicación de las situaciones jurídicas establecidas por la norma haya tenido como destinatario a quien plantea la demanda de amparo.

29. El tercer criterio exige que esa aplicación, además, haya vulnerado, en forma concreta y claramente identificable, los derechos fundamentales de la parte demandante o que, en su defecto, suponga una amenaza cierta e inminente sobre ellos.
30. Verificado lo anterior, el segundo criterio consiste en determinar si la norma a inaplicar resulta relevante para resolver la controversia, de modo que se encuentre directamente relacionada con la solución del caso.
31. En lo que aquí interesa, este juicio de relevancia dota de legitimidad a la decisión que finalmente se adopte, en la medida que supone un límite que evita el ejercicio injustificado del control difuso de constitucionalidad, por cuanto, como ya se sostuvo, se encuentra prohibido el cuestionamiento hipotético o abstracto de la validez constitucional de la norma cuya inaplicación se solicita⁹.
32. Dejado sentado lo anterior, corresponderá verificar que, al tiempo de resolver el caso, no exista un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional que confirme la validez constitucional de la ley cuya inaplicación se solicita, o de la Corte Suprema, en caso se tratase de normas infralegales.
33. Finalmente, luego de haber verificado los pasos anteriores, corresponderá que el juez que tiene a su cargo la controversia intente, razonablemente, interpretar la disposición de conformidad con la Constitución, y solo en caso de que no se derive ninguna norma que resulte compatible con esta, podrá proceder a inaplicarla.
34. En tal sentido, la interpretación conforme de la disposición a la que se refiera la demanda de amparo no solo es una exigencia derivada de la fuerza normativa del texto constitucional, sino que constituye un límite al ejercicio del control difuso de constitucionalidad por el juez, quien tiene el deber de “buscar, hasta donde sea razonablemente permisible, una interpretación de la ley que armonice con la Norma Suprema del Estado”¹⁰.

⁹ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.2.

¹⁰ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 01423-2013-PA/TC, fundamento 36.5.



Análisis del caso concreto

35. En la presente controversia, la parte demandante solicita que se declare inaplicable el Decreto Supremo 001-2022-TR, en el extremo de la facultad de la Sunafil para inspeccionar y sancionar las infracciones de la norma reglamentaria, en lo relacionado con la prohibición de tercerización de actividades que formen parte del núcleo del negocio.
36. Respecto a esta pretensión, este Tribunal advierte que la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, mediante la Resolución 0355-2022/SEL-INDECOPI, de 30 de septiembre de 2022, dispuso como medida cautelar que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral:

se abstenga de aplicar las medidas objeto de controversia a cualquier administrado involucrado en su alcance, por la observancia de protocolos y/o reglamentos aprobados para efectos de inspeccionar y/o sancionar conductas relacionadas con tales medidas, hasta que se emita un pronunciamiento definitivo en el marco del procedimiento principal seguido bajo el Expediente 000070-2022/CEB.
37. En cuanto al efecto y alcance de esta decisión, cabe tomar en cuenta que el Decreto Legislativo 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, estipula que Indecopi tendrá competencia para emitir medidas cautelares¹¹ y también para realizar inaplicaciones con efectos generales; es decir, que el efecto de sus resoluciones beneficiará “a todos los agentes económicos y administrados afectados, real o potencialmente, por una barrera burocrática contenida en una disposición administrativa, en los supuestos regulados en la presente Ley”¹².
38. La decisión de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi supone que, a la fecha de interposición de la demanda de amparo, esto es, al 11 de octubre de 2022, ya se encontraba suspendido el ejercicio de las facultades de la Sunafil para inspeccionar y sancionar a cualquier administrado por la inobservancia de la prohibición de tercerizar las actividades que

¹¹ Cfr. artículo 23.

¹² Artículo 3, literal 3.10.



forman parte del núcleo del negocio de una empresa¹³; y, por considerar como desnaturalización de la tercerización al desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora que se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio¹⁴.

39. Estando a lo expuesto, este Tribunal concluye que la suspensión del ejercicio de esas facultades incluye, evidentemente, a la parte demandante de este proceso.
40. Como ya se expuso *supra*, un primer punto a verificar en lo referido al control difuso requerido en la demanda, es la existencia y *aplicación al demandante* de una norma que vulnera o amenaza de forma cierta e inminente sus derechos fundamentales concretos y plenamente identificados.
41. Sin embargo, este Tribunal advierte que esa exigencia no se ha cumplido en cuanto a lo establecido en el Decreto Supremo 001-2022-TR, sobre la facultad de la Sunafil para inspeccionar y sancionar, por las causales establecidas en el último párrafo del artículo 2 y en el literal “b” del artículo 5 del Decreto Supremo 006-2008-TR, modificado por Decreto Supremo 001-2022-TR, pues su ejercicio se encontraba suspendido por la medida cautelar dispuesta en el ya citado punto resolutivo 3 de la Resolución 0355-2022/SEL-INDECOPI.
42. Esto implica que el decreto supremo de referencia, a la fecha de la interposición de la demanda, no desplegaba efectos en la esfera jurídica de la parte demandante, respecto de la facultad de fiscalización y sanción de Sunafil. Antes bien, sus disposiciones no surtían efectos para el caso de la actora, en virtud de la resolución de Indecopi. En consecuencia, la pretensión planteada, en el extremo bajo análisis, carece de fundamento y, por lo tanto, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.
43. De otra parte, la empresa demandante ha solicitado que se realice el control difuso de constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, en cuanto a la alegada vulneración de diversos derechos y principios en que habría incurrido ese cuerpo normativo al

¹³ Cfr. último párrafo del artículo 2 de acuerdo con el Decreto 001-2022-TR.

¹⁴ Cfr. literal “b” del artículo 5 del referido Decreto.



proscribir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.

44. Al respecto, debe tenerse presente que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, al emitir la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI dispuso, en el sexto punto resolutivo: “la inaplicación, con efectos generales, de las medidas declaradas ilegales señaladas en el Resuelve Tercero [relacionado con la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio], en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 1256”.
45. Esta decisión, de fecha 10 de febrero de 2023, quedó consentida, por haberse interpuesto extemporáneamente el recurso de apelación. Posteriormente, con fecha 24 de febrero de 2023, el órgano superior de la Comisión, es decir, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, en un expediente distinto, emitió la Resolución 0072-2023/SEL-INDECOPI, en la que resolvió declarar:

la SUSPENSIÓN del presente procedimiento seguido por Cosapi Minería S.A.C. en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral como tercero administrado, hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente 756-2022-0-1801-SPDC-03.

46. De lo expuesto se deriva que la inaplicación dispuesta en la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI se refiere a un indeterminado grupo de sujetos “que se vean afectados por [la] imposición” del Decreto Supremo, y que una resolución posterior emitida por el órgano superior, dispuso la suspensión del procedimiento administrativo hasta que se resuelva la controversia sobre la constitucionalidad y legalidad del aludido Decreto Supremo 001-2022-TR, que se encuentra en trámite ante la Corte Suprema. Adicionalmente, la suspensión de los procesos administrativos se reitera en la Resolución 0083-2024/SEL-INDECOPI, de fecha 12 de abril de 2024. En consecuencia, este órgano de control de la Constitución concluye que el Indecopi ha dispuesto suspender el efecto de sus decisiones sobre la tercerización del núcleo del



negocio hasta que la constitucionalidad y legalidad de la norma citada sea resuelta, en definitiva, por la Corte Suprema.

47. Efectivamente, este Tribunal advierte que, actualmente, se encuentra en trámite un proceso de acción popular entablado contra el referido Decreto Supremo 001-2022-TR (Expedientes acumulados 00420-2022-0-1801-SP-DC-02; 00514-2022-0-1801-SP-DC-02; 00417-2022-2022-0-1801-SP-DC-02 y 00756-2022-0-1801-SP-DC-03), cuyo objeto es el control abstracto de constitucionalidad y legalidad de ese decreto supremo.
48. A la fecha de la emisión de la presente sentencia, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima elevó los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República para la resolución del recurso de apelación, presentado contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2023, que declaró fundada en parte la demanda. El mencionado recurso de apelación fue concedido con efecto suspensivo, a través de la Resolución 28, de fecha 19 de diciembre de 2024.
49. En el presente caso, los emplazados sostienen que la controversia de autos debe ser resuelta a través del proceso de acción popular¹⁵. Al respecto, este Tribunal debe precisar que ese proceso constituye uno de control abstracto de constitucionalidad y legalidad de la norma, mientras que en el presente amparo se ventila una controversia claramente distinta, ya que la empresa demandante pretende la tutela de sus derechos fundamentales en concreto. Por lo tanto, ese argumento no puede ser atendido por este órgano de control de la Constitución.
50. En efecto, la parte demandante alega que la expedición del Decreto Supremo 001-2022-TR ha traído como consecuencia la vulneración de sus derechos a la libertad de contratación, a la libertad de empresa y a la cosa juzgada constitucional; e invoca, además, la afectación de diversos principios constitucionales, entre los que se encuentran la intangibilidad de los contratos, la jerarquía normativa, la legalidad, la taxatividad, la tipicidad, la razonabilidad y la proporcionalidad.

¹⁵ Cfr. contestaciones de la demanda.



51. Estando a lo expuesto, corresponde aplicar los criterios desarrollados *supra* respecto del ejercicio del control difuso en el marco de un proceso de amparo.
52. Este Tribunal considera que las disposiciones del Decreto Supremo 001-2022-TR, relacionadas con la prohibición de tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio, a la fecha, impiden que los contratos que la empresa recurrente celebre se refieran a determinada materia o tengan determinado contenido.
53. De otra parte, se debe tener en cuenta que la norma en cuestión resultaba aplicable a la parte demandante porque, de conformidad con lo establecido en la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR, todos los contratos y figuras empresariales que se encuentran vigentes, a la fecha de su emisión; esto es, al 23 de febrero de 2022, debían adecuarse a las modificaciones que tal decreto estableció, en un plazo que no debía exceder 180 días desde su publicación.
54. Ahora bien, del solo hecho de que las disposiciones del Decreto Supremo 001-2022-TR hayan desplegado efectos en la esfera jurídica del demandante no se deriva directa e inmediatamente una vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales. Habrá que analizar, a continuación, si las leyes que regulan la tercerización imponen límites a la contratación, o no, y si el decreto supremo aludido, por su parte, se enmarca dentro de dichos límites, o no. Por último, habrá que analizar si la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio constituye una vulneración de los derechos fundamentales invocados o si, por el contrario, impone límites legítimos derivados del marco constitucional y legal aplicable.
55. Al respecto, corresponde comenzar tomando en cuenta que el artículo 2 de la Ley 29245, que regula los servicios de tercerización, define sus características e incluye entre estas a la pluralidad de clientes, el equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. El segundo párrafo del artículo 2 establece que “En ningún caso se admite la sola provisión de personal”.
56. Por su parte, el Decreto Legislativo 1038, que precisa los alcances de la Ley 29245, fija plazos para que las empresas se adecúen al marco legal vigente, pero reitera, expresamente, que: “Esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple



provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios”.

57. Queda claro, entonces, que, de acuerdo con el marco normativo glossado, el empresario encuentra límites en la ley para ejercer la libertad de empresa ya que se le impide desplazar la ejecución de la actividad económica propia de su negocio. La norma supone también un límite para la libertad de contratación, ya que la tercerización solo puede ser llevada a cabo por empresas que cumplan requisitos, como pluralidad de clientes y autonomía empresarial, entre otros.
58. Conviene advertir, además, que el artículo 5 de la Ley 29245 prescribe que: “Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes”.
59. Queda claro que el legislador autoriza la contratación de empresas para que desarrollen “actividades especializadas” u “obras”, pero también prevé medidas para evitar que, mediante el fraude o la simulación, se celebren contratos que afecten los derechos constitucionales y legales de los trabajadores.
60. La disposición permite contratar a determinado tipo de empresas, que satisfagan determinado estándar, pero no autoriza la simple provisión de personal, es decir, que la ley parte del supuesto de que las actividades propias del negocio no pueden ser tercerizada; en este sentido, no se advierte que la regulación contenida en el Decreto Supremo 001-2022-TR se encuentre en conflicto con el marco legal reglamentado.
61. Este Tribunal aprecia que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio es un mandato que tiene como finalidad evitar la desnaturalización de la tercerización con desplazamiento continuo, como mecanismo de vinculación empresarial.



62. Habiéndose establecido lo anterior, corresponde ahora evaluar si la sola emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR ha supuesto la vulneración de los derechos y principios identificados por la empresa recurrente.
63. Al respecto, se debe tomar en cuenta, en primer lugar, que los derechos invocados por la parte demandante, entre los que se encuentran la libertad de contratación y la libertad de empresa, tienen una innegable naturaleza constitucional, pero también corresponde considerar que están sujetos al desarrollo normativo que establezca el legislador. Ello significa que su pleno ejercicio debe ser respetuoso de los mandatos legales y, en consonancia con ello, de aquellas disposiciones que coadyuven a efectivizarlos, como es el caso de la prohibición detallada *supra*.
64. El derecho fundamental a la libertad de contratación ha sido reconocido en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución, en los términos siguientes: “Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.
65. Asimismo, el artículo 62 de la Carta Política de 1993 dispone que:

La libertad de contratar garantiza que las partes puedan 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 [...].

66. En relación con la libertad de contratación, el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia ha dejado sentado que esta:

garantiza la facultad para crear, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales o jurídicas. Igualmente, ha expresado que tal vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y no contravenga las leyes de orden público (sentencia emitida en el Expediente 02221-2022-PA/TC, fundamento 3).



67. Puede afirmarse, por tanto, que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:

- i. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y,
- ii. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución–, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato (cfr. sentencia emitida en el Expediente 02175-2011-PA/TC, fundamento 7).

68. Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el Expediente 00003-2004-AI/TC, ha resuelto que:

(...) de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62 de la Constitución se establece una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual, “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (...) (fundamento 13).

69. En todo caso, debe repararse en que el ejercicio de este derecho, por mandato constitucional, queda supeditado a que se contrate con fines lícitos y no se contravengan leyes de orden público. En tal sentido, queda claro que la libertad de contratación no puede ejercerse con prescindencia de las normas y reglas que rigen en el ordenamiento, más aún si estas vienen exigidas por la protección de los derechos fundamentales.

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

71. Debe tenerse presente que el artículo 23 de la Norma Fundamental estatuye que: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio



de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

72. Este Tribunal, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que regulan la tercerización, sostuvo que tal disposición tiene como finalidad “proteger al trabajador como ser humano frente a cualquier lesión a su dignidad en la actividad laboral”, de manera que lo que “se prohíbe es la cosificación del trabajador, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general, sino que debe ser evaluada según cada caso en concreto”¹⁶.
73. En relación con lo anterior, se aprecia, sin lugar a duda, que, cuando se establecen límites a determinadas figuras de vinculación empresarial, como la tercerización, a fin de evitar su desnaturalización, es porque se encuentra en juego el pleno respeto de la dignidad del trabajador y la igualdad de oportunidades en las relaciones laborales, entre otros principios aplicables a la materia.
74. En esta línea, como establece el artículo 1 de la Constitución, “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; en tal sentido, esta “se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto”¹⁷.
75. Puede afirmarse que, en puridad, la dignidad “constituye un mínimo invulnerable que debe ser respetado en toda limitación o restricción que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales”¹⁸.
76. En lo que aquí interesa, queda claro que la dignidad opera como un límite y frontera insalvable para las leyes y demás normas del ordenamiento¹⁹.
77. Asimismo, es necesario destacar que el inciso 2 del artículo 26 del texto constitucional establece que la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Norma Fundamental y por la ley integra el conjunto de principios que deben observarse en el ámbito de las

¹⁶ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 0013-2014-PI/TC, fundamento 31.

¹⁷ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 0013-2014-PI/TC, fundamento 28.

¹⁸ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 0013-2014-PI/TC, fundamento 29.

¹⁹ Cfr. sentencia emitida en el Expediente 0013-2014-PI/TC, fundamento 29.



relaciones laborales. La finalidad de esta prohibición es evitar que los derechos de los trabajadores no sean reconocidos o que resulten menoscabados, cuando la tercerización se desnaturaliza.

78. Esa desnaturalización se origina, por ejemplo, cuando las actividades nucleares de la empresa se tercerizan y los trabajadores de la empresa tercierizadora acceden a menor porcentaje de utilidades que los de la empresa principal, aunque hayan realizado labores similares, pues las empresas de servicios tienen un porcentaje menor de porcentaje de participación de utilidades²⁰.
79. Tampoco se puede perder de vista la precarización del empleo, en términos de remuneración por la contratación temporal basada en los contratos de locación de servicios entre la empresa principal y la tercierizadora. Esa temporalidad constituye, además, un obstáculo para acceder a los derechos laborales colectivos, que tienen la categoría de fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico²¹, y que el Estado tiene la obligación de garantizar y promover²². A mayor abundamiento, se convierten en inaccesibles cuando las empresas sólo cuentan con personal tercierizado en todo su proceso productivo o en las actividades que constituyen el núcleo del negocio. Se configura, entonces, el abuso del derecho²³, puesto que aparentemente no vulneran el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación, al no existir un término válido de comparación de labores. En consecuencia, los beneficios laborales se reducen a los que pueda otorgar la empresa tercierizadora²⁴.

²⁰ El Decreto Legislativo 892 establece los siguientes porcentajes de participación en la renta anual de la empresa, antes de impuestos: empresas pesqueras 10 %, empresas de telecomunicaciones 10 %, empresas industriales 10 %, empresas mineras 8 %, empresas de comercio al por mayor y al por menor y restaurantes 8 %; finalmente, empresas que realizan otras actividades, 5 %, y empresas que realizan otras actividades 5 %.

²¹ Cfr. Constitución, artículos 28 y 29. Por lo demás, el Perú ha ratificado, entre otros, los Convenios de la OIT números 87, sobre libertad sindical, el 98, sobre negociación colectiva, y el 111, sobre no discriminación (empleo y ocupación).

²² Cfr. Constitución, artículo 28.

²³ Cfr. Constitución, artículo 103.

²⁴ La Política Nacional de Empleo Decente (PED) del Perú, detallada en el D.S. 013-2021-TR, del 21 de junio de 2021, busca reducir el déficit de empleo decente en el país, promoviendo trabajos productivos con ingresos justos, seguridad laboral y protección social, igualdad de oportunidades y respeto a los derechos fundamentales del trabajador, en ese informe se destaca cómo afecta la tercerización laboral a la precarización de las relaciones laborales (cfr. página 72). Ubicable en [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF60ECFB80C62AE6052586F400800D27/\\$FILE/DS13-2021-TRpoliticanacionalempleodecente.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/AF60ECFB80C62AE6052586F400800D27/$FILE/DS13-2021-TRpoliticanacionalempleodecente.pdf)

Consultado el 4 de setiembre de 2025.



80. Por lo tanto, se debe interpretar los alcances de las libertades económicas en general, y la libertad de contratación en particular, en el marco de la normativa vigente que establece límites a la figura de la tercerización, con el objeto de evitar su desnaturalización. No se puede dejar de mencionar que la finalidad de los reglamentos es concretar la aplicación de las leyes, sin transgredirlas ni desnaturalizarlas²⁵.
81. Por esta razón, cuestiones que no son precisadas en las leyes, lo son en sus reglamentos, a fin de establecer criterios más específicos para su correcta aplicación. Así, por ejemplo, mientras que la Ley de Productividad y Laboral establece la existencia del período de prueba, su duración y la protección que otorga²⁶, su reglamento, precisa cómo ha de proceder el empleador en casos de reingreso de trabajadores con contrato a plazo indefinido²⁷ o sujetos a modalidad²⁸, señalando, incluso, la exoneración en alguno de estos supuestos²⁹.
82. Así, en la sentencia emitida en el Expediente 00006-2023-PI/TC, se precisó que, de acuerdo con los artículos 3 y 4 de la Ley 29245:

La tercerización es una figura de subcontratación que se aplica a la producción de bienes o a la prestación de servicios especializados para un contratante o empresa principal. Se caracteriza porque se realiza bajo la exclusiva dirección y control del contratista, que debe ser una empresa (fundamento 60).

83. A ello debe añadirse que en el ámbito de la tercerización “El personal dependiente de la contratista puede desarrollar su trabajo en el local de la empresa usuaria, lo que da origen a la descentralización productiva al interior o *insourcing*, o puede

²⁵ Cfr. Constitución, artículo 118.9.

²⁶ Cfr. artículos 10, 38 y 75.

²⁷ Cfr. D.S. 001-96-TR, artículo 16.

²⁸ Cfr. ibíd., artículo 84.

²⁹ Otro ejemplo que grafica esta realidad es lo previsto en el artículo 2 del Dec. Leg. 892, que regula el derecho de participación en las utilidades. En él se establece que el 50 % del porcentaje que corresponda entregar a los trabajadores “será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal los días real y efectivamente trabajados. (...). Y el otro 50 % lo será “en proporción a las remuneraciones de cada trabajador”. El reglamento (D.S. 0009-98-TR) no obstante la precisión de que los días laborados lo sean *efectiva y realmente*, ha calificado como días efectivamente laborados, algunas ausencias del trabajador (cfr. artículo 2).



hacerlo en otro lugar, configurándose así la descentralización productiva externa u *outsourcing*³⁰.

84. En consecuencia, la Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, han establecido una serie de límites que, como ya se evidenciara, conforman el marco de actuación en el que deben operar las empresas que recurran a la figura de la tercerización.
85. Dentro de este marco, el Decreto Supremo 001-2022-TR modificó parte del reglamento de ambas normas legales, que originalmente fuera aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR. Como parte de esa modificación, se reglamentaron los límites a la tercerización de actividades que formen parte del núcleo del negocio, y se dispuso, asimismo, que el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora, para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, constituye una causal de desnaturalización de la tercerización, entre otros.
86. El Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de las leyes que regulan la tercerización, incluyendo los límites que ellas imponen³¹, y que el Decreto Supremo 001-2022-TR reglamenta, y ha mantenido las limitaciones legítimas que oportunamente se introdujeron respecto del ejercicio de derechos fundamentales de la empresa recurrente.
87. En tal sentido, la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, no vulnera ni amenaza de forma directa e inmediata el contenido constitucionalmente protegido de los derechos alegados por la parte demandante, puesto que tales límites se encuentran plenamente justificados, como ya se expresara *supra*, por el respeto de la dignidad del trabajador y por el carácter irrenunciable de sus derechos en el marco de la Constitución.
88. Por otra parte, en lo que concierne a la alegada vulneración de la libertad de empresa, debe repararse en que el artículo 59 de la Constitución ha previsto que “el Estado garantiza (...) la libertad de empresa, comercio e industria”.

³⁰ Sentencia recaída en el Expediente 00006-2023-PI/TC, fundamento 60.

³¹ Cfr. sentencias recaídas en los Expedientes 00013-2024-PI/TC y 00006-2023-PI/TC.



89. Al respecto, en la sentencia emitida en el Expediente 00018-2003-AI/TC, se dejó dicho que:

La expresión “empresa” alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo (fundamento 2).

90. Asimismo, en la sentencia emitida en el Expediente 03330-2004-AA/TC, se ha precisado que el contenido del derecho a la libertad de empresa está compuesto por cuatro tipos de libertades:

- i. la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, que significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado (...);
- ii. la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
- iii. la libertad de competencia;
- iv. la libertad para cesar las actividades o libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno (fundamento 13).

91. Teniendo en cuenta lo anterior, este Tribunal aprecia que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, si bien incide en la libertad de emprender actividades económicas mediante la tercerización, como método de vinculación empresarial respecto a esas actividades, también lo es que, al igual que en el caso de la libertad de contratación, responde a la protección efectiva de la dignidad y demás principios que establecen el cauce y límites del desarrollo de las relaciones laborales, como el carácter irrenunciable de los derechos que la Constitución y la ley reconocen a los trabajadores.

92. Siendo ello así, cuando el Decreto Supremo 001-2022-TR prevé pautas básicas para el adecuado uso de la figura de la tercerización, proscribiendo su desnaturalización, lo que incluiría casos en los que se tercerizan actividades que forman parte del núcleo del negocio,



no por ello vulnera las facultades esenciales que se encuentran protegidas en el ámbito de la libertad empresarial. Antes bien, una normativa como la descrita solo establece los contornos jurídicos que encauzan el adecuado ejercicio del mencionado derecho, puesto que no todas las actividades que se realizan en una empresa son nucleares, aunque puedan ser principales.

93. Estando, a lo expuesto, este Tribunal descarta que la prohibición de tercerizar actividades que formen parte del núcleo del negocio vulnere la libertad empresarial.
94. Asimismo, este Tribunal advierte que los alegatos restantes de la demanda, vinculados con la supuesta vulneración de otros derechos y principios constitucionales (cosa juzgada constitucional, legalidad, taxatividad, razonabilidad y proporcionalidad, entre otros), no justifican adecuadamente en qué medida esta se ha producido como consecuencia directa e inmediata de las disposiciones de la norma que desarrolla la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio.
95. Antes bien, se observa que, en mayor o menor medida, tales alegatos se enmarcan en la lógica de un cuestionamiento del Decreto Supremo 001-2022-TR, abstractamente considerado, antes que en un análisis concreto de la vulneración o amenaza de vulneración cierta e inminente de los referidos derechos y principios.
96. Por las razones expuestas, corresponde declarar infundada la demanda también en este extremo.
97. Finalmente, corresponde señalar que, en el marco del presente proceso de amparo, no resulta procedente realizar el control de una presunta infracción al principio de jerarquía normativa, porque ese argumento, en los términos planteados por la parte demandante, corresponde a un proceso de control abstracto de constitucionalidad de las normas.

Efecto de la presente sentencia

98. Este Tribunal advierte que distintas instancias jurisdiccionales han sostenido criterios disímiles respecto de la interpretación del Decreto Supremo 001-2022-TR. Frente a esta situación, este órgano de control de la Constitución considera que tiene el deber de cumplir



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

con su función pacificadora de los conflictos constitucionales, ya que no solo debe resolver las controversias sometidas a su conocimiento, sino que también debe garantizar la unidad de criterio en la interpretación constitucional que lleven a cabo los diversos actores estatales. En consecuencia, la doctrina recogida en los fundamentos de esta sentencia debe servir de parámetro para dirimir las controversias sobre esta materia.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda respecto de la presunta infracción al principio de jerarquía normativa.
2. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

Publíquese y notifíquese.

SS.

PACHECO ZERGA
MORALES SARAVIA
GUTIÉRREZ TICSE
OCHOA CARDICH

PONENTE PACHECO ZERGA



FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO OCHOA CARDICH

Con el debido respeto por la posición de mis distinguidos colegas, emito el presente fundamento de voto, pues encontrándome de acuerdo con la decisión que declara **IMPROCEDENTE** un extremo de la demanda, e **INFUNDADA** todo lo demás, y con las razones que allí se explicitan, sin embargo, quisiera llamar la atención sobre algunos extremos del caso que me parecen particularmente relevantes.

1. Como se describe en el fundamento 35 de la sentencia, la parte demandante solicita que se declare inaplicable el Decreto Supremo 001-2022-TR en el extremo relacionado con la facultad de la SUNAFIL para inspeccionar y sancionar las infracciones de la norma reglamentaria, en lo relacionado con la prohibición de tercerización de actividades que formen parte del núcleo del negocio.
2. Como se observa, a la fecha, existen diversos pronunciamientos de los órganos competentes del INDECOPI alrededor del Decreto Supremo 001-2022-TR. Estos son:
 - a) La que otorga una medida cautelar, que entre sus destinatarios también se encuentra la entidad recurrente, por medio de la cual se dispone que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se abstenga de aplicar las medidas que aquí también se están cuestionando [Resolución 0355-2022/SEL-INDECOPI, de fecha 30 de septiembre de 2022];
 - b) La que dispuso la inaplicación, con efectos generales, de las medidas declaradas que contiene el Decreto Supremo 001-2022 TR, relacionadas con la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio. Esta resolución de inaplicabilidad tiene efectos generales al haber sido decretado al amparo de lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, por lo que por su propia naturaleza comprende entre sus alcances a “todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición”. Y fue dispuesta por la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, de fecha 10 de febrero de 2023, surtiendo plenos efectos a partir del día siguiente a la publicación del extracto correspondiente en el diario oficial El Peruano, que se efectuó el 22 de julio de 2023, a tenor del punto



resolutivo sexto de dicha resolución de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi:

“Este mandato de inaplicación surtirá efectos a partir del día siguiente de publicado el extracto de la presente resolución en la Separata de Normas Legales del diario oficial El Peruano a que se refiere el resuelve [sic] precedente”.

c) Posteriormente a la expedición de la Resolución 0270 2023/CEB-INDECOPI, una instancia superior, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, en un expediente distinto, emitió la Resolución 0072 2023/SEL-INDECOPI, mediante la cual esta vez resolvió declarar la suspensión del procedimiento “seguido por Cosapi Minería S.A.C. en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral como tercero administrado, hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente 756-2022-0-1801-SPDC-03”.

3. Si las medidas que contiene el Decreto Supremo 001-2022-TR ya no se pueden aplicar a consecuencia de su declaración de inaplicabilidad con efectos erga omnes dispuesta por la Resolución 0270-2023/CEB INDECOPI, entonces, debiera comprenderse que la medida cautelar establecida por la Resolución 0355-2022/SEL-INDECOPI habría quedado sin efecto. La provisionalidad, que es una característica de la medida cautelar, habría cesado, a causa precisamente de que el Decreto Supremo 001-2022-TR fue privado de su aplicabilidad con carácter general mediante la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI.
4. Sin embargo, esta situación jurídica descrita en el párrafo anterior del Decreto Supremo 001-2022-TR se enrarece a partir de lo dispuesto por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi. Con posterioridad a la expedición de la Resolución 0270-2023/CEB INDECOPI, pero antes de que se publicara los extractos de esta última Resolución en el diario oficial El Peruano, es decir, antes de que el Decreto Supremo 001-2022-TR carezca de aplicabilidad con efectos generales, la referida Sala dispuso que se suspendiera el procedimiento “seguido por Cosapi Minería S.A.C. en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del



Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral”, a la espera de que resolviera una acción popular contra el cuestionado Decreto Supremo 001-2022-TR. Se trata, como se expresa en la Resolución 0072-2023/SEL-INDECOPI, de la suspensión del “procedimiento” seguido entre las partes.

5. Esta última resolución, que ordena la suspensión del “procedimiento” donde se discutiría la legalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR, no deja de suscitar cierta extrañeza, pues fue dictada aduciendo que el objeto sobre el cual giraría su escrutinio era el mismo que aquel que se encuentra pendiente de resolverse mediante la acción popular. De extrañeza hablo pues considera que todavía el Decreto Supremo 001 2022-TR puede ser aplicado, pese a que de esta cualidad ya ha sido privado con efectos generales desde el día siguiente de la publicación del extracto de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI en el diario oficial El Peruano.
6. En mi modo de entender las cosas, a nivel de INDECOPI, los procedimientos iniciados con posterioridad -o iniciados con anterioridad, pero todavía no concluidos- a la publicación de los extractos de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI en el diario oficial El Peruano, carecen de objeto: ya que el Decreto Supremo 001-2022-TR no puede ser aplicado con efectos generales, a no ser que la decisión del tribunal administrativo fuera dejada sin efecto por un tribunal jurisdiccional, o que, en el marco de un proceso abstracto de control de legalidad o constitucionalidad, como la acción popular, los jueces disientan de las conclusiones de dicho tribunal administrativo.
7. La hipótesis de que una norma que contiene barreras burocráticas sea declarada ilegal por un tribunal administrativo y, no obstante, tal declaración de inaplicabilidad pueda ser objeto de un escrutinio distinto, pero esta vez a nivel judicial, no es una cuestión que, en abstracto, debiera llamar la atención. Las decisiones de los órganos y tribunales administrativos están sujetos a control judicial, y esta es una garantía propia del Estado de Derecho, que asegura a todos los administrados el derecho de acceder a los tribunales de justicia para cuestionar todas las actuaciones de la administración pública. Así, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas no ejercen funciones jurisdiccionales ni realizan control de constitucionalidad, sino que



ejercen un control de legalidad y de razonabilidad de la medida administrativa, coexistiendo con otros instrumentos de control constitucional como la acción popular y el control difuso judicial.

8. No obstante, en el caso de estos tribunales administrativos, investidos de la competencia para declarar la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas y, a consecuencia de ello, privadas de aplicabilidad con carácter general, resulta cuando menos llamativo que una vez constatado en sede administrativa que una medida constituye efectivamente una barrera burocrática, y se haya dispensado una tutela efectiva del administrado, aquella sin embargo pueda ser revisada y, en su caso, revocada judicialmente.
9. Básicamente, por dos razones. La primera está asociada a la razón subyacente tras la creación de estos tribunales administrativos especializados: tutelar los derechos de los administrados en sede administrativa. Dichos tribunales cumplen, pues, una función servicial para con los derechos, lo que se manifiesta de manera muy evidente cuando emiten pronunciamientos estimatorios de las reclamaciones o peticiones que se les presentan.
10. La segunda razón guarda relación con el grado de especialización de estos tribunales administrativos. Una medida administrativa puede calificar de barrera burocrática no solo por estar contra la Constitución o la ley, sino también por ser absurda, irracional o desproporcionada. Precisamente, con miras a garantizar una buena administración y la optimización del ejercicio de los derechos de los administrados, la propia Administración Pública se ha autoimpuesto un límite con la creación de estos tribunales especializados. Ha dispuesto que las medidas que adopten sus distintas dependencias pasen por el filtro de legalidad y razonabilidad de un tribunal propio, y que, en caso de ser calificadas como barreras burocráticas, estas puedan ser privadas de aplicabilidad con efectos erga omnes. Lo congruente, en consecuencia, es que -en estos casos específicos- la Administración Pública honre ese compromiso y no habilite un nuevo control judicial que desnaturalice la función confiada a sus propios tribunales especializados.
11. Una cosa más con relación a este tema. La situación que se ha puesto en evidencia en el párrafo 2 de este voto, consistente en no encontrarse claramente determinado cuál es la situación actual del



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

Decreto Supremo 001-2022-TR [si ya no tiene aplicabilidad erga omnes, como ha sido dispuesto tras la publicación en el diario oficial El Peruano de un extracto de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, o si solo esa aplicabilidad se encuentra suspendida, en virtud de una medida cautelar, como se sugiere en el voto singular a la Resolución 0072-2023/SEL-INDECOPI] pone de relieve, cuando menos, que una función tan delicada como la de declarar la inaplicabilidad con efectos generales de las barreras burocráticas ha sido confiada a un tribunal administrativo con serios problemas de diseño estructural y funcional. De otro modo no se explica cómo medidas declaradas como barreras burocráticas -y, por tanto, cesadas en su aplicabilidad con efectos generales-, puedan seguir siendo consideradas, por otra instancia del mismo INDECOPI, como pendientes de analizarse administrativamente, y no hacerlo solo porque existe un caso judicial pendiente de resolverse.

S.

OCHOA CARDICH



VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO DOMÍNGUEZ HARO

Con el debido respeto por la decisión de la sentencia, en el presente caso consideramos que la demanda de amparo debe declararse **FUNDADA**, por lo que corresponde, en nuestra opinión, inaplicarse a la empresa recurrente el Decreto Supremo 001-2022-TR. Estas son nuestras razones:

Delimitación del petitorio

1. El objeto del presente proceso es que se declare inaplicable al caso de la empresa accionante el Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. Asimismo, que se dejen sin efecto todos los actos que se hubieran sustentado en la referida norma, aún si fuera derogada.
2. Se alega la vulneración de los derechos a la libertad de contratar, de empresa a la propiedad, así como los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa.

Cuestión previa

3. Previamente, es necesario advertir que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, mediante la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI³², declaró barrera burocrática ilegal la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, materializada en el último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo 001-2022-TR.
4. Dicha resolución administrativa fue expedida al amparo de lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, Decreto legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, modificado en parte por el artículo único de la Ley 31755. En esa línea, dispuso la inaplicación con efectos generales de

³² Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de julio de 2023 y en la cual se dispuso la inaplicación, con efectos generales, de las medidas declaradas ilegales en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256.



[REDACTED]

la aludida barrera burocrática “en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición”.

5. Sin embargo, la expedición de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI no da lugar a la sustracción de la materia en la presente causa, en tanto la norma, que prohíbe tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio, no ha sido derogada y, mucho menos, declarada inconstitucional. Por dicha razón, corresponde emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia de autos.

Sobre la demanda de amparo contra normas autoaplicativas

6. En reiterada jurisprudencia, este Colegiado ha establecido la posibilidad de que puedan cuestionarse normas autoaplicativas a través de una demanda de amparo. Así, se ha señalado que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez vigentes, resulta inmediata e incondicionada. En esta situación:

cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g. el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes”), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación del Decretos Leyes 25423, 25442 y 25446”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable³³.

7. Así, una persona que acredite, razonablemente, que su estatus subjetivo se subsume en el supuesto de hecho al que es aplicable una norma la puede impugnar por considerar que su aplicabilidad incondicionada representa una amenaza a sus derechos fundamentales, sin requerir de su aplicación específica.

³³ ATC 02615-2010-PA/TC (f. 4).



8. En el presente caso, el Decreto Supremo 001-2022-TR, califica como una norma autoaplicativa, ya que su regulación incide en el ámbito de aplicación del contrato de tercerización y establece que no pueden efectuarse respecto al núcleo del negocio, por lo que su sola vigencia tiene efectos en la situación jurídica de empresas como la recurrente, que contrata a terceras empresas para que le brinden servicios especializados.
9. Se trata de una intervención *actual* en el contenido de los derechos de la empresa recurrente, toda vez que la sola vigencia del decreto supremo ha convertido sus contratos de tercerización automáticamente en ilícitos o contrarios al ordenamiento jurídico laboral. La prohibición del decreto supremo despliega sus efectos jurídicos sin necesidad de verificación de evento posterior. La accionante se encuentra inmerso en el supuesto de la prohibición por el solo acto de tener contratos de tercerización en ejecución, razón por la cual ahora tiene la obligación de modificarlos o resolverlos según sea el caso, para “salir” de la situación de antijuridicidad en la que los ha colocado el decreto supremo.
10. Cabe precisar que, si bien la única disposición transitoria del citado decreto supremo estableció un plazo de adecuación de hasta ciento ochenta días de los contratos y figuras empresariales vigentes, este plazo ya ha vencido a la fecha de interposición de la demanda.
11. También es importante distinguir las situaciones en las cuales, a) al no existir aún concretos actos de aplicación, el amparo se dirige de forma directa contra la norma; b) de las situaciones en las que, ya existiendo actos de aplicación, el amparo se dirige contra estos actos. Esta diferencia resulta relevante, toda vez que, tratándose de normas autoaplicativas sin actos de aplicación, la única vía procesal existente para impugnar su contenido inconstitucional es un proceso de tutela de derechos, ya que no existe proceso judicial ordinario de control concreto contra normas. Mientras que, si se trata de normas autoaplicativas respecto de las que ya se han producido actos de aplicación, estos podrían ser impugnados, eventualmente, en un proceso ordinario³⁴.
12. En esa línea, ya que en el caso de autos no se advierten actos concretos de aplicación de la norma cuestionada, el proceso de

³⁴ STC 04613-2022-PA/TC (f. 4 y 5).



amparo resulta la vía procesal idónea para evaluar su presunto contenido inconstitucional.

La tercerización y su ámbito de aplicación

13. La figura de la tercerización laboral es consecuencia del cambio del concepto tradicional de la empresa como única unidad productiva que ejecuta la totalidad de los procesos. Para la Defensoría del Pueblo, esta herramienta, también conocida como *outsourcing*, es de común utilización en el ámbito empresarial y consiste en la adquisición o contratación de bienes y servicios necesarios para el funcionamiento operativo de una empresa, a través de proveedores externos³⁵.
14. En nuestro país, su regulación está contenida en la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, norma que ha sido objeto de precisiones mediante el Decreto Legislativo 1038. Así, el artículo 2 de la citada ley ha establecido que:

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

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.

15. Dentro de los casos que constituyen tercerización de servicios, el artículo 3 de la citada norma prescribió:

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.

³⁵ Informe Defensorial 135. Por un acceso justo y oportuno a la pensión. Aportes para una mejor gestión de la ONP. Página 87. Enlace: https://www.defensoria.gob.pe/categorias_informes/informe-defensorial/



16. Es importante señalar que el artículo 3 de la Ley 29245 (entre otras de sus disposiciones) fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que generó el Expediente 00013-2014-PI/TC, la cual fue declarada infundada en su momento. En dicho proceso constitucional, se cuestionó que esta disposición permitía la tercerización de la actividad principal de una empresa, lo que, en la hipótesis del demandante en dicho proceso, significaba que los trabajadores de la empresa tercerizadora desempeñarán una misma labor, pero con menores condiciones laborales, afectando su dignidad. Sobre este punto, el Tribunal en su pronunciamiento precisó que la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales carecía de sustento, en la medida en que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos; siendo así, la empresa tercerizadora, a la que se encuentran subordinados los trabajadores, debe garantizar la protección de sus derechos laborales³⁶.
17. También se precisó que el incumplimiento de algún requisito del contrato de tercerización produce su desnaturización, con el consecuente reconocimiento de la relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal, lo que evita que se presenten situaciones de simulación o fraude. Así, inclusive, en la citada sentencia se identificaron procesos de amparo conocidos por el Tribunal donde se advirtió la desnaturización de contratos de tercerización y se determinó la existencia de una relación laboral (cfr. STC 04297-2012-PA/TC; 01671-2013-PA/TC; y 07110-2013-PA/TC)³⁷.
18. Estas pautas son relevantes para la resolución del presente caso, en el que la empresa accionante ha invocado la vulneración de los principios de jerarquía normativa y seguridad jurídica; así como de los derechos a la libertad de empresa, libertad de contratación y a la propiedad.

Sobre la coherencia normativa entre la ley y el reglamento a la luz de la Constitución Política

19. Al respecto, el Tribunal ha puesto de relieve lo siguiente:

La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta, por autonomía, en el ejercicio de su potestad

³⁶ STC 00013-2014-PI/TC (f. 34 al 38).

³⁷ STC 00013-2014-PI/TC (f. 25 y 26).



reglamentaria. *El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución Política, puede, un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad.* Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben [...]. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución Política asignan a determinados entes de la Administración o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley [STC 00001-2023-AI/TC y STC 00003-2003-AI/TC acumuladas, fundamento 15][resaltado agregado].

20. Asimismo, en las relaciones entre la ley y el reglamento, se ha señalado que es completamente permisible la regulación por remisión, siempre y cuando lo determine la propia ley y que no se exceda lo dispuesto. Se trata, pues, de una relación de integración y coherencia normativa entre ambas (STC Exp. 04325-2006-PA/TC, fundamento 10).
21. De tal manera que el límite constitucionalmente previsto en torno a la potestad reglamentaria presupone la relación armónica entre la ley y su correspondiente reglamento. Dicho de otro modo, la referida potestad reglamentaria deberá ser ejercida en concordancia con el principio de coherencia normativa.
22. A mayor abundamiento, cabe indicar que tal relación concomitante entre la ley y el reglamento da lugar a que este último se constituya como norma válida. De allí que, Guastini sostenga que una norma será: (i) formalmente válida cuando haya sido producida de acuerdo con las normas estructuralmente supraordenadas a ella— que regulan su creación, lo cual conlleva que haya sido dada por órgano competente y según el procedimiento prescrito y (ii) materialmente válida cuando no es incompatible con las normas —materialmente supraordenadas a ella— que la limitan o predeterminan su posible contenido³⁸.

³⁸ Guastini, R. (2018). *Filosofía del Derecho Positivo. Manual de Teoría del Derecho en el Estado Constitucional.* Palestra Editores, p. 120.



Sobre los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica

23. El principio de jerarquía normativa o piramidal de las normas se desprende del artículo 51 de la Norma Fundamental, el cual estipula que la Constitución Política prevalece sobre toda norma legal; la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. De ello, se aprecia una prelación normativa con arreglo a la cual las normas se diversifican en categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada, en la que la norma inferior encuentra en la norma superior la razón de su validez³⁹. Este principio implica el sometimiento de los poderes públicos a la Constitución Política y al resto de normas jurídicas.
24. De este sistema jerárquico también forman parte los decretos y resoluciones, los cuales se emiten al amparo de la potestad reglamentaria de las leyes reconocida en el artículo 118, inciso 8, de la Constitución. Esta facultad se empezó a reconocer explícitamente en nuestro modelo constitucional con la Carta de 1826, la que refirió, por primera vez, la atribución del presidente de autorizar los reglamentos necesarios para el mejor cumplimiento de la Constitución Política y las leyes. En esa línea, los reglamentos son una fuente del derecho que se encargan de precisar los preceptos de carácter genérico; sin embargo, esta potestad no es ilimitada, ya que, dada su jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean contradictorios con lo establecido en la ley o que sean reservadas a esta⁴⁰.
25. En cuanto a la seguridad jurídica, hablamos de un principio que transita por todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, a nuestra norma fundamental que lo preside. Si bien su reconocimiento es implícito, se concretiza a través de distintas disposiciones constitucionales tales como la contenida en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a, por el cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Así, el principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional⁴¹.

³⁹ STC 00005-2003-AI/TC (f. 5).

⁴⁰ STC 00016-2021-PI/TC (f. 140 y 141).

⁴¹ STC 00016-2002-AI/TC (f. 2, 3 y 4).



26. Del principio de seguridad jurídica se genera la exigencia de que los actos de los poderes públicos sean, en mayor o menor medida, predecibles, ya que ello generará expectativas razonables en los ciudadanos a los que se dirigen. Así, este principio también garantiza que los actos de los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, que impliquen cambios en las reglas de juego o en el marco normativo, que contravengan mandatos constitucionales⁴².
27. Adicionalmente, se ha establecido que

(...) lo que protege dicho principio constitucional es que los poderes públicos, en su actuación, no defrauden las expectativas razonables de los ciudadanos. En el ámbito de las modificaciones normativas, implica que estas se realicen conforme al orden jurídico-constitucional vigente, esto es, que no vulneren la Constitución Política⁴³.

Las libertades económicas que garantizan el régimen económico

28. Nuestro régimen económico se ejerce en el marco de una economía social de mercado, conforme a lo establecido en el artículo 58 de nuestra Constitución, la cual es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por ende, resulta compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran un Estado Social y Democrático de Derecho. Así, este modelo económico exige no sólo el reconocimiento, sino también la defensa de un conjunto de libertades de índole económica, cuya configuración binaria y simultánea es de derechos subjetivos y garantías institucionales, entre las cuales tenemos a la libertad de empresa, la libre contratación y el derecho a la propiedad⁴⁴.
29. En cuanto a la libertad de empresa, reconocida en el artículo 59 de nuestra Norma Suprema, garantiza a las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En resumen, a través de este derecho, se garantiza el inicio y el mantenimiento de la

⁴² STC 00010-2020-PI/TC (f. 48 y 49).

⁴³ STC 00017-2019-PI/TC (f. 97).

⁴⁴ STC 00008-2003-AI/TC (f. 16 y 26).



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa⁴⁵.

30. El derecho a la libre contratación ha sido reconocido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución Política en los siguientes términos:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho: [...]
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

31. Del mismo modo, el artículo 62 del texto constitucional precisa que

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

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.

32. El Tribunal Constitucional ha sostenido que, de la interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62 de la Constitución Política, se deriva una regla de carácter general, y es que no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual cae dentro del ámbito de la cláusula que dispone que “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”⁴⁶.

33. Este derecho también tiene por fundamento el principio de autonomía de la voluntad, el cual, a su vez, tiene un doble contenido: (i) libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y (ii) libertad contractual, conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato⁴⁷.

⁴⁵ ATC 03075-2011-PA/TC (f. 4).

⁴⁶ STC 00007-2020-PI/TC (f. 49).

⁴⁷ STC 00026-2008-PI/TC y STC 00028-2008-PI/TC (acumulados) (f. 52).



Análisis de la controversia

34. La empresa recurrente solicita la inaplicación, a su caso, del Decreto Supremo 001-2022-TR, el cual modificó los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo 006-2008-TR, que a su vez aprobó el reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. En particular, se modificó la regulación referida a las definiciones, el ámbito de aplicación de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturización, el contenido de los contratos y el derecho de información de los trabajadores desplazados, y el registro de empresas tercerizadoras. Asimismo, estableció un plazo de adecuación en su única disposición complementaria transitoria.
35. De los argumentos de la demanda se aprecia que el cuestionamiento central se refiere a los efectos de la introducción del concepto denominado “núcleo del negocio” de las empresas, el cual, por mandato de dicha norma, no puede ser objeto de tercerización. Su incumplimiento genera la desnaturización del contrato y el consecuente deber de la empresa principal de asumir la condición de empleador de los trabajadores tercerizados, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes. En esa línea, corresponde determinar si el concepto “núcleo de negocio” y la restricción para que sobre este se desarrollen servicios de tercerización contravienen los principios y derechos invocados.
36. Del contenido de los artículos 2 y 3 de la Ley 29245 detallados *supra* se desprende que la tercerización comprende la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos: (i) que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) que sean responsables por los resultados de sus actividades; y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. De igual manera, la norma establece que constituyen tercerización de servicios aquellos contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Lo expuesto delimita el alcance material fijado por la ley en torno al ámbito de la tercerización, sin perjuicio de lo cual debe recordarse que los casos que constituyen tercerización de servicios suponen una cláusula *numerus apertus*, lo que se desprende del término “entre otros” del artículo 3 de la citada ley.



37. Cabe añadir también que el artículo 5 de la Ley 29245 ha previsto que los contratos de tercerización que incumplan los requisitos establecidos en sus artículos 2 y 3, y que impliquen una simple provisión de personal, genera la desnaturalización del contrato, así como la cancelación del registro de empresas tercerizadoras, sin perjuicio de las sanciones previstas en la normativa correspondiente.

38. Ahora bien, el Decreto Supremo 001-2022-TR incorporó la definición de núcleo del negocio en los siguientes términos:

Núcleo del negocio: El núcleo del negocio forma parte de la actividad principal de la empresa pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento. Para identificar el núcleo del negocio en el caso concreto, se debe observar, entre otros:

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

39. Asimismo, incorporó el siguiente supuesto de desnaturalización: “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”.

40. Como se observa de estas disposiciones, el núcleo del negocio sería parte de la actividad principal de una empresa; sin embargo, no correspondería a las actividades especializadas u obras que la ley permite tercerizar. Asimismo, la norma prescribe que cuando el desplazamiento del trabajador de la empresa tercerizadora se realice para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, se produce la desnaturalización del contrato, con el consecuente deber de la empresa principal de asumir la condición de empleador de los trabajadores desplazados.

41. En otras palabras, en la práctica, lo que establece la referida disposición es una restricción de las actividades especializadas u obras que la ley, bajo una cláusula abierta, permite tercerizar, por lo que resulta evidente que limita los alcances de la tercerización



previstos en la ley. Asimismo, crea un supuesto de desnaturalización adicional.

42. En conclusión, se advierte que las disposiciones antes citadas han sido dictadas en directa transgresión al contenido establecido en los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 29245, los cuales se constituyen en su parámetro de validez y de actividad de reglamentación, que, en el presente caso, han sido desbordados.
43. Conviene recordar que las actividades especializadas u obras, conforme a la concepción inicial establecida en el reglamento de la Ley 29245, aprobado con el Decreto Supremo 006-2008-TR, antes de su modificación por el Decreto Supremo 001-2022-TR, eran definidas de la siguiente forma:

Actividades especializadas u obras: Servicios u obras prestados en un contexto de tercerización, **cuya ejecución no supone la simple provisión de personal.**
(énfasis agregado)

44. Como se puede observar, la precisión efectuada en su momento en el primigenio reglamento de la Ley 29245 establecía una restricción que sí se desprendía de la ley (específicamente, su artículo 2), ya que los servicios de tercerización no admiten la sola provisión de personal. Inclusive, la citada ley ha previsto otros requisitos a las empresas tales como (i) que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y (iii) que sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. No obstante, la prohibición del desarrollo de servicios de tercerización respecto al núcleo del negocio de las empresas no se sustenta en ninguna de las limitaciones establecidas en la Ley 29245, por lo que no puede ser catalogada tampoco como una precisión propia de las normas reglamentarias.
45. A mayor abundamiento, se advierte que la necesidad de regulación y precisión de los alcances de las actividades de tercerización fue objeto del debate parlamentario que dio origen a la Ley 29245. Así, por ejemplo, en el dictamen de la Comisión de Trabajo recaído en el Proyecto de Ley 1696/2007-CR, antecedente de la citada norma, se aprecian las siguientes consideraciones:

1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA



(...)

“Durante los últimos años el sistema de tercerización en la actividad laboral de nuestro país ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos, como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad (...)

2. CONTENIDO DE LA PROPUESTA DE LEY

El proyecto de ley tiene como objeto precisar los casos en que procede la tercerización en el ámbito laboral, así como las sanciones aplicables a las empresas que desnaturalizan el uso de este método de vinculación laboral⁴⁸.

(...)

(énfasis agregado)

46. Lo expuesto demuestra que el legislador, con el fin de evitar posibles situaciones fraudulentas en la aplicación de la tercerización, consideró conveniente establecer y precisar determinados supuestos, los cuales fueron previstos en la Ley 29245; sin embargo, en un **inconstitucional ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes**, dicho ámbito de aplicación ha sido transgredido al dictarse el Decreto Supremo 001-2022-TR, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo por la vulneración del principio de jerarquía normativa.
47. En cuanto a la alegada vulneración a la libertad de contratación, se tiene que la empresa actora opera con empresas externas mediante distintos contratos que le brindan servicios y que comprometen el núcleo del negocio. Debe tenerse en cuenta que la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR estableció que

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.**

Durante el plazo de adecuación a que se refiere el párrafo anterior, las empresas tercerizadoras no pueden extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas con la adecuación a que se refiere la presente disposición,

⁴⁸ Expediente de la Ley 29245. Dictamen de la Comisión de Trabajo sobre el Proyecto de Ley 1696/2007-CR. Archivo Digital de la Legislación en el Perú. Leyes enumeradas desde 1904 a la fecha. Enlace: <https://www.leyes.congreso.gob.pe/>



salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores.

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. (énfasis agregado).

48. De lo expuesto se puede advertir que la citada norma genera la obligatoriedad de que la recurrente modifique los términos contractuales pactados y celebrados conforme al marco legal vigente al momento de la emisión del cuestionado decreto supremo, en contravención al artículo 62 de la Constitución Política. No solo ello, sino que también limita la libertad contractual (libertad de configuración interna) de la empresa recurrente, ya que le restringe la posibilidad de celebrar contratos para tercerizar actividades de su núcleo del negocio.
49. Inclusive se debe tener en cuenta que con el Decreto Supremo 015-2022-TR, publicado el 17 de agosto de 2022, se modificó el reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo 019-2006-TR, estableciendo como infracción muy grave en materia de intermediación y tercerización laboral el uso de esta última figura para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio. Por esta razón, quienes incumplan dicha normativa, son pasibles de sanción por parte de la autoridad inspectora de trabajo.
50. De igual manera, también se aprecia la vulneración del principio de seguridad jurídica, ya que se han efectuado cambios en el marco normativo sobre la tercerización laboral contraviniendo la Constitución Política, en específico, los principios de jerarquía normativa y la libertad de contratación.
51. En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la libertad de empresa, se aprecia que también existe una afectación, en la medida que se impide en forma irrazonable que la empresa recurrente pueda decidir autónomamente la modalidad empresarial más eficiente para operativizar su actividad comercial y así competir en mejores condiciones en el mercado. En otras palabras, se vulnera la faceta de libertad de dirección de la empresa.



[REDACTED]

Efectos de la estimación del amparo

52. En mérito a lo expuesto, se observa que el Decreto Supremo 001-2022-TR, en lo que respecta a las modificaciones introducidas en los artículos 1, 2 y 5 del Decreto Supremo 006-2008-TR, así como su única disposición complementaria transitoria, contravienen los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y la libertad de contratación. De igual manera, la inconstitucionalidad también se advierte de la modificación a los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo 006-2008-TR, ya que se relacionan con la obligación de modificar los contratos vigentes y los supuestos de desnaturización, respectivamente.
53. En consecuencia, desde mi perspectiva, considero que debe inaplicarse a la empresa recurrente, en su totalidad, el Decreto Supremo 001-2022-TR, así como debe dejarse sin efecto todos los actos que se hubieran sustentado en la referida norma.
54. Finalmente, al haberse estimado la demanda, corresponde condenar a la parte emplazada al pago de los costos del proceso, conforme al artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Por estos fundamentos, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, así como las libertades de contratación y de empresa.
2. Declarar **INAPLICABLE** a la demandante el Decreto Supremo 001-2022-TR y, en consecuencia, déjense sin efecto todos los actos que se hubieran sustentado en la referida norma.
3. **CONDENAR** a la parte demandada al pago de los costos del proceso.

S.

DOMÍNGUEZ HARO



**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
MONTEAGUDO VALDEZ**

Con el debido respeto por la posición adoptada en la sentencia en mayoría, emito el presente voto singular en base a las siguientes consideraciones:

Delimitación del petitorio

1. El 11 de octubre de 2022, la empresa [REDACTED], representada por su apoderado, don [REDACTED], interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), solicitando que se declare inaplicable a su caso el Decreto Supremo 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, ya que su vigencia y eficacia vulnera sus derechos a la libertad de empresa, libertad de contratar y a la propiedad; y contraviene los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa.
2. Sostuvo que son una organización empresarial dedicada a la inversión directa e indirecta en todo tipo de negocios relacionados con la prestación de servicios de salud (clínicas, hospitales o similares), de asesoría y consultoría, asistencia en salud, inversión en locales, terrenos, importación de material y equipos médicos, entre otras actividades desarrolladas al amparo de la Ley General de Salud y otras normas del sector, las cuales siempre han permitido la contratación de terceros. Sin embargo, la entrada en vigor del Decreto Supremo 001-2022-TR limita la realización de actividades económicas mediante el uso de la tercerización laboral, ya que les prohíbe tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio. Indicó que, como su representada presta servicios médicos y realiza actividades conexas, la prohibición alcanzará absolutamente todas las actividades que realiza, ya que, por un lado, contrata con diversas empresas para que la provean de servicios y, por otro lado, presta servicios a otras empresas del sector salud; específicamente, suele prestar servicios a toda una red de clínicas del [REDACTED] al cual pertenece. Refirió que la norma impacta directamente el contenido de los contratos de tercerización ya celebrados, imponiéndole la obligación de adecuarlos, es decir, modificar sus términos, lo que genera un sobrecosto no proyectado. Precisó que, por un lado, la norma



materializa una vulneración inmediata a sus derechos, ya que les prohíbe celebrar y renovar contratos de tercerización y, por otro lado, contempla una amenaza a sus derechos, ya que les impone una obligación de adecuación, cuyo plazo ha vencido, bajo apercibimiento de que SUNAFIL le imponga sanciones.

Sobre la demanda de amparo contra normas autoaplicativas

3. En reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido la posibilidad de que puedan cuestionarse normas autoaplicativas a través de una demanda de amparo. En ese sentido, se ha señalado que las normas autoaplicativas son aquellas cuya aplicabilidad, una vez vigentes, resulta inmediata e incondicionada. En esta situación:

cabe distinguir entre aquellas normas cuyo supuesto normativo en sí mismo genera una incidencia directa sobre la esfera subjetiva de los individuos (v.g. el artículo 1 del derogado Decreto Ley 25446: “Cesar, a partir de la fecha, a los Vocales de las Cortes Superiores de los Distritos Judiciales de Lima y Callao que se indican, cancelándose los Títulos correspondientes”), y aquellas otras que determinan que dicha incidencia se producirá como consecuencia de su aplicación obligatoria e incondicionada (v.g. el artículo 2 del Decreto Ley 25454: “No procede la Acción de Amparo dirigida a impugnar directa o indirectamente los efectos de la aplicación del Decretos Leyes 25423, 25442 y 25446”). En el primer caso, el amparo contra la norma procederá por constituir ella misma un acto (normativo) contrario a los derechos fundamentales. En el segundo, la procedencia del amparo es consecuencia de la amenaza cierta e inminente a los derechos fundamentales que representa el contenido dispositivo inconstitucional de una norma inmediatamente aplicable (cfr. Auto recaído en el Expediente 02615-2010-PA/TC, fundamento 4)

4. Así, una persona que acredite, razonablemente, que su estatus subjetivo se subsume en el supuesto de hecho al que es aplicable una norma la puede impugnar por considerar que su aplicabilidad incondicionada representa una amenaza cierta e inminente a sus derechos fundamentales, sin requerir de su aplicación específica.
5. En el presente caso, el Decreto Supremo 001-2022-TR, califica como una norma autoaplicativa, ya que su regulación incide en el ámbito de aplicación de los contratos de tercerización vigentes y establece que no pueden efectuarse respecto al núcleo del negocio, por lo que su sola vigencia tiene efectos en la situación jurídica de empresas como la recurrente, que presta servicios médicos a empresas del sector salud y realiza actividades conexas.



6. Así, se trata de una intervención *actual* en el contenido de los derechos de la empresa recurrente, toda vez que la sola vigencia del decreto supremo, atendiendo a su contenido normativo, ha convertido cuando menos parte de sus contratos de tercerización automáticamente en contrarios al ordenamiento jurídico laboral. La accionante se encuentra inmersa en el supuesto de la prohibición por el solo hecho de tener contratos de tercerización en ejecución que abarcan el núcleo del negocio.
7. También es importante distinguir las situaciones en las cuales, a) al no existir aún concretos actos de aplicación, el amparo se dirige de forma directa contra la norma; b) de las situaciones en las que, ya existiendo actos de aplicación, el amparo se dirige contra estos actos. Esta diferencia resulta relevante, toda vez que, tratándose de normas autoaplicativas sin actos de aplicación, la única vía procesal existente para impugnar su contenido inconstitucional es un proceso de tutela de derechos, ya que no existe proceso judicial ordinario de control concreto contra normas. Mientras que, si se trata de normas autoaplicativas respecto de las que ya se han producido actos de aplicación, estos podrían ser impugnados, eventualmente, en un proceso ordinario (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 04613-2022-PA/TC, fundamentos 4 y 5).
8. En esa línea, ya que en el caso de autos no se advierten actos concretos de aplicación de la norma cuestionada, el proceso de amparo resulta la vía procesal idónea para evaluar la presunta vulneración de los derechos alegada.

Sobre la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, el proceso de acción popular y la inexistencia de la sustracción de la materia

9. Es pertinente enfatizar que el hecho de que -al amparo de lo previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1256, que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, modificado en parte por el artículo único de la Ley 31755-. la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), mediante la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, haya declarado como barrera burocrática ilegal la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, materializada en el último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR, modificado por el



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

Decreto Supremo 001-2022-TR, y, en consecuencia, haya dispuesto la inaplicación con efectos generales de la aludida barrera burocrática “en favor de todos los agentes económicos y/o ciudadanos en general que se vean afectados por su imposición”, no enerva la conclusión de que la intervención sobre los derechos de la empresa recurrente es actual y de que en el presente caso no se produce la sustracción de la materia.

10. Ello, en primer término, porque si bien la aludida Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI, de fecha 10 de febrero de 2023, quedó consentida por haberse interpuesto extemporáneamente el recurso de apelación, posteriormente, con fecha 24 de febrero de 2023, el órgano superior de la Comisión, es decir, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, en un expediente distinto, emitió la Resolución 0072-2023/SEL-INDECOPI en la que resolvió declarar:

la SUSPENSIÓN del presente procedimiento seguido por Cosapi Minería S.A.C. en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral como tercero administrado, hasta que se resuelva de manera definitiva el proceso de acción popular, el cual se encuentra en trámite bajo el Expediente 756-2022-0-1801-SPDC-03.

11. Adicionalmente, la suspensión de los procesos administrativos, se ha visto reiterada en la Resolución 0083-2024/SEL-INDECOPI, de fecha 12 de abril de 2024. En consecuencia, corresponde concluir que el Indecopi ha dispuesto suspender el efecto de sus decisiones sobre la tercerización del núcleo del negocio hasta que la constitucionalidad y legalidad de la norma citada sea resuelta, en definitiva, por la Corte Suprema.

12. A su vez, el decreto supremo inaplicado no ha sido derogado, ni tampoco declarado inconstitucional por Indecopi, e incluso si esta entidad hubiera utilizado como parámetro razones de orden estrictamente constitucional para concluir la invalidez de la norma, su actuación se encuentra finalmente subordinada a lo que decida la jurisdicción y, en particular, al criterio del Tribunal Constitucional, en tanto supremo intérprete de la Constitución (artículo 1 de la Ley 28301 – Ley Orgánica del Tribunal Constitucional-).

13. Por otra parte, con relación al proceso de acción popular entablado contra el referido Decreto Supremo 001-2022-TR (Expedientes



acumulados 00420-2022-0-1801-SP-DC-02; 00514-2022-0-1801-SP-DC-02; 00417-2022-2022-0-1801-SP-DC-02 y 00756-2022-0-1801-SP-DC-03) cuyo objeto es el control abstracto de constitucionalidad y legalidad de ese decreto supremo, a la fecha, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima elevó los autos a la Corte Suprema de Justicia de la República para la resolución del recurso de apelación, presentado contra la sentencia de fecha 8 de marzo de 2023 que declaró fundada en parte la demanda. El mencionado recurso de apelación fue concedido con efecto suspensivo, a través de la resolución 28, de fecha 19 de diciembre de 2024.

14. Sobre el particular, la Procuraduría de la Presidencia del Consejo de Ministros sostiene que la controversia de autos debe ser resuelta a través del referido proceso de acción popular (cfr. foja 772 del tomo II del cuadernillo digital del expediente). Discrepo de esta posición. No solo porque ese proceso constituye uno de control abstracto de constitucionalidad y legalidad de la norma, mientras que en el presente amparo la empresa demandante pretende la tutela de sus derechos fundamentales en concreto; sino también y, sobre todo, porque dado que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución, los criterios hermenéuticos sobre la Constitución que asume la Corte Suprema en cualquier proceso (incluyendo el proceso de acción popular), se encuentran subordinados a los criterios de interpretación constitucional vinculantes que desarrolla el Tribunal Constitucional en cualquier proceso (incluyendo el proceso de amparo); no al revés.
15. Por lo demás, recuérdese que los procesos constitucionales no pueden desatender la dimensión tanto subjetiva como objetiva de los derechos fundamentales, es decir, su condición de derechos subjetivos e individuales, por un lado, y su condición de bienes que presiden el sistema objetivo de valores de la Constitución, por otro. En esa línea, tal como razona G. Zagrebelsky, las dos vocaciones del proceso constitucional (subjetiva y objetiva), son “mezclas que se hacen necesarias todas las veces en que la tutela primaria de uno de los dos intereses (subjetivo y objetivo) comporte el abandono o la violación del otro” (cfr. Zagrebelsky, G., *¿Derecho Procesal Constitucional?*, en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. N° IV, diciembre, 2001, Lima: Estudio Monroy, p. 404).



16. En ese sentido, no debe pasar desapercibido que si en base a un análisis formal del asunto, se declarara la sustracción de la materia en esta causa o, en general, su improcedencia, se estaría dejando abierta una problemática que no involucra solo a los intereses de la recurrente, sino a una multiplicidad de empresas que se encuentran en la misma situación (como muestra, debe tenerse presente que existen varias decenas de causas análogas a la presente en giro en el Tribunal Constitucional). Por consiguiente, a mi juicio, declarar la improcedencia de la demanda, en base a una mirada concentrada solo en hechos incidentales susceptibles finalmente de ser controlados por el Tribunal Constitucional, implicaría que este renuncie a su función de pacificación.

Sobre los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica

17. La recurrente ha alegado que el Decreto Supremo 001-2022-TR contraviene el principio de jerarquía normativa, pues resulta disconforme con ciertos aspectos de la Ley 29245.

18. El principio de jerarquía normativa o piramidal de las normas se desprende del artículo 51 de la Norma Fundamental, el cual estipula que la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. De ello se aprecia una prelación normativa, con arreglo a la cual las normas se diversifican en categorías que se escalonan en consideración a su rango jerárquico. Esta jerarquía se fundamenta en el principio de subordinación escalonada, en la que la norma inferior encuentra en la norma superior la razón de su validez (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0005-2003-PI/TC, fundamento 5).

19. De este sistema jerárquico también forman parte los decretos y resoluciones, los cuales se emiten al amparo de la potestad reglamentaria de las leyes reconocida en el artículo 118, inciso 8, de la Constitución. Los reglamentos son una fuente del Derecho que se encarga de precisar los preceptos de carácter genérico; sin embargo, esta potestad no es ilimitada, ya que, dada su jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean contradictorios con lo establecido en la Constitución o en la ley, o que estén reservados a éstas (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0016-2021-PI/TC, fundamentos 140 y 141).



20. Sobre los reglamentos, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve lo siguiente:

La fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta, por autonomía, en el ejercicio de su potestad reglamentaria. *El reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución Política, puede, un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla, y, de otro, hacer operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad.* Los primeros son los llamados reglamentos secundum legem, de ejecución o reglamentos ejecutivos de las leyes, los cuales están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben [...]. Los segundos son los denominados reglamentos extra legem, independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la autodisposición, la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución Política asignan a determinados entes de la Administración o, incluso, a normar dentro los alcances que el ordenamiento legal les concede, pero sin que ello suponga desarrollar directamente una ley [STC 00001-2023-AI/TC y STC 00003-2003-AI/TC acumuladas, fundamento 15][resaltado agregado].

21. De esta manera, el límite constitucionalmente previsto en torno a la potestad reglamentaria presupone, entre otras cosas, la relación armónica entre la ley y el reglamento.

22. Ahora bien, no toda contradicción entre lo estipulado en un reglamento y la ley, da lugar a un asunto susceptible de ser analizado en un proceso de tutela de derechos fundamentales. La razón de ello obedece a que la finalidad de éste consiste en proteger el contenido constitucional de los derechos fundamentales, y no toda incompatibilidad entre un reglamento y la ley, en sí misma, supone la contravención de un derecho fundamental. Si toda antinomia entre la ley y el reglamento generará *per se* un asunto de relevancia constitucional, en este rubro no existiría posibilidad lógica de separar los asuntos de llana relevancia legal de aquellos que revisten entidad constitucional, con lo cual, a su vez, la posibilidad de separar en estos asuntos las competencias de la jurisdicción ordinaria y las de la jurisdicción constitucional quedaría disuelta.

23. Por ello, para que la discrepancia entre un reglamento y la ley, pueda implicar, al unísono, un asunto de relevancia constitucional, dicha incoherencia normativa debe, a su vez, incidir sobre el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental. En ese sentido, dado que la recurrente alega que también se encuentran



vulneradas determinadas libertades económicas, corresponderá ingresar en ese análisis.

24. En cuanto a la seguridad jurídica, que también se alega como vulnerada en esta causa, se trata de un principio que transita por todo el ordenamiento jurídico y, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Si bien su reconocimiento es implícito, se concretiza a través de distintas disposiciones constitucionales tales como la contenida en el artículo 2, inciso 24, parágrafo a, por el cual “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Así, el principio de seguridad jurídica forma parte consustancial del Estado Constitucional (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0016-2002-AI/TC, fundamentos 2 - 4).
25. Del principio de seguridad jurídica deriva la exigencia de que los actos de los poderes públicos sean, en mayor o menor medida, predecibles, ya que ello generará expectativas razonables en los ciudadanos a los que se dirigen. Así, este principio también garantiza que los actos de los poderes públicos no incurran en supuestos de arbitrariedad, que impliquen cambios en las reglas de juego o en el marco normativo.
26. Esta pauta es relevante para la resolución del presente caso, en el que, como se dijo, la empresa accionante ha invocado, a su vez, la vulneración de los derechos a la libertad de empresa, libertad de contratación y a la propiedad, aspectos que serán desarrollados a continuación.

Las libertades económicas que garantiza el régimen económico constitucional

27. De acuerdo al artículo 58 de la Constitución, el régimen económico se ejerce en el marco de una economía social de mercado, la cual es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia y, por ende, resulta compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran un Estado social y democrático de Derecho. Así, este modelo económico exige no sólo el reconocimiento, sino también la defensa de un conjunto de libertades de índole económica, cuya configuración binaria y simultánea es de derechos subjetivos y garantías institucionales, entre las cuales tenemos a la libertad de empresa, la libre contratación y el derecho a la propiedad (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, fundamentos 16 y 26).



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

28. En cuanto a la libertad de empresa reconocida en el artículo 59 de la Norma Suprema, garantiza a las personas una libertad de decisión no solo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y, por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado. En resumen, a través de este derecho, se garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa (cfr. Auto recaído en el Expediente 3075-2011-PA/TC, fundamento 4).

29. Por su parte, el derecho a la libre contratación ha sido reconocido en el artículo 2, inciso 14, de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 2º. Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

30. Del mismo modo, el artículo 62 de la Norma Fundamental precisa que

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

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.

31. El Tribunal Constitucional ha sostenido que, de la interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62 de la Constitución Política, se deriva una regla de carácter general, y es que *prima facie* no sólo los términos contractuales contenidos en un contrato-ley, sino que, en general, todo término contractual cae dentro del ámbito de la cláusula que dispone que “no puede ser modificado por leyes u otras disposiciones de cualquier clase” (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0007-2020-PI/TC, fundamento 49). Ahora bien, no se trata, desde luego, de una regla absoluta. Recuérdese que el contenido



protegido de ningún derecho fundamental tiene ese carácter. Por ello, el artículo 62 de la Norma Fundamental no puede ser interpretado en sentido de que impida radicalmente al Estado implementar por ley reformas que tengan por objeto alcanzar fines constitucionalmente valiosos, siempre que, dadas las circunstancias, ello resulte estrictamente necesario y proporcional (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0006-2012-PI, fundamento 28).

32. Este derecho también tiene por fundamento el principio de autonomía de la voluntad, el cual, a su vez, tiene un doble contenido: (i) libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y (ii) libertad contractual, conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0026-2008-PI/TC y 0028-2008-PI/TC -acumulados-, fundamento 52).

Análisis de la controversia

33. Tal como se señaló, la recurrente solicita la inaplicación, a su caso, del Decreto Supremo 001-2022-TR, el cual modificó los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo 006-2008-TR, que a su vez aprobó el reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. En particular, se modificó la regulación referida a las definiciones, el ámbito de aplicación de los servicios de tercerización, los supuestos de desnaturización, el contenido de los contratos y el derecho de información de los trabajadores desplazados, y el registro de empresas tercerizadoras. Asimismo, estableció un plazo de adecuación en su única disposición complementaria transitoria.

34. De los argumentos de la demanda se aprecia que el cuestionamiento central se refiere a los efectos de la introducción del concepto denominado “núcleo del negocio” de las empresas, el cual, por mandato de dicha norma, no puede ser objeto de tercerización. Su incumplimiento genera la desnaturización del contrato y el consecuente deber de la empresa principal de asumir la condición de empleador de los trabajadores tercerizados, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes. En esa línea, corresponde determinar si la restricción para que sobre el denominado “núcleo de negocio” se desarrolle servicios de tercerización, contraviene los principios y derechos invocados.



35. La figura de la tercerización laboral es consecuencia del cambio del concepto tradicional de la empresa como única unidad productiva que ejecuta la totalidad de los procesos. Para la Defensoría del Pueblo, esta herramienta, también conocida como *outsourcing*, es de común utilización en el ámbito empresarial y consiste en la adquisición o contratación de bienes y servicios necesarios para el funcionamiento operativo de una empresa, a través de proveedores externos (cfr. Informe Defensorial 135, p 87. Enlace: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe-defensorial-135.pdf>).

36. Su regulación está contenida en la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, norma que ha sido objeto de precisiones mediante el Decreto Legislativo 1038. Así, el artículo 2 de la citada ley ha establecido que:

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

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.

37. Dentro de los casos que constituyen tercerización de servicios, el artículo 3 de la citada norma prescribió:

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.

38. Del contenido de los referidos artículos 2 y 3 de la Ley 29245 se desprende que la tercerización comprende la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos: (i) que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; (iii) que sean responsables por los resultados de sus actividades; y (iv) que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. De igual manera,



la norma establece que constituyen tercerización de servicios aquellos contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Lo expuesto delimita el alcance material fijado por la ley en torno al ámbito de la tercerización, sin perjuicio de lo cual debe recordarse que los casos que constituyen tercerización de servicios suponen una cláusula *numerus apertus*, lo que se desprende del término “entre otros” del artículo 3 de la citada ley.

39. A su vez, el artículo 5 de la Ley 29245 ha previsto que los contratos de tercerización que incumplan los requisitos establecidos en sus artículos 2 y 3, y que impliquen una simple provisión de personal, dan lugar a su desnaturaleza, así como a la cancelación en el registro de empresas tercerizadoras, sin perjuicio de las sanciones previstas en la normativa correspondiente.
40. De otro lado, el Decreto Supremo 001-2022-TR incorporó la definición de núcleo del negocio en los siguientes términos:

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

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

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

41. Asimismo, incorporó el siguiente supuesto de desnaturaleza: “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”.
42. Como se observa de estas disposiciones, el núcleo del negocio es parte de la actividad principal de una empresa; sin embargo, no correspondería a las actividades especializadas u obras que la ley permite tercerizar. Asimismo, la norma prescribe que cuando el desplazamiento del trabajador de la empresa tercerizadora se realice para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

negocio, se produce la desnaturalización del contrato, con el consecuente deber de la empresa principal de asumir la condición de empleador de los trabajadores desplazados.

43. En otras palabras, en la práctica, lo que establece la referida disposición es una restricción de las actividades especializadas u obras que la ley, bajo una cláusula abierta, permite tercerizar, por lo que resulta evidente que limita los alcances de la tercerización previstos en la ley. Asimismo, crea un supuesto de desnaturalización adicional.
44. Conviene recordar que las actividades especializadas u obras, conforme a la concepción inicial establecida en el reglamento de la Ley 29245, aprobado con el Decreto Supremo 006-2008-TR, antes de su modificación por el Decreto Supremo 001-2022-TR, eran definidas de la siguiente forma:

Actividades especializadas u obras.- Servicios u obras prestados en un contexto de tercerización, **cuya ejecución no supone la simple provisión de personal.**

(énfasis agregado)

45. Como se puede observar, la precisión efectuada en su momento en el primigenio reglamento de la Ley 29245 establecía una restricción que sí se desprendía de la ley (específicamente, su artículo 2), ya que los servicios de tercerización no admiten la sola provisión de personal. Inclusive, la citada ley ha previsto otros requisitos a las empresas tales como (i) que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; (ii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y (iii) que sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. No obstante, la prohibición del desarrollo de servicios de tercerización respecto al núcleo del negocio de las empresas no se sustenta en ninguna de las limitaciones establecidas en la Ley 29245, por lo que no puede ser catalogada tampoco como una precisión propia de las normas reglamentarias.
46. Se advierte, pues, que las disposiciones reglamentarias antes citadas han sido dictadas en directa transgresión del contenido establecido en los artículos 2, 3 y 5 de la Ley 29245.
47. Ahora bien, ya se ha precisado que para que la inconsistencia entre un reglamento y la ley, y consiguiente afectación del principio de jerarquía normativa, pueda implicar, a su vez, un asunto de relevancia



constitucional susceptible de control de un proceso de tutela de derechos, dicha incoherencia normativa debe también incidir sobre el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental, por lo que corresponde a continuación analizar si tal es el caso.

48. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR estableció que

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.**

Durante el plazo de adecuación a que se refiere el párrafo anterior, las empresas tercerizadoras no pueden extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas con la adecuación a que se refiere la presente disposición, salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores.

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. (énfasis agregado).

49. De lo expuesto se puede advertir que la citada norma genera la obligatoriedad de que la recurrente modifique los términos contractuales pactados y celebrados conforme al marco legal vigente al momento de la emisión del cuestionado decreto supremo, interviniendo sobre el contenido protegido *prima facie* del derecho a la libertad de contratación, reconocido en el artículo 62 de la Constitución. No solo ello, sino que también limita la libertad contractual (libertad de configuración interna) de la empresa recurrente, ya que le restringe la posibilidad de celebrar contratos para tercerizar actividades de su núcleo del negocio.

50. Inclusive, se debe tener en cuenta que con el Decreto Supremo 015-2022-TR, se modificó el reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado mediante el Decreto Supremo 019-2006-TR, estableciendo como infracción muy grave en materia de intermediación y tercerización laboral el uso de esta última figura para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

Por esta razón, quienes incumplan dicha normativa, son pasibles de sanción por parte de la autoridad inspectora de trabajo.

51. Ahora bien, no escapa a este análisis que, tal como se ha sostenido *supra*, la libertad de contratación, como todo derecho fundamental, no posee un carácter absoluto ni ilimitado; por el contrario, también puede ser restringida de conformidad con la Constitución.
52. En la ponencia se sostiene que los límites establecidos en el decreto supremo cuestionado “se encuentran plenamente justificados (...) por el respeto de la dignidad del trabajador y por el carácter irrenunciable de sus derechos en el marco de la Constitución”, dando a entender que la tercerización puede dar lugar a la vulneración de derechos fundamentales.
53. No se coincide con el argumento de la ponencia, ya que parte de la premisa de que el trabajador de una empresa tercerizadora cuenta con menos derechos que los trabajadores de la empresa principal donde presta sus servicios. Antes bien, conviene recordar que en la Sentencia recaída en el Expediente 00013-2014-PI/TC (caso “Ley de servicio de tercerización”), el Tribunal Constitucional, estableció las siguientes consideraciones:
 34. La parte demandante señala que esta disposición permite que se tercerice la actividad principal de la empresa usuaria, lo que significa que los trabajadores de la empresa tercerizadora desempeñen la misma labor, pero con menores condiciones laborales, afectando la dignidad del trabajador. (...). 36. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece que: "La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores". 37. Dado lo expuesto, la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora carece de sustento, toda vez que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos. 38. Asimismo, corresponde advertir que los trabajadores tercerizados se encuentran subordinados únicamente a la empresa tercerizadora, siendo esta última la encargada de garantizar que los derechos laborales de este sector sean protegidos. 39. Por lo tanto, la disposición impugnada no lesiona la dignidad del trabajador en su actividad laboral, por lo que corresponde declarar infundado dicho extremo de la demanda.
 54. Así las cosas, tanto de lo establecido por la propia Ley 29245 como de una interpretación constitucional con carácter *erga omnes* emitida por el Tribunal Constitucional en el referido proceso de inconstitucionalidad, deriva la imposibilidad de sostener



razonablemente que los trabajadores de una empresa tercerizadora tienen restringidos o menoscabados en sus derechos fundamentales laborales, menos aún para utilizarlo como argumento para vulnerar la libertad de contratación. En el marco de su vínculo contractual laboral con la empresa tercerizadora, por imperio de la referida normativa, que resulta acorde con la Norma Fundamental, los trabajadores encuentran protección a sus respectivos derechos laborales (vg. protección frente al derecho arbitrario, participación en utilidades, sindicalización, remuneración digna, etc.).

55. Corresponde recordar que, en basta jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha enfatizado la necesidad de diferenciar la inconstitucionalidad “en la norma” de la inconstitucionalidad “en la aplicación de la norma”. Desde luego, si bien no es posible descartar que una irrita aplicación de la normativa concernida, dé lugar a una violación de los derechos laborales de los trabajadores de una empresa tercerizadora, ello no debe confundirse con que la inconstitucionalidad necesariamente anide en la aludida normativa en sí. Se trata de dos planos de análisis distintos.
56. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 0013-2014-PI/TC, ya ha descartado que la Ley 29245 resulte inconstitucional, incluso en su permisión de que resulte tercerizada la actividad principal de la empresa usuaria, y ello, justamente, porque, de acuerdo a la normativa, en ningún caso, ello puede dar lugar a la restricción de los derechos laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora.
57. Es competencia, en primera línea, del MTPE garantizar que ello luego no resulte inobservado por una indebida aplicación de la normativa; a ello debe apuntar, justamente, una escrupulosa supervisión del fenómeno de la tercerización. Empero, tal competencia no le autoriza a emitir disposiciones reglamentarias que quebranten la Constitución y las leyes.
58. Ahora bien, en el ámbito de los derechos de los trabajadores es prudente atender a la respectiva naturaleza de cada uno. Existen algunos cuyos alcances son dependientes de las características propias de la empresa con la que se mantiene el vínculo laboral. Así, por ejemplo, el derecho a la participación de utilidades es dependiente del tipo de renta que genere la empresa y de su cantidad de trabajadores. Mientras que otros derechos laborales son dependientes de la



naturaleza de la labor que se realiza. Así, por ejemplo, el derecho a una remuneración equitativa apunta *prima facie* a que los trabajadores que realicen una misma labor, reciban una misma remuneración. Empero, corresponde recordar que el también llamado principio de isonomía salarial, permite tener presente otros criterios además de la naturaleza de la función desarrollada, tales como la experiencia y el nivel de especialización, para determinar si se justifica o no una distinta remuneración. Una adecuada supervisión en la protección de los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora, debe tener presente estos factores.

59. Por lo demás, en la referida sentencia también se precisó (cfr. fundamentos 25 y 26) que, tal como lo señala el artículo 5 de la Ley 29245, el incumplimiento de algún requisito del contrato de tercerización produce su desnaturalización, con el consecuente reconocimiento de la relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal, lo que evita que se presenten situaciones de simulación o fraude. Así, inclusive, en la citada sentencia se identificaron procesos de amparo conocidos por este Tribunal donde se advirtió la desnaturalización de contratos de tercerización y se determinó la existencia de una relación laboral (cfr. Sentencias recaídas en los Expedientes 04297-2012-PA/TC; 01671-2013-PA/TC; y 07110-2013-PA/TC).
60. Lo expuesto, permite concluir que el Decreto Supremo 001-2022-TR, al vulnerar el principio de jerarquía, a su vez, vulnera el derecho fundamental a la libertad de contratación, motivo por el cual corresponde estimar la demanda en este extremo.
61. Esta vulneración del derecho a la libertad de contratación constituye también una modificación arbitraria de las reglas estipuladas al momento de contratar, quebrándose las expectativas razonables generadas en el empresariado, y, por consiguiente, vulnerándose el principio de seguridad jurídica.
62. En cuanto a la presunta vulneración del derecho a la libertad de empresa, de autos no se aprecia ella, ya que las restricciones advertidas no inciden directamente en la libertad de la actora de dirigir, planificar, ni de establecer sus propios objetivos. Sobre este punto, se puede observar que se está ante una empresa constituida y que tiene acceso al mercado, con una dirección y organización, razón por la cual corresponde desestimar la demanda en este extremo.



63. Puede apreciarse, en definitiva, que la normativa sobre tercerización, debidamente interpretada a la luz de la Constitución, establece un marco debidamente protector de los derechos de los trabajadores, cuyo cumplimiento exige ser estrictamente supervisado por el MTPE.
64. En el ámbito de tal supervisión cobran singular importancia el artículo 5 de la Ley 29245, que establece que la desnaturalización de los contratos de tercerización origina que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, y el artículo 9 de la misma ley, que dispone que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado.
65. En ese sentido, la aludida normativa no puede ser entendida como un incentivo a un fenómeno tercerizador que deshumaniza al trabajador, sino, por el contrario, como un incentivo a la institucionalización de un empresariado que, utilizando constitucional y prudentemente esa herramienta, se compromete con el desarrollo y con la función social que la Constitución le exige. Tal como ha sostenido el Tribunal Constitucional, “el absoluto abstencionismo estatal frente al desenvolvimiento del mercado, bajo la premisa de que la mejor regulación de la economía es la ‘no regulación’, es una falacia propia de las ideologías utilitaristas, que pretenden convertir al egoísmo en una virtud y a la solidaridad en un vicio. Es por ello que al Estado le compete supervisar el correcto desenvolvimiento de la economía, previo convencimiento de la función social que ella cumple en la sociedad” (cfr. Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-PI/TC, fundamento 42). Y es que, tras la célebre frase *tanto mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario*, subyace la idea de un correcto entendimiento de la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución) y, por ende, de un constitucional equilibrio entre la convencida promoción y protección de las libertades económicas y empresariales, y la firme vigilancia por parte del Estado en aras de que ello se despliegue respetando la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.



Efectos de la sentencia

66. En mérito a lo expuesto, se observa que el Decreto Supremo 001-2022-TR, en lo que respecta a las modificaciones introducidas en los artículos 1, 2 y 5 del Decreto Supremo 006-2008-TR, así como su única disposición complementaria transitoria, contravienen los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y la libertad de contratación. De igual manera, la inconstitucionalidad también se advierte de la modificación a los artículos 8 y 9 del Decreto Supremo 006-2008-TR, ya que se relacionan con la obligación de modificar los contratos vigentes y los supuestos de desnaturalización, respectivamente.
67. En consecuencia, debe inaplicarse a la empresa recurrente, en su totalidad, el Decreto Supremo 001-2022-TR, así como debe dejarse sin efecto todos los actos que se hubieran sustentado en la referida norma.
68. Finalmente, al haberse estimado la demanda parcialmente, corresponde condenar a la parte demandada al pago de los costos del proceso, conforme al artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Por estas consideraciones, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda, por haberse acreditado la vulneración de los principios de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, así como la libertad de contratación.
2. Declarar **INAPLICABLE** a la demandante el Decreto Supremo 001-2022-TR y, en consecuencia, déjense sin efecto todos los actos que se hubieran sustentado en la referida norma.
3. **CONDENAR** a la parte demandada al pago de los costos del proceso.
4. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ



**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO
HERNÁNDEZ CHÁVEZ**

Con el debido respeto por la posición de mis distinguidos colegas, emito el siguiente voto singular, en tanto discrepo del fallo adoptado en la ponencia suscrita por la mayoría. Las razones que sustentan mi posición se resumen en lo siguiente:

1. Con fecha 11 de octubre del 2022, la empresa recurrente interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral, solicitando que se declare inaplicable a su caso el DS 001-2022-TR, que modifica el DS 006-2008-TR que aprueba el Reglamento de la Ley 29245 y el DL 1038, que regulan los servicios de tercerización.
2. Alega que su vigencia y eficacia vulneran sus derechos a la libertad de empresa, libertad de contratar y a la propiedad, contraviniendo además los principios de seguridad jurídica y jerarquía normativa.

Sobre la constitucionalidad de la tercerización de servicios

3. Es importante señalar que el artículo 3 de la Ley 29245 (entre otras de sus disposiciones) fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad que generó el Expediente 00013-2014-PI/TC, la cual fue declarada infundada en su momento. Así, el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento precisó que la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales carecía de sustento, en la medida en que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos; siendo así, la empresa tercerizadora, a la que se encuentran subordinados los trabajadores, debe garantizar la protección de sus derechos laborales ⁽⁴⁹⁾.
4. También se precisó que el incumplimiento de algún requisito del contrato de tercerización produce su desnaturalización, con el consecuente reconocimiento de la relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal, lo que evita que se presenten situaciones de simulación o fraude.
5. Lo mencionado en el párrafo anterior se condice con la línea jurisprudencial de los procesos de amparo conocidos por este Tribunal donde se advirtió la desnaturalización de contratos de

⁴⁹ Cfr. STC N° 00013-2014-PI/TC (f. 34 al 38).



tercerización y se determinó la existencia de una relación laboral (Cfr. STC 04297-2012-PA/TC; 01671-2013-PA/TC; y 07110-2013-PA/TC) (⁵⁰).

6. Debe quedar claro que tanto el Tribunal Constitucional como el ordenamiento jurídico peruano, a través de la Ley 29245 han permitido que, en el ejercicio de las libertades económicas, esto es, la libertad de empresa, la libre iniciativa privada y la libertad de contratación, un agente económico pueda tercerizar servicios con otro, y que dicho ejercicio de sus libertades se encuentra enmarcado por el propio ordenamiento jurídico y la interpretación vinculante del mismo. Así, esta modalidad de contratación no vulnera *per se* los derechos laborales de los trabajadores que forman parte del agente económico que presta el servicio tercerizado, sino que deberá de presentarse alguno de los supuestos antes planteados para acreditar finalmente una desnaturalización o no de la relación contractual y, por tanto, una afectación a los derechos laborales.
7. Ahora bien, la labor de fiscalización orientada a la tutela de los derechos laborales corresponde a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), la cual, en el marco de sus competencias y la normativa aplicable en materia de tercerización laboral, está facultada para ejercer su función inspectiva. En caso de advertir una posible vulneración de derechos, podrá iniciar el procedimiento administrativo respectivo a fin de determinar responsabilidades, y de ser el caso, imponer las sanciones que resulten pertinentes. Ello sin perjuicio de que también, si un trabajador o un determinado grupo de trabajadores por parte de una empresa tercerizadora de servicios considera que la relación de su empleadora con otra empresa en realidad persigue una finalidad de desnaturalización, puedan acudir a la vía ordinaria a cuestionarlo.

Sobre la procedencia de la demanda

8. En mi posición, las resoluciones emitidas por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi que disponen la inaplicación con efectos generales de una barrera burocrática ilegal no poseen la fuerza normativa suficiente para que se produzca la sustracción de la materia; el mandato de inaplicación de la norma por parte de Indecopi no implica su derogación o inconstitucionalidad, y la existencia de una acción popular en

⁵⁰ Cfr. STC N° 00013-2014-PI/TC (f. 25 y 26).



trámite no resulta una causal de improcedencia de la demanda de amparo, conforme lo ha desarrollado en los fundamentos jurídicos 1 al 16 de STC 03097-2024-PA en lo relativo a la diferencia entre el control realizado en un proceso de amparo y el control realizado en los procesos de acción popular e inconstitucionalidad, por tratarse de dos procesos constitucionales de diferente naturaleza y alcances: el proceso de amparo es uno de tutela de derechos (control concreto), y los procesos de acción popular y de inconstitucionalidad son de tipo normativo (control abstracto).

9. En ese sentido, la existencia de la Resolución 0270-2023/CEB-INDECOPI que dispone la inaplicación con efectos generales del Decreto Supremo 001-2022-TR no puede constituir para el caso concreto un supuesto de sustracción de la materia.
10. No obstante, ello no supone que los criterios desarrollados por el Indecopi a través de sus órganos resolutivos no deban ser observados por los órganos que conforman el sistema de administración justicia, en tanto son lineamientos establecidos por una entidad técnica especializada.

Análisis de la controversia

11. La Ley 29245 – Ley que regula los servicios de tercerización señala lo siguiente:

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.

12. Del contenido de los artículos 2 y 3 de la Ley 29245 detallados supra se desprende que la tercerización comprende la contratación de



empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que se cumplan una serie de requisitos y permite celebrar contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

13. No obstante, mediante Decreto Supremo 001-2022-TR se creó un nuevo concepto al que se denominó “núcleo del negocio” (que sería parte de la actividad principal) y añadió una nueva causa de desnaturalización en la tercerización (desplazamiento de trabajadores para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio). Visto así, el núcleo del negocio sería parte de la actividad principal de una empresa; sin embargo, no correspondería a las actividades especializadas u obras que la ley permite tercerizar.
14. En mi opinión, los elementos que permiten identificar qué se entiende por “núcleo de negocio” resultan insuficientes al ser amplios, ambiguos e imprecisos, así como una extralimitación a lo ya dicho en la regulación contenida en la Ley, vulnerando así el principio de jerarquía normativa, ya que no se visualiza que la ley haya previsto este concepto en su contenido, así como tampoco se encontraba en su reglamento hasta la modificación introducida mediante el Decreto Supremo cuestionado.
15. En línea con lo anterior, se debe recordar además que este Tribunal Constitucional ya ha establecido en su jurisprudencia que el reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución Política, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla⁽⁵¹⁾. Además, que en otros casos, se ha mencionado que:

Los reglamentos, en consecuencia, son una fuente del derecho que se encarga de precisar los preceptos de carácter genérico, y que, en la medida en que tienen una jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean contradictorios con lo establecido en la ley, o que se trate de materias reservadas a esta. En este último escenario, si es que se identifica algún asunto que, de conformidad con la Constitución, requiere la obligatoriedad y necesaria participación del legislador, no podrá ser el reglamento la fuente responsable de regular dicha materia⁽⁵²⁾.

16. En la práctica, lo que establece la referida disposición es una restricción de las actividades especializadas u obras que la ley, bajo

⁵¹ Cfr. STC 01907-2003-PA/TC, FJ 19; STC 03250-2023-PA/TC, FJ 34.

⁵² Cfr. STC 00016-2021-AI/TC, FJ 141.



una cláusula abierta, permite tercerizar, por lo que resulta evidente que limita los alcances de la tercerización previstos en la ley. Y es que, el legislador, con el fin de evitar posibles situaciones fraudulentas en la aplicación de la tercerización y afectación de derechos laborales, consideró conveniente establecer y precisar determinados supuestos en la Ley 29245; asimismo, por mandato legal, se encomendó el deber y competencia de fiscalización de dichas relaciones a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.

17. Sin embargo, en un inconstitucional ejercicio de la potestad reglamentaria de las leyes, dicho ámbito de aplicación ha sido transgredido al dictarse el Decreto Supremo 001- 2022-TR, por lo que corresponde estimar la demanda en este extremo por la vulneración del **principio de jerarquía normativa**.
18. De igual manera, también se aprecia la vulneración del **principio de seguridad jurídica**, ya que se han efectuado cambios en el marco normativo sobre la tercerización laboral contraviniendo la Constitución Política, específicamente en concordancia con lo desarrollado previamente respecto del principio de jerarquía normativa antes aludido. Así, el Decreto Supremo cuya inaplicación se pretende, contiene una disposición que modifica las relaciones contractuales preexistentes a la propia entrada en vigencia del decreto mismo, las cuales se han llevado a cabo bajo las reglas de la ley y su reglamento, las mismas que no contemplaban prohibición alguna expresa relacionada al núcleo del negocio; por lo que, contrario a lo que señala la ponencia, no era previsible dicha limitación del derecho a la libertad de empresa y a la libertad de contratación del recurrente.
19. En cuanto a la alegada vulneración a la **libertad de contratación**, se debe tener en cuenta que la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR estableció que:

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.

Durante el plazo de adecuación a que se refiere el párrafo anterior, las empresas tercerizadoras no pueden extinguir los contratos de trabajo de los trabajadores que hubieran sido desplazados para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio, por causas vinculadas



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

con la adecuación a que se refiere la presente disposición, salvo que la empresa principal contrate directamente a dichos trabajadores.

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.

(énfasis agregado).

20. La ponencia suscrita por mayoría señala que el solo hecho de que las disposiciones del Decreto Supremo 001-2022-TR hayan desplegado efectos en la esfera jurídica de la demandante no se deriva directa e inmediatamente una vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales; no obstante, la misma ponencia contradice su propio argumento al mencionar la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR, previamente citada en el fundamento anterior del presente voto.
21. Teniendo en cuenta lo desarrollado en los fundamentos referidos a la vulneración del principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica, se advierte que se ha afectado el derecho de libertad de contratación del recurrente, en tanto la única disposición complementaria transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR citada se mantiene vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto la inaplicación con efectos generales dispuesta por la CEB de Indecopi no tiene efecto de derogación o declaratoria de inconstitucionalidad, así como tampoco la norma ha sido derogada o declarada inconstitucional o ilegal en el proceso de acción popular que se sigue contra la misma.
22. En esa línea, al estar vigente dicha disposición, resulta una intromisión en la libertad de contratación de la recurrente contraria a derecho.
23. Cabe recordar que, ya el Tribunal Constitucional ha declarado infundadas demandas previas sobre tercerización y ha reconocido la desnaturalización de contratos en casos específicos, enfatizando que la modalidad de contratación no vulnera *per se* los derechos laborales, pero que Sunafil debe supervisar el cumplimiento de la ley; siendo que, en aquellos casos en los que se ha advertido una vulneración a los derechos laborales, tanto Sunafil, el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional han reconocido tal afectación y



Tribunal Constitucional



EXP. N.º 01902-2023-PA/TC
LA LIBERTAD
[REDACTED]

dispuesto su cese, así como el reconocimiento de las relaciones laborales correspondientes.

24. Respecto a la **libertad de empresa**, se logra advertir una imprecisión normativa en las disposiciones del cuestionado Decreto, lo cual no permite a los agentes económicos tener claridad y seguridad jurídica al momento de planificar su actividad (elegir qué servicios tercerizar) en atención a sus recursos (presupuesto del agente económico u otras variables) y a las condiciones de mercado (oferta, demanda y otras variables económicas y/o jurídicas).
25. Sobre la presunta afectación del **derecho de propiedad**, no se advierte de la demanda una afectación concreta al derecho.
26. Por todo lo señalado, queda acreditado que el Decreto Supremo cuestionado afecta la libertad de empresa, en la medida que cambia los objetivos y fines económicos, y a su vez modifica u obstaculiza el poder de dirección de la actividad empresarial de la demandante, amenazando así no solo su permanencia en el mercado, sino la libertad de organización.

Por las razones expuestas, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA** en parte la demanda en lo que respecta a la vulneración del principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica, el derecho a la libertad de empresa y a la libertad de contratación; en consecuencia, declarar **INAPLICABLE** a la demandante el Decreto Supremo 001-2022-TR.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo demás que contiene.

S.

HERNÁNDEZ CHÁVEZ