

REVISTA OFICIAL DEL PODER JUDICIAL

Vol. 17, n.º 24, julio-diciembre, 2025, 377-412

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.35292/ropj.v17i24.1269>

La libertad contractual y empresarial y su tensión con la prohibición de tercerizar actividades nucleares del negocio

Contractual and Entrepreneurial Freedom, and Its Tension with
the Prohibition on Outsourcing Core Business Activities

A liberdade contratual e empresarial e sua tensão com a
proibição de terceirizar atividades nucleares do negócio

GERSON MOSCOSO BECERRA

Universidad Católica San Pablo

(Arequipa, Perú)

Contacto: gomoscoso@ucsp.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-5887-9295>

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo argumentar que la prohibición de tercerizar servicios vinculados al núcleo del negocio vulnera el ámbito formal de los derechos constitucionales del empleador a la libertad de contratación y de empresa. Esta afectación surge producto de la omisión de valoración de la naturaleza de este mecanismo de colaboración empresarial y al desconocer la cualidad binaria del poder de dirección. Dichas vulneraciones se materializan a través de la intervención estatal generada por la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR. Por tal razón, se analizará el poder de dirección como un derecho constitucional de naturaleza binaria, susceptible de optimización en contextos de tercerización, para demostrar que la prohibición de tercerización de

servicios colisiona con el contenido de la libertad contractual y de empresa. Finalmente, se propondrá la acción de amparo contra norma aplicativa como el mecanismo idóneo para tutelar los derechos constitucionales del empleador conculcados por la norma.

Palabras clave: libertad; contratación; empresa; tercerización; empleador.

ABSTRACT

The present article aims to argue that the prohibition on outsourcing services linked to the core of the business infringes upon the formal scope of the employer's constitutional rights to freedom of contract and freedom of enterprise. This infringement arises from the failure to assess the nature of outsourcing as a mechanism of business collaboration and from disregarding the binary nature of managerial authority. Such violations materialize through state intervention generated by the enactment of Supreme Decree No. 001-2022-TR. For this reason, managerial authority will be analyzed as a constitutional right of a binary nature, capable of optimization in outsourcing contexts, in order to demonstrate that the prohibition on outsourcing services collides with the content of contractual and entrepreneurial freedom. Finally, the action of *amparo* against an implementing regulation is proposed as the appropriate mechanism to protect the employer's constitutional rights infringed by the regulation.

Key words: freedom; contract; enterprise; outsourcing; employer.

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo sustentar que a proibição de terceirizar serviços vinculados ao núcleo do negócio viola o âmbito formal dos direitos constitucionais do empregador à liberdade de contratação e de empresa. Essa afetação decorre da omissão na valoração da natureza desse mecanismo de colaboração empresarial e do desconhecimento da qualidade binária do poder de direção. Tais violações se materializam por meio da intervenção estatal gerada pela edição do Decreto Supremo n.o 001-2022-TR. Por essa razão, analisa-se o poder de direção como

um direito constitucional de natureza binária, suscetível de otimização em contextos de terceirização, a fim de demonstrar que a proibição da terceirização de serviços colide com o conteúdo da liberdade contratual e empresarial. Por fim, será proposta a ação de amparo contra a norma aplicativa como o mecanismo adequado para proteger os direitos constitucionais do empregador violados pela norma.

Palavras-chave: liberdade; contratação; empresa; terceirização; empregador.

Recibido: 1/6/2025

Revisado: 6/11/2025

Aceptado: 30/12/2025

Publicado en línea: 31/12/2025

1. INTRODUCCIÓN

Tres países sudamericanos son testigos de la tendencia jurídica de prohibir el empleo de la tercerización de servicios al considerar que es un factor determinante de precariedad laboral.

Los Estados que han acogido en sus sistemas normativos la limitación de los derechos del empresario por su sola condición de empleador datan de hace más de dieciséis años. Un primer hito se marcó con la «Eliminación y prohibición de la tercerización» en el 2008, al concebirla Ecuador como una forma de contratación que precariza las relaciones de trabajo a través de la emisión del Mandato Constituyente n.º 8 (Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, 2008).

A su vez, Venezuela promulgó la prohibición del mecanismo de flexibilidad laboral de tercerización en el 2012, bajo el motivo presuntivo de que es utilizada con la intención por parte del patrono de falsear la relación de trabajo, a través del Decreto n.º 8938 (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012).

No hace mucho, en el 2022, el Perú se integró a esta lista de países, producto de la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, que modificó el régimen de tercerización laboral (Ley n.º 29245) al prohibir

la tercerización de actividades que se encuentren comprendidas en la definición del núcleo del negocio —a las que nos referiremos en adelante como actividades nucleares—.

En este contexto, el legislador peruano optó por proscribir la subcontratación de actividades nucleares, medida que resultó controvertida desde su proceso de prepublicación por carecer de exposición de motivos, hecho que se comprueba periféricamente a través del envío del documento que justificó su emisión dos meses después de su entrada en vigor. Ello generó una motivación ulterior, al contravenir el principio de jerarquía normativa, ya que al detentar el tercer nivel jerárquico (decreto supremo) en el plano legislativo, resultó inválido que modifique una norma de segundo nivel (ley).

En este sentido, la presente investigación tiene como objetivo argumentar que prohibir la tercerización de servicios referidos al núcleo del negocio afecta el ámbito formal de los derechos constitucionales del empleador a la libertad de contratación y de empresa, al quebrantar la naturaleza de la tercerización como mecanismo de descentralización de colaboración empresarial y al desconocer la cualidad binaria del poder de dirección como garante de los derechos laborales del personal desplazado.

De esta manera, resulta relevante contribuir en el debate jurídico de incidencia constitucional como laboral, a través del análisis del marco doctrinal y jurisprudencial empleado por el autor, puesto que no resulta admisible aplicar la presunción de fraude a la ley en contra de la empresa cliente y tercerizadora para limitar, a través de la emisión de una norma, el ejercicio de sus derechos constitucionales a la libertad de contratación y de empresa.

De este modo, para alcanzar el objetivo planteado, la estructura del presente manuscrito estará organizada en siete secciones. En primer lugar, se desarrollará la cualidad del empleador como sujeto de derecho y titular de derechos constitucionales, para así abordar, en segundo lugar, el poder de dirección y su concepción binaria como derecho constitucional. En tercer lugar, describiremos el contexto normativo regional sobre el fenómeno de la tercerización y su relación con el fraude a la ley, para arribar, en cuarto lugar, al análisis central de la experiencia

peruana. En la quinta parte se identificarán los derechos constitucionales que son afectados con la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR y en qué medida serían optimizados. Seguidamente, en el sexto apartado se demostrará la invalidez de la norma desde el sistema valorativo de Norberto Bobbio, y en el último apartado se planteará la acción de amparo contra norma autoaplicativa como mecanismo efectivo de protección de los derechos constitucionales del empleador.

2. EL EMPLEADOR COMO SUJETO DE DERECHO Y TITULAR DE DERECHOS CONSTITUCIONALES

La fuente que nutre la facultad del empleador de proteger sus derechos constitucionales e iniciar acciones judiciales para lograr su tutela es su cualidad de sujeto de derecho al constituirse como un ente abstracto —persona jurídica— susceptible de protección de intereses colectivos.

No obstante, existe una concepción pretérita que si bien ha quedado obsoleta en la doctrina, aún es concebida por un sector de la judicatura peruana¹. Este hecho se comprueba a través de las decisiones emitidas en procesos constitucionales de amparo iniciados por empresas clientes y especializadas en brindar servicios de tercerización por inaplicación del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR.

1 Poder Judicial (2023c). Resolución n.º 7, Expediente n.º 00879-2022-0-0201-JR-CI-02; Corte Superior de Justicia de Lima (2023). Resolución n.º 22, Expediente n.º 00756-2022-0-1801-SP-DC-03; Poder Judicial (2023g). Resolución n.º 16, Expediente n.º 00179-2022-0-2402-JR-CI-01; Poder Judicial (2022f). Resolución n.º 7, Expediente n.º 03613-2022-0-1601-JR-CI-05; Poder Judicial (2023f). Resolución n.º 12, Expediente n.º 03613-2022-0-1601-JR-CI-05; Poder Judicial (2023d). Resolución n.º 7, Expediente n.º 3110-2022-0-1601-JR-CI-05; Poder Judicial (2023b). Resolución n.º 4, Expediente n.º 2886-2022-0-1601-JR-CI-07; Poder Judicial (2022b). Resolución n.º 6, Expediente n.º 01580-2022-0-2001-JR-CI-04; Poder Judicial (2022c). Resolución n.º 6, Expediente n.º 06974-2022-0-1801-JR-DC-10; Poder Judicial (2022a). Resolución n.º 4, Expediente n.º 07271-2022-0-1801-JR-DC-10; Poder Judicial (2022e). Resolución n.º 6, Expediente n.º 06371-2022-0-1801-JR-DC-10; Poder Judicial (2022d). Resolución n.º 6, Expediente n.º 07014-2022-0-1801-JR-DC-10; Poder Judicial (2023e). Resolución n.º 10, Expediente n.º 02853-2022-0-1601-JR-CI-01; Poder Judicial (2023j). Sentencia de Vista, Expediente n.º 02853-2022-0-1601-JR-CI-01.

Tal escenario devela el restrictivo reconocimiento de las facultades atribuidas al empleador de tutelar los derechos de los que es el principal titular, y en específico del derecho de dirección, el cual está protegido por el Convenio n.º 87 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo, 1948), que establece expresamente en su artículo 3 la facultad a los empleadores a que organicen su administración y formulen un programa de acción en función de los elementos jurídicos que tienen a su disposición en aras de proteger los intereses de la compañía, así como los intereses colectivos de los trabajadores.

Dicho lo anterior, la premisa que sustenta la tutela de los derechos constitucionales del empleador se encuentra en lo que la doctrina mayoritaria denomina como el reconocimiento de los derechos humanos de las personas jurídicas, que deriva de la dignidad de las personas físicas individualizables y los atributos del ser humano en cuanto a su esencia social que produce la creación de colectividades (De Casas y Toller, 2015).

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969; en adelante, CADH) reconoció en su preámbulo que los derechos esenciales del hombre tienen como fundamento los atributos de la persona humana, y su intérprete, a través del *leading case*, esto es, el caso Cantos vs. Argentina (2001), demarcó el hito para el reconocimiento progresivo de los derechos humanos de los entes colectivizados (Burgorgue-Larsen y Úbeda, 2011).

En esa misma línea, la Ley Fundamental de Bonn (1949) señaló que las *vereine y gesellschaften* promueven la inviolabilidad de la dignidad del hombre como base de la comunidad y justifican el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas jurídicas. Tendencia que ha sido recogida en el Perú por la doctrina (Beaumont, 2012) y por el Tribunal Constitucional peruano² (en adelante, TC), con relación a la titularidad de los derechos constitucionales del empleador como persona jurídica.

2 Expediente n.º 4972-2006-PA/TC (2006); Expediente n.º 0905-2001-AA/TC (2002); Expediente n.º 0835-2002-AA/TC (2004); Expediente n.º 4446-2007-PA/TC (2009); Expediente n.º 01881-2008-PA/TC (2008); Expediente n.º 00055-2008-PA/TC (2008); Expediente n.º 5448-2007-PA/TC (2008); Expediente n.º 4037-2008-PA/TC (2010).

3. EL PODER DE DIRECCIÓN COMO DERECHO CONSTITUCIONAL DEL EMPLEADOR

Como hemos sostenido líneas atrás, el empleador se erige como una persona jurídica titular de derechos constitucionales y garante de los derechos humanos que detentan las personas naturales que la crearon y la componen —trabajadores—.

En ese sentido, el poder-derecho de dirección se constituye como el presupuesto de las demás facultades derivadas de la libertad de empresa que el empleador está facultado a ejercer, derecho constitucional de imprescindible garantía y respeto en el entorno laboral (Casación n.º 1033-2022-Lima Este).

El panorama omnicomprendivo de esta facultad protegida por los ordenamientos constitucionales y convencionales (Iglesias, 2020) implica —siguiendo al informe «Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos» de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019)— que la protección del poder de dirección sea desplegada a todo Estado parte de la CADH.

Este deber de abstención consiste en no desplegar actos que contravengan el ejercicio de la libertad empresarial; pues de lo contrario la acción u omisión de las empresas en su sector productivo, influida directa o indirectamente por el Estado —como la prohibición de la tercerización impuesta por Ecuador, Venezuela y Perú— puede dar lugar a un supuesto de responsabilidad directa estatal por ejercer un rol intervencionista en relaciones económicas.

De ahí que sea relevante analizar con especial énfasis al Perú, Estado parte de la CADH, que prohibió a través del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR la tercerización de servicios del núcleo del negocio a efectos de determinar si se ha producido o no intervencionismo estatal que incide en las libertades económicas del empleador como en el poder de dirección como manifestación de la libertad de empresa.

En efecto, la principal facultad que encuentra una afectación en su ámbito formal —acciones que se encuentran en el legítimo alcance o esfera de funcionamiento razonable, esto es, por el núcleo duro, propio y verdadero (Toller, 2014)— es el derecho de dirección.

Este derecho posee una naturaleza binaria al constituirse como una facultad que es ejercida en la relación laboral, en operaciones económicas, civiles y corporativas, poder-derecho que se encuentra sujeto a límites externos como el de no afectar y el de garantizar los derechos del personal desplazado al encontrarse subordinado a su empleador.

De no ser así, se consumaría un escenario de desnaturalización que encuentra protección en el Perú a través del ejercicio de una acción judicial de desnaturalización de la tercerización de servicios conforme lo establece el artículo 5 de la Ley n.º 29245, disposición que se encuentra vigente desde antes de la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR.

De esta manera, comenzamos a concebir la realidad fenomenológica del poder de dirección como un derecho, *dikaion* del empleador que lo faculta a dirigir las actividades en la compañía y de las partes celebrantes de un contrato de obligaciones recíprocas.

3.1. La construcción dogmática de la concepción binaria del poder de dirección como derecho constitucional

Luego de concebir al poder de dirección como presupuesto medular de las libertades económicas y como un derecho constitucional del empleador, de naturaleza abierta como todo derecho de consagración constitucional (Alexy, 2000), es susceptible de que sea optimizado, por lo que su respeto no se debe determinar (Bäcker, 2014) por la condición del titular o por motivos presuntivos como el fraude a la ley no comprobado por un proceso.

Precisamente, se suele identificar al empleador como «la parte fuerte» de la relación laboral, situación que motiva la aplicación de la presunción (Ecuador y Venezuela) del fraude a la ley. Sin embargo, estos países no han considerado el escenario de desprotección de la libertad de contratación y de empresa de los agentes económicos que deciden celebrar una tercerización de servicios observando los estándares laborales.

Este escenario es aún más perjudicial, en los casos en los que no existe el propósito de provisionarse con el desplazamiento continuo del personal de la empresa tercerizadora, figura contractual en la que es de imposible configuración una desnaturalización, y de afectación de los

derechos laborales del personal que no se ha desplazado o que realiza de forma eventual o esporádica (Navarrete, 2018) los servicios tercerizados en el centro de trabajo de la empresa tercerizadora.

Es por esto que con mucho acierto Krotoschin desarrolla la concepción binaria del poder de dirección, que lo concibe no solo como un derecho individual que se manifiesta en la subordinación que el trabajador observa en la ejecución de sus funciones, sino también como un derecho de incidencia colectiva en alusión al orden y organización de la empresa (Krotoschin, 1962).

Este rasgo binario revela la importancia de su ejercicio en observancia de los derechos del personal, ya que, si lo concebimos desde una perspectiva individual, nos enmarcaríamos en un esquema reduccionista de la dimensión de acceso al mercado y de una permanencia irrestricta del empleador, generando un escenario perjudicial al sector productivo y a los derechos de los trabajadores.

Por esta razón, la postura que asume el autor no es de una tutela prioritaria del poder de dirección, sino que concibe a este poder-derecho desde su ámbito formal al encontrarse legítimamente limitado, de manera interna, por el contenido de los derechos fundamentales del personal tercerizado —perspectiva colectiva— y, de manera externa, por normas laborales que justifican su ejercicio.

En este orden de ideas, se comienza a develar que la norma que modificó el régimen de tercerización laboral peruano contraviene la concepción binaria del poder de dirección. Esta tensión se origina a través del impedimento de la externalización de actividades nucleares del negocio bajo la justificación de proteger los derechos laborales del personal desplazado, sin considerar las consecuencias.

Para ilustrar este punto, consideremos el caso de una compañía minera que decida contratar a una empresa tercerizadora (sea regional o internacional) para procesar mineral en sus propias instalaciones sin que medie desplazamiento continuo, este servicio se encontraría prohibido de ser celebrado, debido a que tercerizar el procesamiento del mineral se encontraría en la definición del núcleo del negocio de la empresa cliente, pese a que la Ley General de Minería de Perú en el numeral 11 de su

artículo 37 ha reconocido el derecho expreso a las empresas mineras a contratar a empresas especializadas en explotación.

En definitiva, el contrato sería inválido conforme a los alcances del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, y el empleador se encontraría impedido de poder operar sin injerencias estatales pese a que no es posible la afectación de los derechos del personal desplazado en este supuesto. Como se puede colegir, esta limitación fue emitida sin analizar los efectos que se generarían en la organización productiva de las compañías especializadas en contratación moderna.

3.2. La dificultad terminológica de concebir al poder de dirección como un derecho constitucional del empleador

Es crucial destacar que concebir a la facultad de dirección como un derecho constitucional es un desafío significativo para operadores jurídicos en el Perú. Esta dificultad persiste a pesar de que su naturaleza intrínseca como derecho económico, social, cultural y ambiental (en adelante, DESCAs) amerite un desarrollo progresivo.

Esta reticencia de concebir a los derechos de los empleadores como «derechos fundamentales inespecíficos» (Vivas, 2021, p. 332) se origina en la errónea interpretación de que no deben ser tutelados en el mismo grado o desarrollo con el que se tutelan los derechos fundamentales de los trabajadores.

Dicho lo anterior, se identifica un argumento tautológico consistente en que se otorgará tutela o no a un derecho de consagración constitucional, en función de si el titular tiene la condición de ser «la parte más débil» de la relación laboral, para determinar la optimización en mayor medida de sus derechos observando las limitaciones fijadas por el ordenamiento jurídico que operan tanto en el ámbito del derecho público como en el del privado (Rodríguez, 2013).

Por ello, si no existe una correcta comprensión de la concepción binaria del poder de dirección, en la práctica, la organización empresarial se ejercerá careciendo de un poder organizativo (Montoya, 1965) que tenga por objeto tutelar los derechos de los trabajadores, ya que es solo a través de la observancia de este deber que será legítimamente capaz

de ejecutar las actividades productivas mediante su poder directivo empresarial (Fernández Madrid, 1989).

Cabe señalar que la naturaleza binaria del poder de dirección determina, por un lado, que este no sea absoluto; y, por otro, limita la actuación del empleador como «fundador, organizador y coactor del mercado empresarial, al haber agrupado y coordinado todos los elementos necesarios y convenientes para la realización de su fin productivo» (López, 1979, p. 6).

Este postulado dogmático merece una mayor difusión, sin embargo, no está siendo asimilado por la doctrina mayoritaria. Una posible razón es la errada presunción aplicada a la tercerización que expone De Vicente (2023), al señalar que «trasciende de su consideración como factor determinante de la precariedad laboral, en la medida que su destino se mueve entre la propia deslaboralización en sí y en la violación de los derechos humanos» (p. 93).

Por lo que la aproximación correcta sobre el poder-derecho de dirección reside en que la empresa no es un lugar impermeable y ajeno al respeto, la garantía y la observancia de los derechos fundamentales de los trabajadores, pues su ejercicio resulta de eficacia irradiadora a la protección de los derechos de todos sus conformantes (Sentencia 197/1998).

3.3. El reconocimiento progresivo de los derechos del empleador

El reconocimiento del «derecho de organización de la empresa implica la facultad de organizarla en cuanto a los aspectos económicos y técnicos» (Mangarelli, 2016, p. 14), estas dimensiones han sido reconocidas por la Declaración Sociolaboral de Mercosur al denominarlas como «Derechos del empleador» (Declaración Sociolaboral de Mercosur, 2015, art. 10)³. Este ha sido el primer hito del reconocimiento expreso de los derechos del empleador en la región sur de América; sin embargo, esta declaración no resulta ser la única en su género.

3 Declaración Sociolaboral de Mercosur. «Derechos de los empleadores. Artículo 10. El empleador tiene el derecho de organizar y dirigir económica y técnicamente la empresa, de conformidad con las legislaciones y prácticas nacionales».

La legislación argentina a través de la Ley de Contrato de Trabajo reconoce facultades suficientes⁴ al empleador de organizar la empresa y de dirigirla. Esta concepción ha sido influenciada por la «doctrina tradicional, principalmente francesa, que reconoce al empresario tres facultades o poderes jerárquicos: poder directivo, poder reglamentario y poder disciplinario» (Rodríguez, 2013, p. 519). En este marco tripartito, nos enfocaremos en el poder directivo u organizativo.

Considerando los orígenes del reconocimiento progresivo de los derechos del empleador, es importante conceptualizar el ámbito formal de este poder-derecho. Es la doctrina argentina, especialmente a través de los aportes de Ackerman, la que destaca la comprensión binaria del poder de dirección.

Dicho poder se manifiesta a través de las facultades de ordenación, disposición y de armonización dirigidas al logro como beneficio del interés colectivo de la empresa y no en el interés individual del empresario, constituyéndose en el denominador común que el empleador ejerza su facultad ordenadora y conductora (Grisolia y Ahuad, 2019) de forma omnicomprendensiva (Román, 1992) en garantía y tutela de quienes la componen (Ackerman, 2022).

Esta conceptualización argentina comienza a irradiar en la judicatura peruana. De manera específica en la tutela de los derechos constitucionales del empleador a través de la Casación n.º 1033-2022-Lima Este, que reconoció por primera vez la existencia de un conflicto entre los derechos constitucionales del trabajador con los del empleador.

El alto tribunal supremo analizó en dicha casación que los derechos colectivos de los trabajadores, como el de la libertad de expresión en contextos laborales, no gozan de un mayor rango jerárquico que el derecho fundamental al honor empresarial del empleador. Preciso

4 Ley n.º 20.744. Texto ordenado por Decreto 390/1976. Bs. As., 13/5/1976. Artículo 64. Facultad de organización. «El empleador tiene facultades suficientes para organizar económica y técnicamente la empresa, explotación o establecimiento». Artículo 65. «Las facultades de dirección que asisten al empleador deberán ejercitarse con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio de la preservación y mejora de los derechos personales y patrimoniales del trabajador».

que no se puede anteponer uno sobre otro pese a la protección reforzada de los derechos de los trabajadores sindicales instaurada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo vs. Perú (2017).

Estos avances comienzan a manifestarse progresivamente en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el caso Bendeزú Tuncar vs. Perú (2023) al limitarse a analizar que el Estado parte de la CADH garantizó los recursos judiciales idóneos para que el Sr. Bendeزú cuestione su despido, custodiando de forma implícita la facultad sancionadora del poder de dirección.

Llegados a este punto, y como Rodríguez Mancini (2013) afirma, no puede negarse que existe «un conflicto de derechos fundamentales entre aquellos reconocidos a los trabajadores como ciudadanos, y aquellos otros, también constitucionales, que corresponden al empleador» (p. 534). Este avance dogmático no debe ser ajeno en el régimen de la tercerización de servicios, puesto que, de ser así, se afectaría el contenido constitucionalmente protegido de los derechos constitucionales de la empresa principal como de la empresa tercerizadora, y generaría un marco normativo que carecería de seguridad jurídica.

4. LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMO MECANISMO DE DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA

Como lo hemos mencionado anteriormente, la descentralización de servicios tiene por finalidad lograr mayor eficacia en la productividad a través de procesos de externalización mediante la subcontratación o contratación indirecta —denominada también *outsourcing* laboral— que comprende los procesos de prestación de servicios o de ejecución de una obra por parte de una empresa en favor de otra en un régimen de independencia, maximizando la producción a través de la delegación de tareas (Echaiz, 2008).

En esa línea, la *externalisation d'activités* —término acuñado por la Circular de la Comisión Federal de Bancos de Suiza— lo concibe como una «herramienta contractual aplicativa en la que una compañía encarga la prestación de servicios para la realización de una actividad de la empresa cliente» (Commission Fédérale des Banques, 1999).

Esta conceptualización europea sostiene que su efecto aplicativo reside en «la necesidad de que las compañías centren toda su atención en aquellas actividades que consideren más nucleares o vitales» (Ugaz, 2010, p. 271), pues esta herramienta de *decentralizzazione della produzione* (Messineo, 1986, p. 35) responde a la asunción de los servicios bajo su cuenta y riesgo y es responsable de los resultados que irroguen (Toyama y Vinatea, 2022).

En suma, el contrato de tercerización o *outsourcing* laboral habilita a la compañía cliente a que organice el proceso de elaboración de bienes y/o prestación de servicios para el mercado final de consumo, al no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades concretas, optando por desplazarlas a otras empresas con quienes establece acuerdos de cooperación (Sanguinetti, 2008).

4.1. La presunción del empleo de la tercerización como mecanismo de fraude a la ley laboral

Como lo hemos mencionado, Venezuela como Ecuador de forma total y el Perú de forma parcial, emplean una presunción arbitraria en el uso de la tercerización al considerar su aplicación como factor que contribuye a la desprotección de derechos laborales.

El origen de esta presunción arbitraria se remonta a la emisión del Mandato Constituyente Número 8 por el Estado ecuatoriano, que es titulado como «Eliminación [...] Prohibición de la tercerización [...] y de cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo» (Asamblea Constituyente de la República del Ecuador, 2008, párr. 14). La justificación de su emisión se encuentra contenida en su preámbulo y se circunscribe a la protección de los derechos del personal desplazado, motivo que para el legislador ecuatoriano justificaría de forma «idónea» la eliminación de la tercerización.

Al respecto, Ecuador incide en señalar que es un imperativo la eliminación de la tercerización para erradicar la injusticia laboral por ser una forma discriminatoria de contratación, ya que las empresas tercerizadoras estarían deshumanizando el trabajo e inclusive estarían desconociendo los convenios internacionales de trabajo.

En sentido similar, Venezuela en el año 2012 a través del Decreto n.º 8938 dispuso la prohibición de la tercerización al señalar que esta es utilizada como la «simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral» (Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela, 2012, art. 47). La justificación de Venezuela se resume básicamente en que las empresas evitan establecer relaciones laborales con los trabajadores a través del uso de la tercerización al obviar compromisos y obligaciones connaturales a la relación laboral, argumento que respaldaría la prohibición expresa y total de la tercerización a través de la Ley Orgánica del Trabajo —en adelante LOTTT— (Castellanos y Contreras, 2015).

Tanto la norma ecuatoriana como la venezolana coinciden en que es idónea y necesaria la prohibición de la tercerización por tutelar los derechos de los trabajadores que han sido desplazados, ya que su empleo tiene por finalidad única la de abastecer de fuerza humana a la empresa que requiere los servicios de tercerización.

Por otro lado, si nos centramos en los efectos de esta limitación, enfocándonos en la experiencia particular del Perú, la Universidad de Zurich (Colonna y Aldeco, 2024) ha realizado un estudio en el que se menciona que la vigencia de la norma que prohíbe la tercerización de los servicios referidos al núcleo del negocio impactó en las operaciones de agentes económicos en Perú debido a que su propósito consistía en poner fin al «abuso laboral».

Esto incide potencialmente en que ya no se valore a esta figura contractual como una institución de incidencia más económica que jurídica al vincular empresarialmente a la organización de una compañía con otra, con la finalidad de hacer efectivas, en una mayor medida posible, las actividades en las cuales se encuentran especializados (Ugaz, 2010).

El pretendido esquema de igualdad y proporcionalidad que se estaría buscando lograr entre el empleador y el trabajador no está siendo conseguido. Se ha producido una tensión entre los derechos constitucionales del empleador a la libertad de contratación y de empresa con la política estatal intervencionista en las libertades económicas de proteger de forma absoluta los derechos laborales de trabajadores desplazados.

Muestra de lo mencionado es la existencia en el régimen peruano de mecanismos efectivos de protección de los derechos laborales de los trabajadores desplazados (desnaturalización de la tercerización y articulación del sistema inspectivo), régimen normativo que no justificaba la necesidad de promulgar una norma que prohíba parcialmente la tercerización de servicios con base en una definición abstracta y subjetiva.

4.2. La legislación peruana y el acto normativo que prohíbe parcialmente el empleo de la tercerización

El Estado peruano ha limitado no total, pero sí parcialmente, el empleo de la tercerización pese a que su mismo ordenamiento jurídico la reconoce como una figura contractual imprescindible en operaciones económicas como las mineras (TUO de la Ley General de Minería, 1992).

Esta restricción parcial se ha materializado a través de la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR (norma que modifica el régimen de tercerización laboral en el Perú), del 23 de febrero de 2022, dispositivo que aún se encuentra vigente y que comenzó a desplegar sus efectos de manera autoejecutiva una vez vencido el período de adecuación impuesto en su Única Disposición Complementaria Transitoria, el 22 de agosto de 2022.

Para simplificar, la norma estableció la prohibición de celebrar contratos de tercerización que se encuentren referidos al núcleo del negocio. En virtud de ello, se cuestiona la creación de la «definición» del «núcleo del negocio», que proyecta cinco criterios identificadores que han generado normativa —en lo que en la teoría general del derecho se concibe como una «zona de penumbra» (García Amado, 2017)—, al otorgar al intérprete la determinación del alcance de cada uno de los cinco criterios identificadores del núcleo del negocio.

Por mencionar un par de estos criterios a modo de ejemplo, el elemento diferenciador o la actividad que suele reportarle mayores ingresos a la compañía (que según la norma identifica el núcleo del negocio) son indicadores contingentes que generan la sustitución de la libertad de organización y de actuación del mercado económico por una simplificación administrativa centralizada, obligando a las compañías a

internalizar frases productivas que por razones técnicas de especialización o de control de calidad decidieron legítimamente externalizar.

Desde su emisión hasta la fecha no existe claridad sobre qué se entiende por el núcleo del negocio, inclusive el Tribunal Constitucional al resolver la controversia del caso Lima Airport Partners no se ha pronunciado sobre el contenido de cada uno de estos criterios identificadores (Pleno. Sentencia 170/2025. Expediente n.º 03097-2024) pese a que dos años atrás, por medio de un proceso constitucional de control normativo de acción popular se declaró en primera instancia la nulidad de dicha definición por resultar subjetiva y contravenir el principio de jerarquía normativa (Expediente n.º 00756-2022).

4.3. La discrecionalidad subjetiva de los criterios de identificación de las actividades referidas al núcleo del negocio

Los «criterios» que el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR introduce en el régimen de tercerización de servicios peruano para identificar el núcleo del negocio son cinco, los cuales deben considerar: (i) el objeto social de la empresa; (ii) lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales; (iii) el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades; (iv) la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes; y, (v) la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

Estos criterios generan incertidumbre jurídica para las partes intervinientes de un contrato de tercerización, al no existir certeza ni seguridad jurídica de qué actividades se encuentran en el ámbito de aplicación de alguno de los criterios identificadores de la definición del núcleo del negocio, al ser fijados por una interpretación efectuada por el operador jurídico y por ser contingente al momento de su aplicación, y no por estar determinada por la propia norma a través de su contenido.

De tal manera, se estaría facultando de forma tácita a que el intérprete ejerza una discrecionalidad ilimitada en la determinación de los criterios identificadores sobre su «definición» del núcleo del negocio.

5. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL EMPLEADOR AFECTADOS POR LA VIGENCIA DEL DECRETO SUPREMO N.º 001-2022-TR

5.1. La libertad de empresa

El régimen laboral peruano ya concebía a la tercerización laboral como una forma legítima de organización empresarial y de contratación moderna. Ello generaba que optar por tercerizar la actividad principal constituya una expresión indubitable del ejercicio a la libertad empresarial, tanto de aquella que elige no encargarse directamente de una actividad específica como también de la empresa cuyo giro de negocio es el de prestar de forma especializada una actividad productiva.

En este punto, basta con mencionar que el Tribunal Constitucional peruano validó la legitimidad de este régimen en el caso «Ley de Tercerización», que resolvió la demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la norma referida (Expediente n.º 0013-2014-PI/TC).

Como resultado de esta declaración del TC, se estableció que el régimen de tercerización vigente antes de la emisión del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR garantiza de forma suficiente la tutela y la dignidad de los derechos del personal desplazado, por lo que resulta insostenible afirmar que en Perú no haya existido un marco normativo que tutele dichos derechos. De hecho, se establecen consecuencias ante la aplicación fraudulenta de la ley laboral, en protección del personal desplazado de forma continua a través de la desnaturalización de la tercerización, como al disponer acciones de fiscalización y de sanción administrativa.

No obstante, a pesar de la declaración de la legitimidad constitucional del régimen de tercerización, el Perú optó por promulgar el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, en contravención al principio de no regresividad de los derechos constitucionales del empleador, al partir el legislador de una errónea comprensión que involucraría un reconocimiento menor de derechos laborales y que genera precarización (Expediente n.º 0013-2014-PI/TC).

En la sentencia del caso «Ley de Tercerización», el sumo intérprete de la Constitución esbozó de forma tácita, por primera vez a nivel jurisprudencial, los alcances del estándar del poder de dirección en su

dimensión binaria al señalar que «la tercerización constituye un tipo de organización empresarial [...] [en la que] la empresa tercerizadora [...] debe garantizar que no se restrinja ningún derecho laboral» (Expediente n.º 0013-2014-PI/TC, fundamento 59).

Con base en lo expuesto, es susceptible argumentar que el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR afecta la facultad de la empresa a ejecutar su autoorganización sin poder beneficiarse de las compañías que presten servicios de tercerización que estén referidos a su actividad principal, al estar imposibilitadas de desarrollar en sus variadas formas actividad empresarial y que en buena cuenta consiste en la más esencial capacidad de que funcione sin ningún tipo de traba administrativa (Expediente n.º 2802-2005; Expediente n.º 4972-2006). Esta línea argumentativa ha sido acogida por la judicatura peruana tras dos años de litigios constitucionales desde que se encontró vigente el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR conforme ha resuelto el Juzgado Mixto de Caylloma⁵ de Chivay en la Sentencia de Vista n.º 210-2024.

En este orden de ideas, verificamos la vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la libertad empresarial del empleador en la manifestación de elección del sector económico en el que se especializará y la forma en la que realizará actividades especializadas. Un supuesto específico es la tercerización de actividades nucleares en el sector minero, el cual reconoce a la tercerización como un elemento esencial respecto del que debería estar incólume el derecho de permanecer en el mercado ofreciendo sus servicios sin restricciones ilegales y burocráticas (Resolución n.º 0270-2023/CEB-INDECOPI)⁶.

5 Sentencia de Vista n.º 210-2024, Expediente n.º 00159-2022-0-0405-JM-CI-01, 15 de mayo de 2024, en el proceso de acción de amparo contra norma autoaplicativa seguido por AMG Auplata Mining Group Peru S. A. C., por inaplicación del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR en contra del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral.

6 Emitida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, que declaró barrera burocrática el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR y el literal b del artículo 5 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR. Adicionalmente conviene precisar que se encuentra vigente la Resolución n.º 0355-2022/SEL-INDECOPI contenida en el Expediente n.º 000070-2022/CEB, que declaró medida

La afectación a la dimensión autoorganizativa desde la entrada en vigor de la norma no solo se produce en el mercado extractivo, sino también en los siguientes sectores: petrolífero (Expediente n.º 07271-2022), aeroportuario, en el transporte en pista o plataforma y la extinción de incendios (Expediente n.º 03097-2024-PA/TC); explotación de canteras (Resolución n.º 0072-2023/SEL-INDECOPI); en los servicios de gestión clínica (Expediente n.º 03613-2022); en el sector de saneamiento y de agua potable al encargar a un tercero la lectura de medidores, distribución de recibos e instalaciones de conexiones (Expediente n.º 03110-2022), y en el sector eléctrico de suministro de energía (Expediente n.º 02853-2022) a través de la operatividad connatural que se ejerce a través de la tercerización de actividades de mantenimiento amparadas por el artículo 232 del Decreto Supremo n.º 009-93-EM (Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas).

Por tanto, la prohibición contenida en el artículo 2 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR limita a los empleadores de dichos servicios especializados a participar de la «competencia entre actores económicos, esto es a la libre concurrencia con otros empresarios especializados en tercerizar servicios a fin de competir por las preferencias de los usuarios y consumidores, ello a fin de obtener un provecho económico» (Expediente n.º 01405-2010) que «redunde en su propio bienestar y el de su entorno, así como de toda la sociedad» (Landa, 2020).

5.1.1. La dimensión medular del poder organizativo

Una de las prácticas que resultan de esencial determinación en la práctica del litigio constitucional como en el análisis iusconstitucional es identificar qué dimensión del contenido del derecho fundamental estaría siendo vulnerada o ha sido afectada.

Veamos, la libertad de empresa no se limita únicamente a otorgar la facultad a la persona natural de poder crear una compañía, concebirla de esta forma generaría un reduccionismo de los derechos constitucionales de la persona jurídica. Por lo que la concepción que se encuentra en

cautelar de oficio la inaplicación del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR a los actores que se encuentren en el ámbito de aplicación de la norma.

su ámbito formal hace alusión a su construcción óntica, esto es, de concebirla no solo como una facultad de acceso otorgada a la persona natural, sino también a la persona jurídica que genera la composición de las posiciones ius-fundamentales de autoorganización y cesación (Expediente n.º 00055-2008).

En particular, estas posiciones amparan el derecho a decidir cómo desempeñarse en el mercado, cuál es la actividad económica por desarrollar, cómo se configurará la organización de la actividad, a quiénes se contratará, y a decidir la permanencia en el mercado.

De esta manera, la tercerización de actividades es una materialización del ejercicio de la libertad de organización empresarial. Ello es así porque la libertad de organización garantiza que una empresa decida entre desarrollar una actividad específica o asumir el costo de contratar a un tercero para tal efecto (Expediente n.º 0013-2014); puesto que los «elementos centrales en la organización empresarial y sobre los que decide el empresario y sus colaboradores; esa elección es, además, parte de la libre iniciativa» (Kresalja, 2009, p. 67).

Asimismo, la libertad empresarial que faculta a tercerizar sin injerencias estatales inclusive se ve reforzada por un elemento que compone su núcleo duro, que es el «principio de la libre competencia, el Estado no debe intervenir en la economía y en los contratos para no distorsionar la competencia» (Landa, 2020, p. 130).

Esta modificación normativa interviene en la configuración legal del contenido esencial del derecho, por lo que el legislador peruano, lejos de lograr la finalidad perseguida a través de su emisión y de proteger los derechos del personal desplazado, no ha considerado los efectos que despliega el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR en la facultad del empleador para celebrar relaciones de tercerización, situación que genera un estímulo negativo con relación al ejercicio de la libre iniciativa privada.

5.1.2. Vulneración del ámbito formal de la libertad empresarial

Consecuencia directa de la vigencia del último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR es la conculcación del derecho que detenta la empresa principal de poder actuar en el mercado en su

posición de acreedor, como también de la empresa tercerizadora que brinda el servicio en su calidad de deudor de no poder ejecutarlo.

Este hecho genera que se vean impedidas de planificar sus actividades empresariales, situación que determinaría la contravención a la dimensión de cesación, ya que se estaría incitando a las empresas tercerizadoras a salir del mercado por no poder ejecutar relaciones de *outsourcing* laboral sin injerencias estatales.

De este modo, el legislador peruano estaría inobservando el estándar de tratamiento de razonabilidad y proporcionalidad en las condiciones que deben ser establecidas por el Estado para el ejercicio de actividades económicas, ya que lo que debió perseguir es que «las licencias, permisos o requisitos de seguridad no se conviertan en trabas administrativas para el desarrollo empresarial» (Landa, 2020, p. 130).

Por tanto, este derecho fundamental debe ser ejercido en función de la capacidad de poder operar sin más traba administrativa que aquella que suponga el cumplimiento de requisitos razonablemente necesarios según sea la naturaleza de la actividad a desplegarse en el mercado (Expediente n.º 2802-2005).

En contraposición directa al núcleo duro de este derecho, la norma impone una barrera sustancial al prohibir la tercerización de actividades que conforman el núcleo del negocio. Dicha medida limita la facultad autoorganizativa de las compañías, obliga al sector productivo a ejercer relaciones económicas de determinada manera con sus clientes e impone un modelo de organización empresarial que no emplee la tercerización de servicios con relación a aquellas actividades nucleares que se encuentren en los alcances de los criterios identificadores.

En definitiva, el efecto de esta prohibición conlleva un desincentivo tácito del ejercicio de la libertad empresarial (Auris, 2024) a través de relaciones contractuales de descentralización productiva, situación que se agravó en mayor medida en las empresas clientes al encontrarse expuestas, en el escenario contingente, a sanciones con multas cuantiosas, como las determinadas por el Decreto Supremo n.º 015-2022-TR en caso se inobserven las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR.

5.2. Libertad de contratación

Los alcances normativos del numeral 14 del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución peruana que reconoce el derecho constitucional a la libertad de contratación establecen que los contratos no pueden modificarse por leyes o disposiciones posteriores.

Este derecho se cimenta en el principio de autonomía de la voluntad, compuesto por la libertad de conclusión, entendida como la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y la configuración interna (Expediente n.º 01405-2010), que forman parte de las libertades que integran el régimen económico, dimensiones que componen el contenido mínimo o esencial (Expediente n.º 0835-2002) del derecho a la libre contratación.

5.2.1. Los límites internos de la libertad de conclusión y de configuración interna

Consideramos conveniente formular un argumento analógico al momento de analizar las dimensiones del derecho a la libertad de contratación desde la perspectiva del «tridimensionalismo» (Fernández Sessarego, 1999), que se erige como un postulado que explica «los tres elementos determinantes del derecho» (Reale, 2016, p. 204).

Pues bien, el tridimensionalismo de la libertad contractual (artículo 62 de la Constitución peruana) hace referencia a que

[el] contenido esencial de la libertad de contratar tiene las siguientes manifestaciones: 1. El derecho a decidir la celebración o no de un contrato; 2. El derecho a elegir con quién contratar; 3. El derecho de regular el contenido de los contratos, o sea los derechos y obligaciones de las partes, que en rigor constituye la libertad contractual. (Kresalja y Ochoa, 2017, p. 43)

En síntesis, garantiza que los privados puedan pactar válidamente según las normas vigentes al momento de celebración del contrato y que los términos contractuales no puedan ser modificados arbitrariamente por leyes u otras disposiciones. Por tanto, no es jurídicamente viable que una norma pretenda injerir sobre contratos ya celebrados.

No obstante, la norma constitucional prescribe una única excepción a la intangibilidad contractual que se sustenta en situaciones excepcionales a efectos de salvaguardar el interés público, situación que debe estar comprobada y justificada. Sin embargo, nada de ello ocurre en la legitimación de la prohibición de la tercerización de servicios referidos al núcleo del negocio.

5.2.2. Afectación del núcleo duro de la libertad de contratación

La vigencia del último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR afecta la libertad de contratación a través de la limitación impuesta a las partes que se encuentran inmersas en una relación de *outsourcing* laboral, como en aquellas compañías que se encuentran en el potencial escenario de celebrar este tipo de contratos.

En efecto, la norma cuestionada limita el derecho a la empresa cliente de contratar los servicios vinculados a su actividad principal, hecho normativo que afecta la libertad de contratación al estar impedida de configurar el contenido del contrato y, por tanto, imposibilitada de realizar contrataciones con empresas terceras.

Asimismo, la Única Disposición Complementaria Transitoria estableció una restricción sustancial al objeto contractual ya pactado con base en el ejercicio materializado de la dimensión de la configuración interna. Esto se comprueba en el deber de adecuación impuesto sobre los contratos de tercerización vigentes a las disposiciones del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR bajo apercibimiento de sanción, supuesto que constituye una injerencia en contratos ya celebrados (Expediente n.º 00756-2022).

En consecuencia, la vaguedad de la definición del núcleo del negocio agrava esta vulneración, debido a que empresas clientes como tercerizadoras enfrentan la incertidumbre sobre qué contratos pueden celebrarse lícitamente. Esto afecta tanto las renovaciones de contratos que están por vencerse como tratativas futuras, lo que genera un efecto paralizante al ejercicio de la libertad de contratación a través de la externalización de actividades.

6. LA INVALIDEZ DE LA PROHIBICIÓN DE TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS NUCLEARES DESDE EL SISTEMA VALORATIVO BOBBIANO

La teoría general del derecho a través del sistema valorativo de análisis de validez normativa (Bobbio, 2013) sostiene que existen tres criterios interdependientes, que tienen por finalidad identificar el «triple orden de problemas necesarios a evaluar; si la norma es válida o inválida, si es eficaz o ineficaz, o si es legítima o ilegítima» (Tantaléan, 2017, p. 7).

La norma será válida si ha seguido el procedimiento preestablecido por el ordenamiento; así, resultará eficaz si es cumplida y será legítima si su propósito persigue los fines o valores que procuran la realización de lo debido en justicia. Por tanto, existirá una norma potencialmente «perfecta» desde el esquema valorativo bobbiano, si es válida, eficaz y legítima; *a contrario sensu*, resultará imperfecta si carece de alguno de estos criterios valorativos.

Dicho esto, partamos de lo resuelto por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), que declaró como barrera burocrática ilegal la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio, y la exigencia de considerar como desnaturalización de la tercerización el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora (Resolución n.º 0270-2023/CEB-INDECOPI).

El efecto de la Resolución n.º 0270-2023/CEB-INDECOPI consiste en la disposición de la inaplicación del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR a quienes se vean afectados por la vigencia de la prohibición de tercerizar servicios nucleares. Se justificó la medida en que el motivo de la ilegalidad reside en la emisión por parte del MTPE en contravención del artículo 3 de la Ley de Tercerización, que faculta a la empresa cliente a encargar a una compañía tercerizadora que se haga cargo de una parte integral del proceso productivo sin establecer el tipo de actividades que se tercerizarán. En este punto, es importante precisar que los alcances de esta resolución en la actualidad comprenden a administrados que actúan como agentes económicos o ciudadanos que buscan acceder al mercado o permanecer en él.

Este pronunciamiento denota que si bien el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR está vigente, carece de validez solo en el sector público, ya que desde el 23 de julio de 2023 es inaplicable con «efectos generales» en el ámbito de los efectos de la declaración que únicamente alcanza a los agentes que conforman la Administración pública, según lo establece el Decreto Legislativo n.º 1256, mas no para las relaciones entre privados.

En consecuencia, la norma no tiene legitimidad normativa, al incidir con sus efectos de forma previa a la emisión del pronunciamiento de Indecopi en los derechos constitucionales del empleador. Por lo que desde el sistema valorativo bobbiano, la prohibición de tercerización de actividades nucleares impuesta por el Perú está sustentada en una norma imperfecta, ilegítima e inválida.

7. EL AMPARO CONTRA NORMA AUTOAPLICATIVA COMO MECANISMO EFECTIVO DE TUTELA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL EMPLEADOR

En atención a las acciones que se han ejercitado sobre el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR «a través de procesos de amparo, barreras burocráticas en Indecopi y acciones populares» (Toyama y Vinatea, 2022, p. 151), resulta idóneo que el empleador opte por el ejercicio de un mecanismo célere que garantice la tutela de sus derechos constitucionales.

En este escenario, y en atención a la naturaleza autoaplicativa, autoejecutiva y autosuficiente (Pleno. Sentencia 384/2022. Expediente n.º 03902-2019-PA/TC), la norma incide de forma directa, inmediata e incondicionada sobre la esfera jurídica del empleador, en la medida que no requirió de una reglamentación posterior para desplegar efectos.

Así, la idoneidad de emplear la acción de amparo reside en garantizar la tutela del ámbito formal de los derechos constitucionales a la libertad de contratación y de empresa al haber sido limitados por una norma que incide autoejecutivamente en el núcleo duro de ambos derechos, siempre y cuando el empleador compruebe que ejerce relaciones de tercerización, se encuentre en el ámbito de aplicación de la norma y solicite la inaplicación para su caso específico y no de forma general.

La finalidad de optar por este mecanismo reside en evitar que el perjuicio resulte irreparable por la vigencia de la norma, dado que aún la norma se encuentra vigente al no existir un pronunciamiento en última y definitiva instancia que declare su expulsión del ordenamiento jurídico.

Por tanto, el único medio que tutelaré los derechos del empleador que se encontraba inmerso en relaciones de tercerización, sin que medie un control normativo del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR, es la acción de amparo contra norma autoaplicativa.

Esto debido a que la prohibición de tercerizar actividades nucleares ha irrumpido e irrumpe sobre las actividades productivas de empresas dedicadas a labores de colaboración empresarial, y afecta el adecuado desarrollo de los contratos de tercerización que se fuesen a considerar bajo el ámbito de lo que se entienda como núcleo de negocio, definición que crea un «clima de total inseguridad jurídica en el mercado» (Chang, 2022, párr. 34).

8. CONCLUSIONES

Primera. La prohibición de tercerizar actividades «nucleares» transgrede el contenido esencial de los derechos constitucionales del empleador a la libertad de contratación y de empresa. Esta afectación se materializa en la imposición de una restricción desproporcionada de la facultad organizativa al desvirtuar la naturaleza de la tercerización de servicios como mecanismo legítimo de colaboración empresarial, sustentando la restricción en criterios identificadores imprecisos, abstractos y subjetivos para determinar qué servicios se encuentran comprendidos en la definición del núcleo del negocio.

Segunda. El Decreto Supremo n.º 001-2022-TR adolece de vicios que comprometen su validez, su eficacia y su legitimidad desde la aplicación del sistema valorativo bobbiano. Su aparente validez formal vulnera el principio de jerarquía normativa por contravenir la Ley de Tercerización, mientras que su eficacia se enerva por pronunciamientos emitidos por Indecopi y por el Poder Judicial que determinan su ilegalidad. Fundamentalmente, no es legítima, por carecer de proporcionalidad

al sacrificar libertades económicas fundamentales como la libertad de contratación y de empresa, sin justificar por qué es una medida idónea, necesaria e indispensable que consolide la protección de los derechos laborales del personal desplazado, más aún cuando el ordenamiento jurídico peruano establece mecanismos contra el uso fraudulento de la tercerización.

Tercera. El poder de dirección en su concepción binaria conjuga la organización interna de la compañía con el respeto de los derechos del personal desplazado y demuestra que la prohibición impuesta por el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR aplicó una presunción del fraude a la ley de la tercerización de servicios como regla. No obstante, la tercerización puede y debe ser compatible con la tutela efectiva de los derechos laborales, especialmente cuando no exista un deliberado propósito de provisionarse con el desplazamiento continuo de personal, sino, por el contrario, de aplicar esta forma de contratación en observancia de los límites internos y externos que tiene todo derecho constitucional.

Cuarta. La acción de amparo contra norma autoaplicativa se erige como el mecanismo procesal idóneo y célere de protección de los derechos constitucionales de las empresas clientes y tercerizadoras frente a una norma de carácter autoaplicativo como los artículos 1 y 2 del Decreto Supremo n.º 001-2022-TR. Este remedio no solo busca la inaplicación de las normas referidas al caso concreto, sino también reafirma la vigencia del principio de supremacía constitucional y de interdicción de la arbitrariedad en actividades económicas.

REFERENCIAS

- Ackerman, M. (dir.). (2022). *Ley de Contrato de Trabajo comentada* (3.^a ed., t. I). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Alexy, R. (2000). On the Structure of Legal Principles. *Ratio Juris*, 13(3), 294-304. <https://doi.org/10.1111/1467-9337.00157>

- Asamblea Constituyente de la República del Ecuador (2008). Mandato Constituyente n.º 8 (Eliminación y prohibición de la tercerización e intermediación laboral). *Registro Oficial Suplemento n.º 330*. https://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/lotaip2014/info-legal/Mandato_constituyente Eliminacion_tercerizacion.pdf
- Auris, F. (2024). *Summa Laboral 2024*. Instituto Pacífico.
- Bäcker, C. (2014). Reglas, principios y derrotabilidad. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (37), 31-44. <https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.02>
- Beaumont, R. (2012). El Tribunal Constitucional peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 18, 117-137. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/3990/3504>
- Bobbio, N. (2013). *Teoría general del derecho* (4.ª ed.). Temis.
- Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda, A. (2011). *The Inter-American Court of Human Rights: Case-Law and Commentary*. Oxford University Press.
- Castellanos, H. y Contreras, A. M. (2015). Implicaciones de la prohibición de la tercerización en Venezuela. *Visión Gerencial*, (2), 341-367. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=465545899006>
- Chang, L. (2022, 12 de octubre). Problema nuclear: análisis del núcleo del negocio en el Decreto Supremo n.º 001-2022-TR. *Enfoque Derecho*. <https://enfoquederecho.com/problema-nuclear-analisis-del-nucleo-del-negocio-en-el-decreto-supremo-no-001-2022-tr/>
- Colonna, A. y Aldeco, L. (2024). *Outsourcing, labor regulations and profit-sharing: Evidence from Mexico* (Documento de Investigación n.º 2025-15). <https://www.banxico.org.mx/publications-and-press/banco-de-mexico-working-papers/%7BA551AF0E-CE4A-B0D3-D9CD-C2197A36509E%7D.pdf>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2019). *Empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Organización de los

- Estados Americanos. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>
- Commission Fédérale des Banques (1999). *Circulaire de la Commission Fédérale des Banques: Externalisation d' activités (Outsourcing)*. <https://www.finma.ch/FinmaArchiv/ebk/f/publik/mitteil/1999/m14-99-2.pdf>
- De Casas, I. y Toller, F. (2015). *Los derechos humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el sistema interamericano*. Porrúa.
- Echaiz, D. (2008). El contrato de outsourcing. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(122), 763-793. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.122.3990>
- Fernández Madrid, J. C. (1989). *Tratado práctico de derecho del trabajo* (t. 1). La Ley.
- Fernández Sessarego, C. (1999). Naturaleza tridimensional de la «persona jurídica». *Derecho PUCP*, (52), 251-269. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.013>
- García Amado, J. A. (2017). *Razonamiento jurídico y argumentación. Nociones introductorias*. Zela Grupo Editorial.
- Grisolia, J. y Ahuad, E. (2019). *Ley de contrato de trabajo comentada* (8.ª ed.). Estudio.
- Iglesias, D. (2020). Estándares interamericanos sobre empresas y derechos humanos. Nuevas perspectivas para la conducta empresarial responsable en las Américas. *Anuario de Derechos Humanos*, 16(2), 347-379. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.57394>
- Kresalja, B. (2009). *La libertad de empresa. Derecho constitucional económico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Krotoschin, E. (1962). *Tratado práctico del derecho del trabajo* (2.ª ed.). Depalma.

- Landa, C. (2020). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- López, J. (1979). *Informe previo, jurisprudencia argentina* (n.º 5094).
- Mangarelli, C. (2016). Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 4(8), 13-27. <https://doi.org/10.5354/0719-7551.2013.42694>
- Messineo, F. (1986). *Doctrina general del contrato*. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Montoya, A. (1965). *El poder de dirección del empresario*. Instituto de Estudios Políticos.
- Navarrete, A. (2018). *Tercerización e intermediación laboral. Problemática actual*. Gaceta Jurídica.
- Poder Judicial del Perú (2022a). Resolución n.º 4, Expediente n.º 07271-2022-0-1801-JR-DC-10, BO 12/12/2022.
- Poder Judicial del Perú (2022b). Resolución n.º 6, Expediente n.º 01580-2022-0-2001-JR-CI-04, BO 24/11/2022.
- Poder Judicial del Perú (2022c). Resolución n.º 6, Expediente n.º 06974-2022-0-1801-JR-DC-10, BO 12/12/2022.
- Poder Judicial del Perú (2022d). Resolución n.º 6, Expediente n.º 07014-2022-0-1801-JR-DC-10, BO 14/12/2022.
- Poder Judicial del Perú (2022e). Resolución n.º 6, Expediente n.º 06371-2022-0-1801-JR-DC-10. 14/12/2022.
- Poder Judicial del Perú (2022f). Resolución n.º 7, Expediente n.º 03613-2022-0-1601-JR-CI-05. 28/12/2022.
- Poder Judicial del Perú (2023a). Resolución n.º 3, Expediente n.º 04061-2022-42-1801-JR-DC-05, BO 17/01/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023b). Resolución n.º 4, Expediente n.º 2886-2022-0-1601-JR-CI-07, BO 28/11/2023.

- Poder Judicial del Perú (2023c). Resolución n.º 7, Expediente n.º 00879-2022-0-0201-JR-CI-02, BO 16/3/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023d). Resolución n.º 7, Expediente n.º 3110-2022-0-1601-JR-CI-05, BO 5/1/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023e). Resolución n.º 10, Expediente n.º 02853-2022-0-1601-JR-CI-01, BO 18/7/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023f). Resolución n.º 12, Expediente n.º 03613-2022-0-1601-JR-CI-05, BO 27/3/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023g). Resolución n.º 16, Expediente n.º 00179-2022-0-2402-JR-CI-01, BO 6/1/2023.
- Poder Judicial del Perú (2023h). Resolución n.º 7, Expediente n.º 03613-2022-0-1601-JR-CI-05.
- Poder Judicial del Perú (2023i). Resolución n.º 7, Expediente n.º 03110-2022-0-1601-JR-CI-05.
- Poder Judicial del Perú (2023j). Sentencia de Vista, Expediente n.º 02853-2022-0-1601-JR-CI-01.
- Poder Judicial del Perú (2024). Sentencia de Vista n.º 210-2024, Expediente n.º 00159-2022-0-0405-JM-CI-01, BO 15/5/2024.
- Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (2012). Decreto n.º 8.938, mediante el cual se dicta el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. *Gaceta Oficial Extraordinaria de la República Bolivariana de Venezuela* n.º 6.076 Extraordinario (7 de mayo de 2012). <https://www.asambleanacional.gob.ve/storage/documentos/leyes/decreto-n0-8938-mediante-el-cual-se-dicta-el-decreto-con-rango-valor-y-fuerza-de-la-ley-organica-del-trabajo-los-trabajadores-y-las-trabajadoras-20211109135532.pdf>
- Reale, M. (2016). Situación actual de la teoría tridimensional del derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 50, 201-219. <https://doi.org/10.30827/acfs.v50i0.5170>

- Rodríguez, J. (dir.). (2013). *Ley de Contrato de Trabajo: comentada, anotada y concordada*. La Ley.
- Román, M. (1992). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Grapheus.
- Sanguinetti, W. (2008). Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo. *Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, (8), 137-170. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem8-133-166.pdf>
- Tantaléan, R. (2017). La idea de investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 14(49), 1-19. <https://ojs.revistadcs.com/index.php/revista/article/view/2282>
- Toller, F. M. (2014). Metodologías para tomar decisiones en litigios y procesos legislativos sobre derechos fundamentales. En J. C. Rivera, J. S. Elías, L. S. Grosman y S. Legarre (dirs.), *Tratado de los derechos constitucionales* (t. I, pp. 107-199). Abeledo Perrot.
- Toyama, J. y Vinatea, L. (2022). *Guía laboral para asesores legales, administrativos, jefes de recursos humanos y gerentes* (10.^a ed.). Gaceta Jurídica.
- Ugaz, M. (2010). El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú. *Foro Jurídico*, (10), 271-281. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18563>
- Vicente, A. de (2023). Reforma laboral y subcontratación: una mirada desde el contexto internacional. *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, (7), 93-117. <https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/599>
- Vivas, M. (2021). De la protección constitucional de derechos laborales inespecíficos. La intimidad del trabajador ¿está preparado el TC frente a las nuevas tecnologías? *Laborem*, (7), 322-343. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem7-322-343.pdf>

Fuentes normativas y jurisprudenciales

Casación n.º 1033-2022-Lima Este. Corte Suprema de Justicia de la República (28 de febrero de 2024).

Caso Cantos vs. Argentina (2001). Corte Interamericana de Derechos Humanos (7 de septiembre de 2001).

Caso Lagos del Campo vs. Perú (2017). Corte Interamericana de Derechos Humanos (31 de agosto de 2017).

Caso Bendezú Tuncar vs. Perú (2023). Corte Interamericana de Derechos Humanos (29 de agosto de 2023).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). <https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>

Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87). Organización Internacional del Trabajo.

Declaración Sociolaboral del Mercosur (2015). https://documentos.mercosur.int/simfiles/docreunionanexos/58000_ATTb27UU.pdf

Decreto Supremo n.º 001-2022-TR. Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo n.º 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley n.º 29245 y del Decreto Legislativo n.º 1038, que regulan los servicios de tercerización. *Diario Oficial El Peruano* (23 de febrero de 2022).

Expediente n.º 0905-2001-AA/TC (2002). Tribunal Constitucional (14 de agosto de 2002).

Expediente n.º 0835-2002-AA/TC (2004). Tribunal Constitucional (10 de mayo de 2004).

Expediente n.º 2802-2005-PA/TC (2005). Tribunal Constitucional (14 de noviembre de 2005).

Expediente n.º 4972-2006-PA/TC (2006). Tribunal Constitucional (4 de agosto de 2006).

- Expediente n.º 5448-2007-PA/TC (2008). Tribunal Constitucional (22 de septiembre de 2008).
- Expediente n.º 00055-2008-PA/TC (2008). Tribunal Constitucional (26 de septiembre de 2008).
- Expediente n.º 01881-2008-PA/TC (2008). Tribunal Constitucional (2 de octubre de 2008).
- Expediente n.º 4037-2008-PA/TC (2010). Tribunal Constitucional (30 de junio de 2010).
- Expediente n.º 4446-2007-PA/TC (2009). Tribunal Constitucional (18 de marzo de 2009).
- Expediente n.º 01405-2010-PA/TC (2010). Tribunal Constitucional (6 de diciembre de 2010).
- Expediente n.º 02175-2011-PA/TC (2012). Tribunal Constitucional (20 de marzo de 2012).
- Expediente n.º 0013-2014-PI/TC (2019). Tribunal Constitucional (10 de septiembre de 2019).
- Expediente n.º 00756-2022-0-1801-SP-DC-03 (2023). Corte Superior de Justicia de Lima (8 de marzo de 2023).
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland [Ley Fundamental para la República Federal de Alemania]. *Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100-1* (23 de mayo de 1949). <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/BJNR000010949.html>
- Pleno. Sentencia 384/2022. Expediente n.º 03902-2019-PA/TC (2022). Tribunal Constitucional (22 de noviembre de 2022).
- Pleno. Sentencia 170/2025. Expediente n.º 03097-2024-PA/TC (2025). Tribunal Constitucional (16 de septiembre de 2025).
- Resolución n.º 0270-2023/CEB-INDECOPI. *Diario Oficial El Peruano* (22 de julio de 2023).
- Sentencia 197/1998, de 13 de octubre. Tribunal Constitucional de España (1998).

Financiamiento

Este artículo se ha elaborado en el marco del concurso y proyecto de investigación «UCSP-CCI2023-14» financiado por el Departamento de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

La elaboración de la investigación estuvo íntegramente a cargo del autor, quien llevó a cabo un proceso minucioso de revisión y selección de fuentes doctrinales y jurisprudenciales. Esta labor permitió la aplicación adecuada del método dogmático y funcional.

Biografía del autor

Gerson Oswaldo Moscoso Becerra es abogado por la Universidad Católica San Pablo, maestro en Derecho Constitucional y Tutela Jurisdiccional por la Universidad Nacional de San Agustín. Autor e investigador en derecho con publicaciones indexadas en Scopus y SciELO. Profesor titular del Departamento de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. Colaborador de revistas jurídicas indexadas en Scopus y SciELO, entre las cuales se encuentran: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, de la Universidad Pontificia Bolivariana; *Justicia*, de la Universidad Simón Bolívar de Barranquilla, entre otras, en temas de su especialidad.

Correspondencia

gomoscoso@ucsp.edu.pe