

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Lima, tres de noviembre de dos mil veinticinco

I. VISTA; la causa número treinta mil novecientos ochenta y nueve – dos mil veintitrés – Lima, en audiencia pública de la fecha; y, efectuada la votación con arreglo a ley, ha emitido la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

El recurso de apelación formulado por el **Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú – IDLADS PERÚ**, de fecha 17 de julio de 2023, contra la Resolución N.º 24, de fecha 04 de mayo de 2023, que declaró **improcedente la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo**; y los recursos de apelación formulados, por: i) la **Procuraduría Especializada en Materia Constitucional**, de fecha 12 de abril de 2023; ii) el **Sindicato Unificado de Trabajadores Tercerizados Operadores del Servicio de Agua Potable y Aguas Residuales – SUTTOSAPAR**, de fecha 12 de abril de 2023; iii) la **Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP)**, **Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE**, de fecha 12 de abril de 2023; iv) **Asociación Civil por la Integridad**, de fecha 11 de abril de 2023; y v) **Servicios de Agua Potable y Alcantarillado - Sedapal**, de fecha 12 de abril de 2023, todos contra la sentencia contenida en la Resolución N.º 22, de fecha 08 de marzo de 2023, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que resolvió declarar **fundada en parte** la demanda de acción popular.

II. ANTECEDENTES:

1. Demandas acumuladas

1.1. Por escrito de fecha 28 de marzo de 2022, **Mauricio Valdez Villalobos**, interpone demanda de acción popular, tramitada en el Expediente N.º 420-2022-0-1801-SP-DC-02, a efectos de que se declare la inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 01-2022-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

febrero de 2022. Centralmente, sostiene, entre otros aspectos, que: **(i)** vulnera el principio de jerarquía normativa, regulado en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado y excede los alcances de la Ley N.º 29245, así como también afecta otros derechos como el de trabajo, la libertad de empresa y la libertad de contratar; **(ii)** limita injustificadamente los alcances de la tercerización con desplazamiento de servicios, que deriva en la obligación general de las empresas de no tercerizar; **(iii)** limita el ámbito de aplicación de la Ley N.º 29245 a la cual se encuentra adscrita; modificándola pese a ser de inferior jerarquía, también modifica el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, porque incorpora el “núcleo del negocio” y se modifican los artículos 2 y 5 de dicha norma; **(iv)** introdujeron nuevas reglas que limitan la tercerización, prohibiendo su ejecución en actividades del núcleo del negocio, las que no fueron previstas en la Ley N.º 29245; y **(v)** limita injustificadamente las actividades que pueden ser objeto de tercerización, vulnera los derechos al trabajo, libertad de empresa y libertad de contratar (artículos 22, 59 y 62 de la Constitución Política del Perú).

1.2. Por escrito de fecha 25 de marzo de 2022, **Asociación Civil por la Integridad**, interpone demanda de acción popular, tramitada en el Expediente N.º 417-2022-0-1801-SP-DC-02, cuyo objeto de control constitucional es el mismo que en el proceso anterior. Adicionalmente a los citados argumentos de la otra demanda, sostiene, entre otros aspectos, que: **(i)** los cuatro primeros extremos de la resolución cuestionada infringen los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad, porque mediante un concepto abierto e impreciso prohíben la tercerización de actividades del “núcleo del negocio”, sin que se pueda predecir razonablemente en qué consiste dicho concepto o cómo puede ser aplicado; y el sexto extremo de la misma, establece una obligación de modificar los contratos, lo que atenta contra la seguridad jurídica; **(ii)** vulnera el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto la prohibición contenida en la resolución cuestionada, resulta desproporcionada respecto de lo que pretende prevenir con las consecuencias que genera; por tanto, deben anularse los extremos que crean restricciones y porque establece una obligación desproporcionada en modificar contratos; **(iii)** la Disposición Complementaria Única de la norma cuestionada contraviene los artículos 2, numeral 14, y 62 de la Constitución Política del Perú, pues los contratos sobre actividades

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

correspondientes al núcleo del negocio tienen fines lícitos y no contravienen las leyes de orden público, siendo que no solo tienen fines lícitos, sino también constitucionales; además, los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, si se pactaron válidamente según normas vigentes al tiempo del contrato; **(iv)** genera una aplicación retroactiva de la desnaturalización y obliga a modificar los contratos vigentes; así también contraviene la garantía de la libertad de las empresas tercerizadoras en su dimensión de libertad de entrada y acceso al mercado y su dimensión de libertad de cese; además, afecta la dimensión de libertad de organización de las empresas a las que impacta la norma infralegal; y **(v)** la modificación del último párrafo del artículo 5 y del segundo párrafo del artículo 9, vulneran el principio de no retroactividad, porque la nueva regulación modifica el momento desde el cual se entiende producida la desnaturalización, no desde que efectivamente ocurre, sino incluso desde antes de que ocurra: desde el desplazamiento.

1.3. Por escritos de fecha 13 de abril de 2022 y 17 de mayo de 2022, la **Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas, Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, y el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado - Sedapal** interponen demanda de acción popular, respectivamente, tramitadas en los Expedientes N.º 514-2022-0-1801-SP-DC-02 y N.º 756-2022-0-1801-SP-DC-03, respectivamente, cuyo objeto de control constitucional es el mismo que en los procesos anteriores. Centralmente, sostienen, entre otros aspectos, que: **(i)** el artículo 2 de la Ley N.º 29245 no hace distinción entre actividades “nucleares” y “no nucleares”, sino que permite que en general los empleadores puedan tercerizar cualquier actividad especializada u obra; que en el artículo 3 se señala que “entre otros”, la tercerización puede aplicarse respecto a los contratos allí reseñados; en su artículo 4, prevé lo concerniente al desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora; en el artículo 4 se refiere a las causas de la desnaturalización de los contratos de tercerización, siendo que en concordancia con su propio artículo 1, es la ley el único instrumento normativo que puede establecer tal prohibición; **(ii)** el Decreto Legislativo N.º 1038, precisa el tiempo en el que las empresas deben cumplir el requisito de pluralidad de clientes, pero no

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

precisa que las actividades principales sujetas a tercerización deben clasificarse en “nucleares” y “no nucleares”; por lo que, si su finalidad era precisar los alcances de la Ley N.º 29245, y ninguna de estas normas se refiere a ello, la norma reglamentaria no podía hacerlo; **(iii)** la norma cuestionada no modifica el reglamento, sino que regula una materia que solo le concernía a la ley, es decir, no se subordina a ella, sino que en esencia la modifica, también modifica los artículos 8 y 9 del Reglamento (Decreto Supremo N.º 006-2008-TR), los que instrumentalizan las ilegalidades antes mencionadas, **(iv)** la Única Disposición Complementaria Transitoria establece un plazo de adecuación a las nuevas disposiciones; lo que instrumentaliza la ilegalidad de la norma cuestionada, porque resulta incompatible con los artículos 62 y 103 de la Constitución Política del Perú; y **(v)** contraviene el artículo 9 de la Ley N.º 29158, porque nunca fue llevada a consulta a las comisiones técnicas del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, desdeñando el diálogo social, tampoco ha considerado la opinión técnica de la Dirección General de Asuntos de Economía Internacional, Competencia y Productividad del Ministerio de Economía y Finanzas y otros sectores; siendo esto reconocido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

2. Resoluciones impugnadas

2.1. La Resolución N.º 24, de fecha 04 de mayo de 2023, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú, que sostuvo principalmente, que del estudio de autos, la recurrente anexa la partida registral de la asociación, la que contiene el estatuto, nombramiento de directivos y poder y un libro en formato pdf titulado: “*El ejercicio abusivo de la tercerización en trabajos nucleares de la empresa*”; sin embargo, omite señalar cuáles son los argumentos que motivaron su participación en el proceso de acción popular.

2.2. La Resolución N.º 22, de fecha 08 de marzo de 2023, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada en parte la demanda de acción popular; sustentándose básicamente, en

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

lo siguiente: **(i) sobre el incumplimiento de las exigencias formales para la emisión de la resolución cuestionada**, el proceso de acción popular realiza un control abstracto contra norma de rango infralegal, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no se hayan expedido o publicado en la forma prescrita en la Constitución o la ley, según el caso; por lo que, los cuestionamientos sobre exigencias formales de la norma objeto de control, se circunscriben a la vulneración de otra disposición reglamentaria como lo es el Decreto Supremo N.º 001-2009-JUS, Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, no correspondiendo que se realice el control formal que se pretende; **(ii) sobre la vulneración del derecho al trabajo**, la norma cuestionada no regula o restringe el derecho de las personas de acceder a un puesto de trabajo en las empresas tercerizadoras, siendo que su contenido y ámbito de protección, son totalmente diferentes; **(iii) sobre vulneración al principio de jerarquía normativa y potestad reglamentaria del presidente de la República**, la norma cuestionada no modificó el concepto de actividad principal que fue previsto en el anterior reglamento, sino que más bien desde un punto de vista formal introdujo un término específico para definir las actividades especializadas y obras, como actividades relacionadas a la actividad principal, pero que no pueden tener por objeto el núcleo del negocio; es decir, formalmente se aclaró o precisó lo que significa actividad principal en el marco de un esquema de la tercerización, la que debe ser entendida como la que colabora a la realización del giro del negocio, al funcionamiento y el desarrollo del proceso productivo a excepción del núcleo del negocio; y si bien la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038, no hacen mención o precisión al término “núcleo del negocio”; sin embargo, es el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, la disposición que incorpora la actividad principal en el marco de la tercerización, siendo que la norma cuestionada formalmente realizó la aclaración o precisión al respecto, excluyendo al “núcleo del negocio”; por lo que no advierte transgresión o desnaturalización de las disposiciones legales indicadas, menos la afectación al principio constitucional de jerarquía normativa; **(iv) sobre la vulneración al principio de legalidad**, las precisiones efectuadas sobre la actividad principal en el marco del esquema de la tercerización, que incluye el núcleo del negocio, así como todas las consecuencias previstas que pudieran generarse, responden formalmente a un desarrollo reglamentario, que no necesariamente tiene que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

encontrarse literalmente o expresada en la disposición legal; además, el principio de legalidad y el de tipicidad o taxatividad fueron tratados como principio de forma independiente, permitiendo que la descripción de conductas prohibidas puedan estar en normas reglamentarias, en la medida que sea necesaria para satisfacer los intereses públicos, tampoco advirtiéndose su vulneración; **(v) sobre vulneración de los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica**, la disposición reglamentaria cuestionada establece desde su entrada en vigencia, gran incidencia en las empresas (principal y tercerizadoras), alcanzando o afectando al desarrollo de sus actividades (prohíbe, sanciona, apercibe), además, la definición sobre “núcleo del negocio”, no muestra un concepto claro de lo que se debe entender por núcleo del negocio solamente hace una precisión que como parte de la actividad principal de la empresa no puede ser objeto de tercerización, y que para identificarlo en cada caso en concreto establece criterios que deben observarse, como: 1) el objeto social; 2) lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales; 3) el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado que desarrolla sus actividades; 4) la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes; y 5) la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos; entre otros; dicha fórmula no esclarece el concepto del núcleo del negocio, sino que genera más interrogantes tales ¿cómo y de qué forma los clientes finales identifican a la empresa?; ¿cómo se identifica el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado que desarrolla sus actividades?; ¿qué se entiende por valor añadido, y de qué forma se determina?; ¿cuáles son los otros criterios?, pudiéndose plantear más interrogantes; lo que sin duda conlleva a que adopten interpretaciones amplias o determinaciones arbitrarias y contradictorias sobre el núcleo del negocio, así como que terceros u operadores del derecho, lo realicen bajo propio criterio o libre albedrío, no necesariamente coincidentes, generando más incertidumbre sobre cuál es la identificación o determinación del núcleo del negocio; ello no permite suficiente seguridad, ni concretiza ni garantiza el principio de tipicidad o taxatividad, acarreado una falta de previsibilidad o predictibilidad en su aplicación, que vulnera el principio de seguridad jurídica. Asimismo, el artículo 2 que modifica el artículo 5 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, incorpora como causales de desnaturalización de la tercerización, dos supuestos; siendo el segundo, el que prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

negocio, por lo que, vulnera los principios de taxatividad y seguridad jurídica; por tanto, la causal de desnaturalización por dicho motivo, las consecuencias sobre su inicio del desplazamiento y las sanciones que puedan imponerse tampoco tienen sustento constitucional; de igual modo, la Única Disposición Complementaria Transitoria que otorgó un plazo de 180 días calendarios para que los contratos y figuras empresariales se adecuen a las modificaciones introducidas por la norma cuestionada, con las consecuencias y sanciones correspondientes, al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, también vulnera no solo los principios de taxatividad y seguridad jurídica, por tanto, no es constitucional la prohibición ni ordenarse la adecuación contractual y menos tenerse por desnaturalizados los contratos e imponerse las sanciones correspondientes; **(vi) sobre el derecho a la libertad de empresa**, no desconoce que también existen cuestionamientos sobre el mal uso de la tercerización, con relación a las condiciones socio laborales de los trabajadores sub contratados y la posible debilitación de las organizaciones sindicales; sin embargo, identificar o determinar el núcleo del negocio no es tarea sencilla, correspondiendo a la misma empresa hacerlo, de acuerdo a su derecho a la libertad de empresa, pues este no solo garantiza a todas las personas una libertad de decisión para crear empresa, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad, en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, lo que también se reconoció en la exposición de motivos de la norma cuestionada; no obstante, conforme ya se explicó, con dicha norma no sucedería así, además, también otros terceros u operadores del derecho podrían realizarlo bajo propio criterio o libre albedrío; por tanto, estos supuestos también vulneran el derecho constitucional a la libertad de empresa. Dicha afectación se extiende a las micro y pequeñas empresas, pues al no otorgarles certeza sobre el núcleo del negocio, así como tampoco identificarlo y determinarlos, restringe el acceso al mercado, porque no podrían establecer sus propios objetivos, y menos dirigir y planificar sus actividades en función de sus posibilidades de recursos y condiciones del propio mercado, forzando incluso a la toma de decisiones de cierre o fin de actividades, conllevando a graves situaciones de desempleo o informalidad de trabajadores altamente especializados; **(vii) sobre la vulneración del derecho a la libre contratación**, este derecho se encuentra íntimamente ligado al derecho a la libertad de empresa, tan

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

es así, que sin aquel no se podrá concretizar sus objetivos, planes, estrategias, en plena concordancia con el núcleo de su negocio, y de esta manera ser competitiva en el mercado; por lo que, si se concluyó que la norma cuestionada al prohibir la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa, entonces, al ordenarse las adecuaciones contractuales bajo apercibimiento de tenerse por desnaturalizados los contratos e imponerse sanciones, también se vulnera el derecho a la libertad de contratación. Por otro lado, respecto de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la resolución cuestionada que vulneraría el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, en el presente caso, la tutela del derecho a la libertad de contratación no pasa por una intangibilidad de las disposiciones contractuales, sobre todo porque dicho derecho no es absoluto, sino que ordena adecuaciones contractuales sobre una prohibición que resulta inconstitucional; por lo que, no se advierte vulneración a dicho derecho; **(viii) sobre la vulneración del principio de no retroactividad**, la disposición reglamentaria cuestionada solo estaría regulando las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes derivados de los contratos de tercerización, tratando de corregir o enmendar declarativamente situaciones derivadas de una desnaturalización originaria en la estructura del esquema de tercerización; por lo que, resulta coherente que para los efectos señalados se tome el momento que se habría producido tal situación (desplazamiento), salvo prueba en contrario, no apreciándose vulneración a dicho principio; y **(ix) sobre la vulneración del principio de proporcionalidad**, la resolución cuestionada prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, y por otro lado, ello conlleva a poner en el tapete los derechos de los trabajadores frente al principio constitucional de tipicidad o taxatividad, el derecho a la libertad de empresa y el derecho a la libertad de contratación; así, respecto del *subprincipio de idoneidad*, la disposición cuestionada prohíbe la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio para evitar que se afecten derechos laborales de los trabajadores, siendo evidente que busca un fin constitucionalmente legítimo y en sí misma es adecuada o idónea para el logro de este fin; y respecto del *subprincipio de necesidad*, la utilización de la tercerización como forma de contratación, significaría un medio de provisión de trabajadores sin asumir directamente los costos laborales, afectando sus derechos, encontrándose frente

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

a una tercerización fraudulenta, lo que no solo implica el incumplimiento de normas de carácter laboral, sino también la afectación de una serie de derechos laborales de los trabajadores, el cual solo puede ser determinado o constatado en concreto; contrario a ello, la norma cuestionada considera concluyentemente –a priori, en abstracto y en forma absoluta- que toda tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, sirven para que la empresa evada costos laborales en perjuicio de los trabajadores; en ese contexto, si la emisión de la disposición reglamentaria cuestionada buscaba la protección de los derechos constitucionales de los trabajadores frente a esa clase de tercerización, como alternativa se pudo entender que esa prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; en ese caso, el procedimiento de inspección del trabajo, constituye la única herramienta con la que cuenta la Administración del trabajo para obtener lo anteriormente indicado, pero es la más empleada; en ese sentido, el procedimiento de inspección del trabajo no solamente contribuye al reforzamiento de la tutela en las normas protectoras de los derechos laborales, sino también posibilita el cumplimiento de lo consagrado en el ya referido artículo 23 de la Constitución Política del Perú y demás en el cumplimiento de las obligaciones previstas en el Convenio 81 de la OIT; a pesar de ello, resulta preocupante y grave que el Estado en todos los años de vigencia de la tercerización a través de sistemas inspectivos del trabajo no haya sido eficiente en la identificación y corrección de casos fraudulentos, y que en afán de remediar fácilmente esta situación, haya emitido una disposición reglamentaria como la cuestionada, en lo que respecta a los vicios de inconstitucionalidad señalados. Para el cometido de alternatividad se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, que no busca resolver el conflicto a favor del trabajador, sino a favor de la realidad como hecho objetivo, veraz y fehaciente, y sin cuya aplicación, no se hubieran podido establecer las tercerizaciones fraudulentas y la protección de los derechos de los trabajadores. Además, la prohibición de la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio, en la forma realizada y cuestionada, podría generar impactos negativos en las economías de las empresas y que se trasladarían negativamente a los trabajadores, pues no solo obliga a una reorganización empresarial con todo lo que ello significa, sino también a que se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

generen costos no proyectados. En ese sentido, la medida alternativa no solo es eficaz e idónea para alcanzar el mismo fin, sino que también es menos perjudicial en el ejercicio de los derechos constitucionales y aplicación de los principios constitucionales de los demandantes; por lo que, la prohibición al no superar el análisis de necesidad, vulnera el principio de proporcionalidad, corriendo igual suerte los demás extremos que se generen a partir de dicha prohibición, careciendo de objeto realizar el análisis de proporcionalidad en sentido estricto.

Resuelve en concreto: “2. *DECLARAR: FUNDADA EN PARTE las demandas (...); por tanto, se DECLARAN: NULOS los siguientes extremos del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR: “Artículo 1.- Definiciones (...) 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. (...)” y La Disposición Complementaria Transitoria, desde la vigencia de la disposición reglamentaria cuestionadas*”; y “3. *INTERPRETAR que el artículo 2º del Decreto Supremo Nº 001-2022- TR en el extremo que establece; “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esta forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores; INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que: “se produce la desnaturalización de la tercerización (...) b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (...) desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en ...”; y el extremo del artículo 9º, que establece que: “...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...).”*”.

3. Recurso de apelación de auto

Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú – IDLADS PERÚ, en su recurso de apelación de fecha 17 de julio de 2023, sostiene

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

principalmente, que: **(i)** no existía inconveniente en permitir el ingreso como litisconsorte facultativo de la parte pasiva, pues al ser una organización defensora de derechos humanos tenía legítimo interés en defender la legalidad de la norma que se cuestiona en el proceso de acción popular; **(ii)** solicitó su participación como litisconsorte facultativo, lo que se alinea con su fin social como organización no gubernamental en defensa de los derechos humanos y trabajadores, y que, además, como parte del estatuto social se tiene como objetivo *“la defensa legal (...) de intereses difusos y colectivos vinculados a (...) los trabajadores (...)”*, careciendo de motivación la razón por la que se declaró improcedente su intervención; **(iii)** acreditó tener competencia sobre la materia objeto de controversia, al presentar un libro en el que se analiza el decreto supremo cuestionado mediante el presente proceso; sin embargo, se declaró improcedente su solicitud, por no haber presentado argumentos para ser parte del proceso; y **(iv)** la petición de litisconsorte facultativo no debió ser resuelta por la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, puesto que al momento de resolver su escrito, ésta ya había emitido sentencia sobre el fondo del caso, por lo que, debió trasladar dicha petición a la Corte Suprema junto con las apelaciones a la sentencia.

4. Recursos de apelación de sentencia

A) Por la parte demandante:

4.1. Asociación Civil por la Integridad, en su recurso de apelación de fecha 11 de abril de 2023, plantea como pretensión, que se revoque el punto 3 de la parte resolutive de la sentencia, referida a los artículos 2 (último párrafo) y 5 (literales a) y b) del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR; y reformándola se declaren nulos los mencionados artículos.

Al respecto, sostiene básicamente, que: **(i)** la Sala afirma que la resolución cuestionada solo coadyuvó a la delimitación de lo que constituyen las actividades principales; sin embargo, ello es incorrecto, pues se evidencia una patente intencionalidad de limitar el uso de la tercerización, al introducir un concepto nuevo, tergiversando la finalidad de dicho mecanismo empresarial; **(ii)** el artículo

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

2 de la norma cuestionada incorpora supuestos no previsto en algunos de los artículos de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, estableciendo principalmente un concepto distinto al de la ley de actividades especializadas u obra, pero principalmente crea dentro de estas una distinción entre actividades nucleares y no nucleares, señalando que las primeras no son posibles tercerizarlas; además, para identificarlas señala en la fórmula “entre otros”, una serie de condiciones que son genéricas y abstractas, y que escapa de los márgenes de las normas legales que pretende reglamentar, debiendo ser estudiado ello, a la luz de las sentencias de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional; **(iii)** el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 008-2006-TR, modificado por la norma cuestionada, incorporó un párrafo en que se recalca que no es posible utilizar la tercerización con desplazamiento en el caso de las actividades que forman parte del núcleo del negocio; sin embargo, la Ley N.º 29245 o el Decreto Legislativo N.º 1038, en ninguna parte limitan la tercerización en cuestión solo a las actividades principales nucleares, con lo que se evidencia que la norma impugnada es claramente ilegal, al superar los márgenes legales; **(iv)** no se consultó con otros sectores a los cuales impacta la norma cuestionada conforme lo señala el Informe N.º 083-2022-MTPE/2/1 4.1, de fecha 08 de marzo de 2022; **(v)** las sentencias de acción popular de los Expedientes N.º 764-2011-Lima y N.º 1607-2012-Lima, así como la sentencia del Expediente N.º 13-2014-PI/TC, han dado cuenta de la legalidad y constitucionalidad de la versión inicial del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, que no diferenciaba (entre actividad nuclear y no nuclear), lo que confirma la ilegalidad de la norma denunciada; **(vi)** el artículo 5 del Decreto Supremo N.º 008-2006-TR, modificado por la norma cuestionada, no coadyuva a la delimitación de lo que constituye las actividades principales, sino que modifica sustancialmente el concepto de la tercerización, a tal punto que se ha limitado el uso de la tercerización de esta estrategia empresarial, no tratándose de una mera formalidad, sino de un cambio sustantivo que, incluso, supera a la ley; por ello, no está actuando como una norma modificadora de un reglamento, sino como una norma que crea o regula una materia que solo le concierne a la ley, lo que afecta el numeral 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, referido a la observancia de la potestad reglamentaria, y el principio de supremacía normativa, previsto en el artículo 51 de la Constitución; **(vii)** la Sala Superior aun cuando reconoce que los artículos 2

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

(último párrafo) y 5 (literales a y b) contravienen derechos y principios constitucionales de tipicidad, seguridad jurídica, libertad de empresa, libre contratación y proporcionalidad, y que deberían ser declarados nulos, opta por no aplicar el artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, en su lugar, evita que se produzcan vacíos normativos, emitiendo una sentencia interpretativa respecto de dichas normas; sin embargo, no explica lo que ocurriría de aplicar el citado artículo; y **(viii)** no se produce vacío normativo alguno, porque la ley tiene preceptos claros y, en todo caso, los principios fundamentales del derecho al trabajo impiden que ello ocurra; y porque los artículos 32 y siguientes del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, aprobado por el Decreto Supremo N.º 019-2006-TR, describe de modo claro los distintos supuestos infractores que delimitan cuándo la tercerización es ilegal y cuándo no.

4.2. Servicios de Agua Potable y Alcantarillado – Sedapal, en su recurso de apelación de fecha 12 de abril de 2023, plantea como pretensión, que se revoque el punto 3 de la parte resolutive de la sentencia, que resolvió no declarar la nulidad e interpretar el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, inciso 5.b) del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR y del segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, y reformándola, se declaren nulos los citados artículos; en consecuencia, fundada la demanda en todos sus extremos.

Al respecto, sostiene básicamente, que: **(i)** la sentencia señala que se produciría un vacío normativo si se declara la nulidad de determinados extremos de los artículos 2 y 9 e inciso 5.b) de la norma cuestionada, lo que no es cierto, pues la prohibición de tercerizaciones fraudulentas se encuentra vigente desde mucho antes de emitirse la citada resolución; por lo que no existe razón válida para mantener la vigencia de dichos extremos de la norma; además el artículo 2 de la Ley N.º 29245, que despeja cualquier duda de fraude a la personalidad jurídica, se encuentra vigente, lo mismo ocurre con el inciso 5.c) de su Reglamento y del Decreto Legislativo N.º 1038, que regulan los servicios de tercerización; también el ordenamiento jurídico contiene regulaciones destinadas a evitar tercerizaciones fraudulentas, incluso antes de la emisión de la citada ley (sentencia del Expediente N.º 2111-2010-PA/TC); por tanto, la sentencia debe ser revocada; **(ii)** el legislador con la emisión de la Ley N.º 29245 y el Decreto Legislativo N.º 1038,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

no tuvo la intención de “prohibir” lo que la norma cuestionada sí prohíbe; además, dicha ley no establece ninguna prohibición; por el contrario, la exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1038, establece dos cuestiones relevantes para declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada: a) se reconoce expresamente que la tercerización de servicios, es un método legítimo de vinculación empresarial que preexiste a la ley; y b) la finalidad de la ley fue regularizar la tercerización para evitar la mera provisión de personal, más no prohibir la tercerización de actividades que formen parte del núcleo del negocio; por lo que, la sentencia incurre en error al sostener que la norma impugnada no infringe el principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad, puesto que en ningún extremo de la Ley de Tercerización ni del Decreto Legislativo N.º 1038, se prevé restricción respecto a qué actividades podrían ser objeto de tercerización; siendo la propia ley que en su artículo 3, refiere que constituye la tercerización de servicios, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, cuando según la norma cuestionada esta formaría parte del núcleo del negocio; por lo que se infringe el principio de jerarquía normativa y el principio de legalidad; **(iii)** la sentencia incurre en error al cuestionar la intangibilidad de las disposiciones contractuales que se verían afectadas con la aplicación de la Única Disposición Complementaria Transitoria de la norma cuestionada, pues el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, prevé que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes o disposiciones de cualquier clase, y porque no es justificación señalar que “(...) *este derecho no es absoluto* (...)”, mínimamente debió justificar por qué en el caso concreto los contratos de tercerización no estarían protegidos por la garantía de la intangibilidad contractual frente a la inconstitucionalidad de la citada disposición, más aún porque los contratos que fueron suscritos al amparo de la Ley N.º 29245, cuya constitucionalidad fue ratificada por el Tribunal Constitucional; y **(iv)** la norma sobre la desnaturalización de la tercerización debe aplicarse desde que ocurre el supuesto de hecho (la desnaturalización) y no desde antes de que se realice el hecho que se subsume en la norma (con el desplazamiento); así, la Ley de Tercerización, no establece la aplicación retroactiva; por ello, la modificación al Reglamento que recién incorpora la aplicación retroactiva como nueva regla para determinar el momento de la desnaturalización es inconstitucional. El artículo 103 de la Constitución solo permite la aplicación inmediata si es que se prueba que la desnaturalización

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

ocurrió luego del desplazamiento, lo que implicaría crear la carga de prueba en una norma de rango infralegal, para exceptuar la aplicación temporal inconstitucional, solicitando que ello sea corregido.

4.3. Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE, en su recurso de apelación de fecha 12 de abril de 2023, plantea como pretensión principal: que se revoque: i) el punto 3 de la parte resolutive de la sentencia y los extremos que desestiman la contravención; ii) las exigencias formales para la emisión del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR; iii) los principios de jerarquía normativa, legalidad y proscripción de que un reglamento transgreda la ley que desarrolla; iv) a la intangibilidad contractual; y v) al principio de proscripción de retroactividad; en consecuencia, se declare fundada la demanda en todos sus extremos y se anulen las disposiciones demandadas con efectos retroactivos hasta antes de su publicación en el diario oficial El Peruano. Como primera pretensión accesoria: se anulen, con efecto retroactivo hasta el día anterior a la publicación del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, todos los actos y normas conexas que se sustente en los extremos ilegales e inconstitucionales de la citada norma, en atención al artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional. Como segunda pretensión accesoria: revocar el punto 3 de la parte resolutive de la sentencia, y que se ordene el pago de costos del proceso.

Al respecto, sostiene básicamente, que: **(i)** no es posible interpretar la prohibición de tercerizar actividades nucleares conforme a la Constitución, pues dicha prohibición no supera el test de proporcionalidad, que realiza la propia sentencia; **(ii)** la Sala no hizo una interpretación conforme a la Constitución, sino que se basó en un manifiesto error para modificar innecesariamente las disposiciones ilegales e inconstitucionales y lo hizo de una forma que genera inseguridad jurídica, pues no es cierto que anular la prohibición de tercerizar actividades nucleares o anular nuevas causales de desnaturalización de la tercerización genere un vacío, lo que ocurriría es que se vuelva a tener la regulación anterior que no contemplaba prohibición alguna, y aun así siempre protegió los derechos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

de los trabajadores y la proscripción de tercerizaciones fraudulentas; **(iii)** la norma cuestionada ni la nueva interpretación de ella, corrige el problema que la sentencia identifica; por el contrario, el primero sí vulnera gravemente la Constitución, por lo que no se justifica que se mantenga en el ordenamiento jurídico; **(iv)** la norma cuestionada no cumplió con lo establecido en el Decreto Supremo N.º 001-2009-JUS, esto es, la prepublicación, ni garantizó el cumplimiento de los principios de transparencia y participación bajo ninguna modalidad elegida; **(v)** la norma cuestionada crea una prohibición contenida en la Ley de Tercerización, la que no tenía como finalidad prohibir tercerizar actividades nucleares; prohibición que no guarda relación con la creación de la ley ni con la interpretación integral y sistemática de todas sus disposiciones, ni con la interpretación de dicha ley conforme a la Constitución; **(vi)** la prohibición de tercerizar actividades nucleares no se trata de un desarrollo de la definición de un concepto previsto en la Ley de Tercerización, sino de la creación vía reglamento de una nueva restricción, que resulta desproporcionada, vulnerando el principio de legalidad; **(vii)** la Ley de Tercerización no restringe ningún tipo de actividad de la posibilidad de ser tercerizada, lo que restringe es la forma en la que se terceriza, pero no el objeto de la tercerización, es decir, restringe que la tercerización sea una mera provisión de personal, esto es, que se trate de dos empresas autónomas que se vinculen, sino que sea una defraudación para alterar las relaciones laborales, lo que podría ocurrir sea cual fuese la actividad que se tercerice, por tanto, no garantiza que no haya tercerizaciones fraudulentas; **(viii)** la norma cuestionada al prohibir la subcontratación de actividades nucleares y al establecer como causal de desnaturalización aumentando ilegalmente las causales previstas en la ley, restringe directamente los derechos de las personas a la libertad de empresa, a la libertad contractual y a la libertad de hacer lo que no está prohibido por ley; sin embargo, el Poder Ejecutivo no podía crear tales restricciones mediante una norma reglamentaria, afectando los principios de legalidad y reserva de ley y por haber transgredido la ley que desarrollaba; **(ix)** la norma impugnada contraviene el principio de intangibilidad contractual, cuando crea causales de desnaturalización de los contratos no previstos en la ley y cuando obliga a modificar contratos vigentes; sin embargo, la sentencia concluye que el artículo 62 de la Constitución Política del Perú no estaría siendo vulnerado con la sola obligación de adecuación contractual, a pesar que es su contenido

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

constitucional; **(x)** la Sala Suprema debe revocar el extremo sobre la intangibilidad contractual y determinar que sí hubo una contravención y se vulneró el artículo 62 de la Constitución, anulando también las disposiciones que crean nuevas causales de desnaturalización no previstas en la ley; **(xi)** la modificación que se hace del último párrafo del artículo 5 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR y la modificatoria que se hace del segundo párrafo del artículo 9 del citado decreto, varía el momento desde que se entiende producida la desnaturalización de la tercerización, no desde que efectivamente ocurre (desde el desplazamiento); y el segundo extremo permite que la autoridad laboral realice tal aplicación retroactiva, lo que vulnera el principio de prohibición de aplicación retroactiva de las normas, pues conforme al artículo 103 de la Constitución, las normas surten efecto a las situaciones de hecho que se producen mientras estén vigentes; por ello, los efectos no pueden surtir desde antes de que el hecho ocurra, porque sería una aplicación retroactiva proscrita por la Constitución; siendo ello, lo que ocurre en el presente caso, pues la norma sobre desnaturalización de la tercerización se debe aplicar desde que ocurre el supuesto de hecho y no desde antes que se realice el hecho que se subsume en la norma (desplazamiento); por tanto, dicha modificatoria incorporada por la norma cuestionada es inconstitucional; **(xii)** los extremos que establecen la inconstitucional aplicación retroactiva, permite que se aplique inmediatamente; sin embargo, solo si es que se prueba que la desnaturalización ocurrió luego del desplazamiento; lo que hace es crear la carga de la prueba mediante norma de rango infralegal, para exceptuarse de una aplicación temporal constitucional, debiendo ello ser corregido por la Sala Suprema.

B) Por la parte demandada:

4.4. Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, en su recurso de apelación de fecha 12 de abril de 2023, plantea como pretensión que se revoque los siguientes extremos de la sentencia: i) punto resolutive 2, que declaró nulo, con efecto retroactivo, desde la vigencia de la disposición reglamentaria cuestionada, el extremo del artículo 1 del Reglamento sobre los elementos a tomar en cuenta para identificar el núcleo del negocio de la empresa principal; ii) punto resolutive 2, que declaró nulo, con efecto retroactivo, la Única

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, sobre el plazo de adecuación de los contratos y figuras empresariales a lo establecido en el Reglamento; y iii) punto resolutivo 3, que establece un sentido interpretativo de determinados extremos de los artículos 2, 5 y 9 del Reglamento, según la modificación realizada por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR.

Al respecto, sostiene básicamente, que: **(i)** la intención de incluir la definición de núcleo de negocio obedece a contrarrestar la amplitud del concepto de “actividades especializadas u obras”, para lo cual se optó por establecer criterios generales que ayuden a identificar el referido núcleo del negocio, sin que estos constituyan un *numerus clausus*; por el contrario, deben entenderse como criterios orientadores que, vistos de manera sistemática, según cada caso en concreto, ayuden a identificar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de la empresa principal; por tanto, los criterios generales, se sustentan en la intención orientadora que busca otorgar el Reglamento respecto a la identificación de núcleo del negocio, y busca contribuir a garantizar que no se desnaturalice la figura jurídica de la tercerización, a fin de evitar la creación de empresas fraudulentas, lo que implique afectación a los derechos laborales; **(ii)** el concepto de núcleo del negocio constituye una aclaración o precisión de lo que significa la “actividad especializada” en el marco del esquema de tercerización, concluyendo que va en el mismo sentido de la finalidad de la disposición legal reglamentada, esto es, la Ley de Tercerización; por tanto, su inclusión no constituye una medida que vulnere los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica; además, la norma impugnada cumple con establecer una regulación que va en la misma línea de lo establecido en las leyes sobre tercerización; siendo en dicha medida, que reglamenta los alcances de lo que comprenden dichas actividades, por lo que recurre al concepto del núcleo del negocio y establece criterios orientadores generales para su identificación, y coadyuve a los operadores del derecho en la identificación de supuestos de fraude; por tanto, los criterios generales para identificar el núcleo del negocio y la Única Disposición Complementaria Transitoria, contribuye a que se cumpla en estricto lo dispuesto en la norma que regula la tercerización; **(iii)** no existe ningún desarrollo argumentativo de la parte demandante ni de la Sala Superior, de cómo afectaría la seguridad jurídica y los actos administrativos que se hubieran

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

expedido al amparo de la norma impugnada; tampoco se consideró el plazo de adecuación dispuesto (180 días calendario), el que venció en agosto del año 2022, fecha anterior a la emisión de la sentencia apelada; en consecuencia, en el caso concreto, los argumentos para otorgar efectos retroactivos a la declaración de nulidad de las normas impugnadas no han sido expuestos por la parte demandante, correspondiendo revocar el otorgamiento de los mismos; y **(iv)** la Sala Superior no hizo referencia a la naturaleza jurídica de la tercerización, que restringe las denominadas “actividades especializadas”; siendo en dicha línea que la resolución cuestionada modifica el Reglamento para evitar que se desnaturalice la externalización de servicios, mediante la creación de empresas fraudulentas, y que se afecten derechos laborales. La Sala condiciona la constitucionalidad de determinados extremos de los artículos 2, 5 y 9 del Reglamento, referidos a la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva de la tercerización del núcleo del negocio únicamente cuando se genere perjuicio a los derechos de los trabajadores; lo que desconoce la naturaleza jurídica de la tercerización y lo regulado sobre el ámbito de las actividades que pueden ser tercerizadas conforme está regulado en la ley de la materia; por lo que, corresponde revocar el sentido interpretativo de la Sala, por ser contraria al ámbito de aplicación que corresponde para las actividades que pueden ser objeto de tercerización.

4.5. Sindicato Unificado de Trabajadores Tercerizados Operadores del Servicio de Agua Potable y Aguas Residuales – SUTTOSAPAR, en su recurso de apelación de fecha 12 de abril de 2023, plantea como pretensión que se revoque la sentencia apelada, y reformándola, se declare infundada la demanda. Al respecto, sostiene básicamente, que: **(i)** la tercerización constituye una figura excepcional, sujeta a condiciones legalmente establecidas que las empresas necesariamente debe cumplir; por tanto, bajo ningún supuesto debe entenderse como un principio general, puesto que si bien existe el reconocimiento a la libertad de empresa y la libre contratación, es cierto que, dichos derechos se ejercen sin afectar los derechos de los demás o hacer un abuso del derecho; **(ii)** el artículo 2 de la Ley N.º 29245, establece que las empresas deben acreditar la existencia de áreas especializadas y determinar las obras específicas a ejecutar, pero, además, las empresas tercerizadoras se constituyen como empresas

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

especializadas, porque en ningún caso se admite la sola provisión de persona, debiendo gozar de autonomía empresarial, pluralidad de clientes, contar con equipamiento y herramientas, así como que no exista ningún tipo de subordinación; **(iii)** la condición básica es que la tercerización se sustenta en la especialización, lo que implica que debe estar establecido, las áreas especializadas como parte del proceso productivo de la empresa principal, pero dentro de dicho proceso, implica que también existan actividades o áreas no especializadas o esenciales que dan sostenibilidad o existencia real a la empresa principal y que no pueden ser tercerizados; entonces, la tercerización no implica la desnaturalización de los fines de la empresa principal o de su existencia real y operativa, lo contrario implicaría establecer únicamente su existencia formal legal, convirtiéndose en los hechos reales en un cuerpo inexistente, lo que conllevaría a un abuso de derecho; por tanto, se incurre en error, al pretender indebidamente que la tercerización sea un principio general y no una excepcionalidad, pretender ello, importaría su aplicación indiscriminada y sin límites, bajo el supuesto amparo de los artículos 2, inciso 14, 59 y 62 de la Constitución Política del Perú; **(iv)** la existencia de la figura de tercerización sin límites, no es el espíritu de la Ley N.º 29245, porque de ser así, implicará reconocer la posibilidad de constituir empresas con la finalidad de obtener beneficios económicos de forma indebida, al buscar deshacerse de las obligaciones empresariales, lo que en el fondo significaría afectar el derecho a la libertad de empresa y contratación, pues estos derechos tienen sentido, en tanto y en cuanto, se ejercen con fines lícitos y que no afecten el orden público, lo que supone que no incurre en abuso de derecho; **(v)** la norma cuestionada desarrolla de mejor manera y con mayor claridad los criterios establecidos en la Ley N.º 29245, precisando que el objeto de la tercerización son las obras, áreas, unidades, etapas o fases productivas especializadas de la empresa principal, es decir, las áreas que por sí sola no podrá cumplir, viéndose obligado a recurrir a un tercero, distinguiéndola claramente de las actividades que no son especializadas de la empresa y no todas las actividades empresariales, lo que hace una diferencia entre el principio que es el desarrollo de la actividad empresarial por la empresa principal y la excepcionalidad que es trasladar a las actividades especializadas de terceros; **(vi)** la norma cuestionada establece el plazo hasta el 22 de agosto de 2022 para que las empresas que se encuentran en tal situación

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

se adecuen, lo que significa que todas las empresas que están comprendidas en esta figura, están obligadas a implementar una política de adecuación de sus trabajadores a la nueva situación jurídica predominante, y ningún extremo se señala que se dejará sin efecto los contratos firmados en el acto; y (vii) la norma cuestionada se encuentra dentro de los términos establecidos en la Ley N.º 29245 y sus modificatorias, al precisar entre actividades especializadas y actividad principal, no se afecta el principio de legalidad o seguridad jurídica, mucho menos el principio de primacía de la Constitución, sino más bien se establece una regulación reglamentaria en el marco del espíritu de la citada ley, estando dentro de los límites regulados por el artículo 118, inciso 8, de la Constitución Política del Perú.

En consecuencia, teniendo en cuenta las pretensiones de los recurrentes, corresponde a este Supremo Tribunal pronunciarse sobre la sentencia apelada en su integridad.

III. FUNDAMENTOS:

1. Petitorio y determinación de asunto controvertido

Solicita la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Supremo N.º 01-2022-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 23 de febrero de 2022.

El asunto controvertido consiste en determinar si la norma objeto de control constitucional vulnera: i) las exigencias formales para la emisión de las disposiciones reglamentarias; ii) el derecho al trabajo; iii) el principio constitucional de jerarquía normativa; iv) la potestad constitucional del presidente de la República para reglamentar leyes; v) el principio de legalidad; vi) el principio de tipicidad y seguridad jurídica; vii) el derecho a la libertad de empresa; viii) el derecho a la libertad de contratar; ix) el principio de retroactividad; y x) el principio de proporcionalidad.

2. Del proceso de acción popular

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

El proceso de acción popular es un proceso reconocido en el artículo 200 inciso 5 de la Constitución, mediante el cual se establece “(...), 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”. El desarrollo legal de dicho proceso lo ubicamos en el artículo 75 del Nuevo Código Procesal Constitucional –norma de desarrollo constitucional– informa de manera precisa que “La demanda de acción popular procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso”¹. A su turno el artículo 74 de la misma norma procesal anota 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”².

La finalidad asignada al proceso de acción popular tiene sustento en el artículo 51 de nuestra Carta Magna, cuyo enunciado normativo señala, “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. Asimismo, el Tribunal Constitucional, ha señalado, en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05854-2005-AA/TC, que la interpretación de la Constitución exige que dicha labor, no se agote en los criterios clásicos de interpretación normativa “(...)sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional”; es así que en el marco de los procesos de control constitucional abstracto, como lo es el proceso de acción popular, cobra particular importancia el principio de fuerza normativa de la Constitución, el cual consiste en que “La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto”³.

¹ Artículo 75 del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307.

² Artículo 74 del Nuevo Código Procesal Constitucional, Ley N° 31307

³ Cfr. Expediente N° 05854-2095-PA/TC, fundamento jurídico 12.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Finalmente, es conveniente acotar que, en atención al artículo 87 del Nuevo Código Procesal Constitucional, se ha señalado que *“Contra la sentencia procede recurso de apelación, el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución”*. Atribución análoga reconoce el artículo 94 de la referida norma procesal, a este Tribunal Supremo, tratándose de sentencias estimatorias que no fuesen apeladas, las mismas que una vez ocurrido ello, según el texto de la norma procesal constitucional, se *elevarán en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema*.

3. La competencia del Poder Judicial en los procesos de acción popular

3.1. Para dilucidar a quién le ha sido atribuida la competencia en los procesos constitucionales de Acción Popular, se debe acudir en primer término a la norma constitucional, esto es, el citado artículo 138 que encarga al Poder Judicial la potestad de administrar justicia y velar por la primacía de la norma constitucional sobre todas las demás normas del ordenamiento jurídico, y de las leyes sobre las demás normas de rango inferior; y al inciso 5 del artículo 200 de la Carta Magna que establece el proceso de Acción Popular como una garantía constitucional contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general que infraccionen la Constitución y la ley.

3.2. Continuando con el análisis, en el artículo IV del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se establece con carácter imperativo, que los procesos constitucionales son de conocimiento del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, en sus respectivas leyes orgánicas y en el código; así dicho código contiene normas especiales que regulan la competencia en los procesos de acción popular, estas son las contenidas en el artículo 84 del Código Procesal Constitucional, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 84.- Competencia

La demanda de acción popular es de competencia exclusiva del Poder Judicial. Son competentes:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

- 1) La Sala Constitucional de la Corte Superior del Distrito Judicial al que pertenece el órgano emisor, cuando la norma objeto de la acción popular es de carácter regional o local; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles.
- 2) En los demás casos, la Sala Constitucional de la Corte Superior de Lima; y si no existiese, la sala a cargo de los procesos civiles.

3.3. Del citado artículo, se derivan tres supuestos que regulan la competencia en los procesos constitucionales de Acción Popular, siendo estos los siguientes: 1) la competencia exclusiva del Poder Judicial, 2) la competencia en razón al órgano emisor de la norma cuando es de alcance regional o local, 3) la competencia de la Sala Constitucional o Civil de la Corte Superior de Lima en los demás casos.

3.4. El referido artículo no es el único que establece un marco normativo sobre la competencia del Poder Judicial en este tipo de proceso sobre control normativo, en tanto que el artículo 92 del Nuevo Código Procesal Constitucional también delimita la competencia en favor de dicho poder del Estado, cuando refiere que:

“Artículo 92. Apelación y trámite

Contra la sentencia procede recurso de apelación, el cual contendrá la fundamentación del error, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Recibidos los autos, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema dará traslado del recurso concediendo cinco días para su absolución y fijando día y hora para la vista de la causa, en la misma resolución. Dentro de los tres días siguientes de recibida la notificación, las partes podrán solicitar que sus abogados informen oralmente a la vista de la causa”.

Bajo dicho contexto legal, se otorga a los jueces la facultad de determinar la validez de una norma de rango infralegal, pudiendo, de ser el caso, declarar la retroactividad de los efectos de la misma, en aplicación del artículo 82 del citado código:

“Artículo 82. Efectos de la irretroactividad

Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución. Por la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no recobran vigencia las disposiciones legales que ella hubiera derogado”.

3.5. En ese sentido, la competencia exclusiva del Poder Judicial, no solo está basada en la capacidad de conocer y dirigir el proceso, sino que, además,

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

excluye a cualquier otro órgano jurisdiccional de someter a su conocimiento, e implica que solo este se encuentra facultado para resolverlo, recayendo en él la validez de las normas de rango infralegal; lo que permite concluir que, las decisiones tomadas en instancias administrativas o por otros órganos jurisdiccionales no vinculan al Poder Judicial, como órgano de control de las normas infralegales en un proceso de acción popular.

4. Las decisiones del Tribunal Constitucional que no vinculan a la Corte Suprema en los procesos de acción popular

4.1. Previo al análisis sobre las decisiones del Tribunal Constitucional que vinculan o no al Poder Judicial, corresponde definir lo que se entiende por precedente: “(...) como una regla o conjunto de reglas de derecho jurisprudencialmente creadas por un órgano especial. Estas reglas no solo asumen un determinado grado de obligatoriedad (efecto vinculante) sino que su reconocimiento nace a la luz de un caso concreto que es el que normalmente les otorga soporte, no solo en atención a sus particularidades sino y por sobre todo, en atención a su trascendencia⁴. De ello, es posible concluir que: i) lo elabora un órgano especial; ii) tiene carácter obligatorio o vinculante; y iii) tiene una relación directa con el caso de donde derivó su creación.

4.2. El precedente vinculante está dirigido a que se emplee en diversos escenarios, como el administrativo, judicial y constitucional, debiendo enfocarnos en el precedente constitucional, por estar este proceso ligado a él; así el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional, expresamente señala que:

“Artículo VI. Precedente vinculante

Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo, formulando la regla jurídica en la que consiste el precedente. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.

⁴ Luis R. Sáenz Dávalos, El Nuevo Código Procesal Constitucional, Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 14, página 242.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Para crear, modificar, apartarse o dejar sin efecto un precedente vinculante se requiere la reunión del Pleno del Tribunal Constitucional y el voto conforme de cinco magistrados.

En los procesos de acción popular, la sala competente de la Corte Suprema de la República también puede crear, modificar o derogar precedentes vinculantes del Poder Judicial con el voto conforme de cuatro jueces supremos, siempre que sean conformes a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional. La sentencia que lo establece formula la regla jurídica en la que consiste el precedente, expresa el extremo de su efecto normativo y, en el caso de su apartamiento, los fundamentos de hecho y de derecho en que se sustenta” (énfasis agregado).

De su contenido, es posible advertir que: i) el Tribunal Constitucional es el órgano jurisdiccional que está plenamente facultado para emitir sentencias con calidad de cosa juzgada y que se constituyan precedentes vinculantes en materia constitucional; y ii) el Poder Judicial en los procesos de acción popular también se encuentra facultado para emitir precedentes vinculantes, pero está sujeta a condición, siendo esta que la interpretación normativa provenga de las resoluciones del Tribunal Constitucional

4.3. El referido artículo permite que tanto el Tribunal Constitucional como el Poder Judicial puedan generar precedentes vinculantes, pero conforme se puede advertir, las facultades otorgadas no son iguales, por ello, a nivel doctrinal se intenta diferenciar entre precedente constitucional vinculante y precedente judicial vinculante, lo que de alguna forma los diferencia. El primero, referido al Tribunal Constitucional, tiene un mayor alcance, porque su obligatoriedad vincula a la totalidad de poderes públicos y privados; por el contrario, el segundo, referido al Poder Judicial, sus alcances están más restringidos, porque a pesar de que tiene independencia judicial⁵, su decisión en un proceso de acción popular, si bien tiene alcance general de acuerdo al artículo 81⁶ del Nuevo Código Procesal Constitucional; sin embargo, no por ello es obligatorio para el Tribunal Constitucional.

4.4. Conviene aquí precisar, que lo sostenido previamente sobre la vinculatoriedad de los fallos en un proceso de acción popular expedidos por el

⁵ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial
“**Artículo 2.-** El Poder Judicial en su ejercicio funcional es autónomo en lo político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional, con sujeción a la Constitución y a la presente ley”.

⁶ “**Artículo 81. Cosa juzgada**
Las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad y las recaídas en los procesos de acción popular que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos y producen efectos generales desde el día siguiente a la fecha de su publicación. [...]”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Poder Judicial, está ligado al tipo de modelo de justicia constitucional peruano, en el que se le ha concedido al Tribunal Constitucional la condición de Supremo Interprete de la Constitución, conforme al artículo 201 de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.5. Un aspecto importante de los precedentes vinculantes, está referido a la expresa vinculatoriedad que debe señalar el fallo del Tribunal Constitucional, pues así lo exige la norma, sin admitir excepción alguna; además, estos deben precisar los efectos normativos, es decir, desde que momento las reglas de interpretación normativa se van aplicar, aspecto que se encuentra recogido en el artículo VI del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional.

4.6. Otro aspecto que también se debe tener presente es que los precedentes vinculantes pueden ser modificados, dejados sin efecto o apartarse de ellos; en cualquiera de los supuestos se requiere como condición que se justifique las razones de dicha decisión; debiendo remarcar que conforme se sostuvo previamente, al estar sometido el Poder Judicial a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, no puede ser a la inversa, y corresponderá que aquel siga dichos precedentes para establecer los suyos, salvo exista una situación en la que la postura del Tribunal colisione con la Constitución, tratados internacionales o jurisprudencia internacional. Finalmente, parte de las características con las que debe cumplir un precedente vinculante, esta relacionado a su procedimiento de aprobación, exigiendo necesariamente que sea emitida por el Colegiado del Tribunal Constitucional con mayoría calificada.

4.7. En atención a lo expuesto, queda claro que, el Poder Judicial está sujeto a las reglas interpretativas declaradas como precedentes vinculantes en los fallos expedidos por el Tribunal Constitucional, siempre que, cumplan con determinadas características, siendo la más resaltante la vinculatoriedad expresada en la decisión emitida por el referido Tribunal, no exceptuando el cumplimiento de las demás, pero la mencionada es la más destacada en tanto que permite a los demás conocer que se encuentran obligados a su observancia.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

4.8. En consecuencia, aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que no posean tales características, no pueden ser consideradas precedentes vinculantes y, por ende, no puede exigirse su cumplimiento al Poder Judicial, en tanto que no tiene tal condición.

5. La republicación de normas como requisito de validez en los procesos de acción popular

5.1. El Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 17-2005-PI/TC, establece una clara distinción entre validez y vigencia de las normas jurídicas, así precisa que:

“(…)

La diferencia entre validez y vigencia de las normas jurídicas

2. *El Tribunal Constitucional ha sostenido en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0014-2003-AI/TC (FJ 15), que el concepto de validez alude a la relación de compatibilidad entre dos normas de distinto rango. Así, una norma es válida siempre que haya sido creada conforme al iter procedimental que regula el proceso de su producción jurídica, es decir, observando las pautas previstas de competencia y procedimiento que dicho ordenamiento establece (validez formal), y siempre que no sea incompatible con las materias, principios y valores expresados en normas jerárquicamente superiores (validez material).*

3. *Sin embargo, la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su “pertenencia” al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no necesariamente toda norma vigente es una norma válida.*

4. *Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente, en tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso [formal y material] de su producción jurídica.*

5. *La vigencia de una norma jurídica depende, prima facie, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51º de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. “Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho.*

La publicación de las normas como conditio iuris para su eficacia

6. *El Tribunal ya ha establecido en anterior oportunidad que, aun cuando la publicación forma parte de la eficacia integradora del procedimiento legislativo, la ley tiene la condición de tal (es decir, queda constituida) una vez que ha sido aprobada y sancionada por el Congreso de la República. En efecto, tal y como se desprende de una interpretación sistemática del artículo 51º, in fine, y del artículo 109º de la Constitución, la publicación determina la eficacia, vigencia y obligatoriedad de la*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

norma, pero no su constitución, pues esta tiene lugar con la sanción del órgano que ejerce potestades legislativas.

7. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma no deben resolverse en clave de validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él” (énfasis agregado).

5.2. Lo previamente expuesto, permite determinar la gran diferencia que existe entre la validez y la eficacia de una norma; por lo que, de plantearse algún cuestionamiento relacionado a la publicación de la misma, esta está orientada a impugnar su eficacia, y no su validez; en ese sentido, corresponde remitirse a los artículos 51 y 109 de la Constitución Política del Estado, las que en ambos casos se refieren a la publicidad de las normas. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia recaída en el Expediente N.º 2098-2010-PA/TC que:

“(…) Si bien dicho precepto constitucional (refiriéndose al artículo 109º de la Constitución Política del Estado) establece que es la 'ley' la que tiene que ser publicada, el Tribunal Constitucional considera que en dicha frase debe entenderse, prima facie, a cualquier fuente formal del derecho y, en especial, aquellas que tienen una vocación de impersonalidad y abstracción. A juicio de este Colegiado, la publicación de las normas en el diario oficial "El Peruano" es un requisito esencial de la eficacia de las leyes y de toda norma jurídica, a extremo que una norma no publicada no puede considerarse obligatoria (ver STC N° 2050- 2002-AA/TC, fundamento 24)”.

5.3. Al respecto, también se debe considerar el principio de publicidad de las normas, que conforme lo señala el Tribunal Constitucional, constituye un elemento constitutivo de su propia vigencia, y que una norma “no publicada” es una norma “no vigente” y “no existente”, por tanto, sin efecto jurídico alguno; por lo que, hasta este punto, es claro que una norma es ineficaz en la medida que no haya sido publicada conforme a las normas de orden constitucional y al principio de publicidad; sin embargo, el referido marco normativo no hace alusión alguna a la difusión de los proyectos normativos de carácter general.

5.4. Dicho argumento viene siendo alegado por la parte demandante, precisando que en razón a la sentencia del caso “30 congresistas contra el Tratado de Libre Comercio Perú – China” recaído en el Expediente N.º 21-2010-AI/TC, se habría dispuesto la republicación de las normas de carácter general;

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

no obstante, en el citado proceso, los fundamentos del Tribunal Constitucional sobre la publicidad de las normas, están referidos a las exigencias derivadas de la publicación de las normas en el diario oficial El Peruano, no haciendo referencia alguna a una supuesta “prepublicación”.

5.5. Por lo que, teniendo en cuenta que la norma objeto de control constitucional y legal fue publicada en el diario oficial El Peruano el 23 de febrero de 2022; en consecuencia, esta tiene plena eficacia desde el 24 de febrero de 2022, la que además de ser publicada en dicho medio de comunicación escrito, también fue publicado, el mismo día, en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

6. Los pronunciamientos de la administración pública que no vinculan al Poder Judicial

6.1. El precedente administrativo, cuya regulación se encuentra prevista en el artículo VI, numeral 1, de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que lo define como: *“Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma”*³⁵; y en su artículo V numeral 2.8 se les reconoce como fuente del procedimiento administrativo”, que constituye una fuente de integración del Derecho Administrativo, que permite orientar a los operadores jurídicos para que realicen su aplicación al interior de un procedimiento administrativo, y tiene como características lo siguiente: i) el acto administrativo debe quedar firme, es decir, que se agotó la vía administrativa, no pudiendo recurrir dicha decisión, o cuando se produjo el desistimiento de un recurso impugnatorio, antes de notificarse la resolución final; ii) resuelve casos particulares; iii) puede proyectar efectos jurídicos hacia el futuro, condicionando el comportamiento de distintos sujetos; y iv) interpreta de forma expresa y general el sentido de la legislación.

6.2. Teniendo en cuenta ello, el precedente administrativo condiciona las resoluciones futuras de las mismas entidades, exigiendo que se siga el mismo

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

criterio ante casos sustancialmente similares; de ahí se aprecia su vinculatoriedad a toda autoridad administrativa perteneciente al mismo ámbito institucional, pero reconoce la posibilidad de que se aparten del precedente, en razón a que las decisiones administrativas deben adaptarse a las necesidades del interés general.

6.3. En ese sentido, si se parte de la idea que un precedente vinculante expedido en instancia administrativa solo vincula a la misma entidad administrativa que la expidió, entonces no resulta posible que esta se extienda a otros órganos del Estado, para su cumplimiento, pues no tiene esa fuerza vinculante a los demás; en consecuencia, la decisión administrativa que tenga dicha condición, no resulta ser de cumplimiento para el órgano judicial, ni en un proceso contencioso administrativo, menos aún en un proceso de acción popular, donde se realiza un control abstracto de la norma, y no está referido a un caso en concreto; por ello, cualquier decisión administrativa que tenga la condición de precedente de observancia obligatoria, como las resoluciones que establecen barreras burocráticas por el Indecopi, no se somete formalmente al acatamiento de las mismas al Poder Judicial.

7. Sobre el pedido de intervención como litisconsorte facultativo

7.1. El artículo 88 del Nuevo Código Procesal Constitucional establece que:

“Artículo 88. Emplazamiento y publicación de la demanda

Admitida la demanda, la sala confiere traslado al órgano emisor de la norma objeto del proceso y ordena la publicación del auto admisorio, el cual incluirá una relación sucinta del contenido de la demanda, por una sola vez, en el diario oficial El Peruano si la demanda se promueve en Lima, o en el medio oficial de publicidad que corresponda si aquella se promueve en otro distrito judicial (...).”

Entendiéndose de dicha norma que la relación jurídica procesal en los procesos de acción popular se configura entre el demandante – cualquier ciudadano de acuerdo al artículo 83 del Nuevo Código Procesal Constitucional –, el órgano emisor de la norma objeto de acción popular y el juez competente, lo que no obsta de que en el proceso de acción popular se produzcan las figuras de intervención litisconsorcial o de terceros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

7.2. Por su parte, el artículo 94 del Código Procesal Civil establece que:

“Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso”.

De acuerdo a lo establecido en dicho artículo, la intervención del litisconsorte facultativo no afecta el proceso, ni perjudica o beneficia a los demás, en tanto que, ingresan al mismo de manera voluntaria, por perseguir un interés jurídico relevante.

7.3. La incorporación del litisconsorte facultativo, al no derivar de una exigencia legal como ocurre con el litisconsorte necesario, puede no ser admitida, en tanto que su ausencia no invalida la relación jurídica procesal ya determinada; por ello, con o sin su intervención el proceso continúa con su trámite.

7.4. En el presente caso, conforme lo ha señalado la parte apelante su interés en la participación del proceso radica en que este se alinea con su fin social como organización no gubernamental en defensa de los derechos humanos y trabajadores; sin embargo, su intervención o no en el presente proceso, conforme se indicó en el párrafo precedente, en nada enerva la relación jurídica procesal respecto de aquellos que forman parte del proceso, ni del proceso en sí mismo.

7.5. En ese sentido, la Sala Superior pudo admitir o no su participación; no constituyendo ello, afectación alguna; máxime si, ante este Supremo Tribunal, el apelante intervino en la audiencia de la vista de la causa, informando oralmente, así como presentó sus alegatos en forma escrita; en ese sentido, corresponde confirmar la Resolución N.º 24, de fecha 04 de mayo de 2023, que declaró improcedente la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú.

Análisis de Fondo:

8. De la Ley que regula los servicios de tercerización – Ley N.º 29245, y la acción de inconstitucionalidad que la cuestiona

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

8.1. El Colegio de Abogados del Callao el 23 de junio de 2014, interpone demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N.º 29245⁷, Ley que regula los servicios de tercerización, y el artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 1038⁸, Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N.º 29245, la que fue resuelta mediante sentencia de fecha 10 de setiembre de 2019, recaída en el Expediente N.º 13-2014-PI/TC, que declaró infundada la demanda.

8.2. En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional expone principalmente lo siguiente: i) se admite como modalidad de subcontratación que la empresa tercerizadora se encargue de una de las etapas del proceso productivo, lo que en modo alguno significa el reconocimiento de menos derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora, porque la misma ley prevé que estos no sean restringidos, y porque al estar subordinados a la empresa tercerizadora, es esta la que garantiza los derechos laborales de los trabajadores, por tanto, no hay lesión a la dignidad del trabajador; ii) la ley garantiza que los derechos de los trabajadores no se vean restringidos, así estos hayan o no sido desplazados, pues no existe relación laboral con la empresa principal, sino con la empresa tercerizadora, por tanto, no se afecta el derecho a la igualdad, respecto de los derechos entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y la empresa principal; iii) la tercerización es una forma de subcontratación que no restringe derechos individuales ni colectivos de los trabajadores, porque así lo establece la ley, en ese sentido, no genera una situación precaria de los trabajadores; iv) no existe un término de comparación válido entre los trabajadores de la empresa tercerizadora con los trabajadores de la empresa principal, pues los primeros única y exclusivamente mantienen una relación laboral con la empresa tercerizadora, es decir, se encuentran subordinados a ella, y en el segundo caso, mantienen una relación laboral solamente con la empresa principal, por lo que, no se ha demostrado un trato potencialmente diferente entre sujetos que se encuentren en la misma condición; v) los trabajadores de la empresa tercerizadora mantienen una relación laboral con esta, por lo que, pueden contratar a su personal mediante un contrato civil a plazo indeterminado o a plazo

⁷ Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

⁸ Publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

fijo, y cumpliendo con los requisitos establecidos por ley; lo que no implica una forma de desprotección al trabajador; y vi) las situaciones jurídicas de los trabajadores de la empresa principal y la empresa tercerizadora son distintas, por tanto, estos pueden tener diferentes ingresos y beneficios; sin embargo, la ley es clara al señalar que no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores de la empresa tercerizadora, por ello, no afecta el principio de no regresividad en materia de derechos laborales.

8.3. De lo expuesto, se logra advertir que el Tribunal Constitucional sostiene que la ley y su modificatoria, no vulneran la dignidad del trabajador, el principio de igualdad, la debida protección contra el despido arbitrario y el principio de no regresividad en materia laboral, por lo que, pese a encontrarse realizando alguna etapa del proceso productivo la empresa principal, la propia ley establece que los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora no sean restringidos.

8.4. En ese sentido, se puede advertir que no es inconstitucional que un tercero puede hacerse cargo de una parte integral del proceso productivo de la empresa principal, pues la misma ley protege al trabajador de cualquier restricción a sus derechos constitucionales.

9. Sobre el Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR

9.1. La Ley que regula los servicios de tercerización fue reglamentada mediante el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 12 de setiembre de 2008.

9.2. Del contenido del mismo, es imprescindible mencionar que el artículo 1 sobre la definición de la actividad principal, expresamente señala que *“Constituyen actividades principales aquellas a las que se refiere el artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR y sus normas modificatorias”*, y la norma legal a la que se remite -de forma textual- establece que *“Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción,*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”⁹.

9.3. Por otro lado, los artículos que fueron modificados por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, primigeniamente establecieron lo siguiente:

“Artículo 2.- Ámbito de la tercerización *El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.*

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

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

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

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

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

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

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

Artículo 8.- Contenido de los contratos y derecho de información de los trabajadores desplazados

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

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

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

⁹ Texto que se mantiene vigente desde su última modificatoria efectuada con el Decreto Supremo N.º 008-2007-TR, publicado en el diario oficial El Peruano el 27 de abril de 2007.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

Se consideran inscritas en el registro al que hace referencia el artículo 8 de la Ley las empresas tercerizadoras que, durante el período declarado, cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR y sus normas modificatorias y complementarias, con independencia de su fecha de constitución. Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal, y la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.

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

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

9.4. El referido reglamento hasta antes de su modificatoria en el año 2022, en su integridad se consideró constitucional y legal, en tanto que, no se conoce la existencia de algún proceso de acción popular en su contra que haya dado como resultado la inconstitucionalidad e ilegalidad del mismo; por lo que, por el principio de presunción de constitucionalidad¹⁰, se presume que dicho reglamento fue expedido de acuerdo al ordenamiento jurídico.

10. Sobre las modificaciones introducidas al anterior Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización, mediante Decreto Supremo N.º 001-2022-TR

10.1. El 23 de febrero de 2022 se publica en el diario oficial El Peruano, el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, que modifica los artículos 1, 2, 5, 8 y 9 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N.º 29245, y añade la Única Disposición Complementaria Transitoria; norma que viene siendo cuestionada a través del presente proceso de acción popular. Los citados artículos quedaron redactados de la forma siguiente:

¹⁰ STC del Expediente N.º 20-2003-AI/TC, fundamento jurídico 33, señala que: “El principio de presunción de constitucionalidad de las normas establece que una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata de una presunción iuris tantum, por lo que, en tanto no se demuestre la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la concuerde con el texto constitucional”.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

“Artículo 1.- Definiciones

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

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

(...)

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

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

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

Artículo 2.- Ámbito de la tercerización

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

(...)

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

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.

(...)

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

Artículo 8.- Contenido de los contratos y derecho de información de los trabajadores desplazados

La información a la que se contrae el artículo 4 de la Ley se encuentra referida a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Dicha información debe ser incluida en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa tercerizadora.

La obligación de informar de la empresa tercerizadora, a la que hace mención el artículo 6 de la Ley, se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, y ante la organización sindical o, en su defecto, ante los delegados que representen a los trabajadores, antes del desplazamiento.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Entiéndase que, respecto al lugar, señalado en el numeral 3 del artículo 6 de la Ley, deberá precisarse la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde el trabajador desplazado ejecutará las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, la obligación de informar se cumple a través del empleador de los mismos.

A tal efecto, al iniciar la ejecución del contrato, la empresa principal debe informar por escrito a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los cinco días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las veinticuatro horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

Artículo 9.- Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

(...)

Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente Reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento. Asimismo, la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.

(...)

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

**Disposición Complementaria Final Única
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”.

10.2. En ese sentido, las principales modificatorias introducidas al Reglamento de la Ley N.º 29245, están referidas al impedimento de tercerizar actividades especializadas u obra que tenga por objeto el núcleo del negocio que, para su determinación, la norma misma establece los criterios a emplear a efectos de identificarlo. Además, la norma cuestionada también introduce como una de las

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

formas de desnaturalización de los contratos de tercerización, aquellos que se refieran al núcleo del negocio, regulando para su adaptación y modificación, un plazo de 180 días calendario, que se empieza a contabilizar desde la publicación del citado decreto supremo.

10.3. Consecuentemente, la norma cuestionada prohíbe que la actividad principal de una empresa sea tercerizada cuando se refiera al núcleo del negocio, entendiéndose así, que solo está permitida la tercerización de la actividad principal de la empresa de aquello que no forma parte del núcleo del negocio.

11. Sobre el principio de jerarquía normativa

11.1. El artículo 51 de la Constitución Política del Perú consagra el principio de jerarquía normativa y supremacía de la Constitución que prevalece sobre cualquier norma legal y la ley sobre cualquier norma de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Por su parte, el artículo 200, inciso 4, de la Carta Magna establece las normas que, en el sistema de fuentes normativas diseñado por ella, tienen rango legal: decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo, y el inciso 5, las que tiene rango infralegal: reglamentos, normas administrativas y decretos de carácter general.

11.2. El sistema de fuentes conforme a lo indicado tiene como máxima fuente normativa la Constitución, después le sigue la ley y finalmente, las normas infralegales, las que ocupan el rango inferior en la jerarquía normativa, siguiendo un modelo similar al de la pirámide de Kelsen. De acuerdo a ello, la correspondencia entre las normas que la conforman deben armonizar las unas con las otras, de tal forma que la de mayor jerarquía (la Constitución) prevalezca sobre las demás, y las demás deben ser acordes a ella, es decir, no pueden contravenir el contenido de la misma; situación similar ocurre, con las leyes, que al poseer mayor jerarquía que las normas infralegales, estas últimas no pueden contravenir a las leyes, porque de ser así, corresponde que se declare su ilegalidad y, consecuentemente, su inconstitucionalidad.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

11.3. De acuerdo a lo señalado, el reglamento es un dispositivo legal de carácter general que tiene rango infralegal, su elaboración y promulgación le compete al Poder Ejecutivo, está destinada principalmente a desarrollar, precisar y aplicar las leyes. El Tribunal Constitucional ha precisado que *“el reglamento es la norma que, subordinada directamente a las leyes e indirectamente a la Constitución, puede, de un lado, desarrollar la ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla”*¹¹, precisando además que, *“los reglamentos no deben transgredir ni desnaturalizar las leyes que pretende reglamentar”*¹², permitiendo así, concluir por señalar que *“los reglamentos son una fuente del derecho que se encargan de precisar los preceptos de carácter genérico y que, en tanto tienen jerarquía infralegal, no pueden regular aspectos que sean contradictorios o excedan lo establecido en la ley, o que se trate de materias reservadas a esta”*¹³.

11.4. En ese sentido, si una norma de rango infralegal como el reglamento es contraria a lo que regula la ley que reglamenta, entonces, corresponde declarar su ilegalidad y, consecuente, inconstitucionalidad.

12. Análisis de la controversia

12.1. La tercerización laboral es constitucional en los términos planteados en la ley, en tanto que a través de un proceso de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional determinó que los artículos cuestionados no contravenían principios ni derechos constitucionales de los trabajadores de la empresa tercerizadora, sino que, por el contrario, la misma ley se encargó de garantizar la protección de sus derechos individuales y colectivos, de tal forma que se ejerzan sin restricciones o limitaciones.

12.2. Sobre el particular, es pertinente mencionar el artículo 4 de la Ley que regula los servicios de tercerización, que si bien no fue objeto de control constitucional; sin embargo, se presume su constitucionalidad, el cual señala que:

“Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los

¹¹ STC N.º 01907-2003-PA/TC, fundamento jurídico 19.

¹² STC N.º 00016-2021-AI/TC, fundamentos jurídicos 14 0 y 141

¹³ STC N.º 3250-2023-PA/TC, fundamento jurídico 35.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza”.

Del citado artículo, se desprende que las actividades especializadas u obra pueden tercerizarse, siempre y cuando, no afecten derechos laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora, debiendo mantenerse subordinados a la referida empresa y que en el contrato se especifique la actividad empresarial que ejecutarán, así como en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal realizará dicha actividad; en ese sentido, no existe ninguna restricción o impedimento para que las actividades especializadas u obra se tercericen, si cumplen con lo establecido en la ley.

12.3. Por otro lado, resulta pertinente señalar que el reglamento por su naturaleza, según lo establecido por el Tribunal Constitucional, está orientado a desarrollar y no desnaturalizar el contenido de la ley que reglamenta; por tanto, debe estar directamente subordinado a ella y no excederla.

12.4. Bajo esa premisa, respecto del primer Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, conforme se sostuvo precedentemente, se presumía su constitucionalidad y legalidad en tanto no se habría hecho valer contra él algún proceso de acción popular que lo haya cuestionado.

12.5. Tal es así, que antes de su modificatoria realizada por la norma hoy cuestionada, el artículo 2 establecía el ámbito de aplicación de la tercerización, que en concordancia con los artículos 3¹⁴ y 4¹⁵ de la Ley N.º 29245, comprende a las empresas principales que tercerizan su actividad principal, esto es, unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, pero con desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora a la empresa principal. En ese sentido,

¹⁴ **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”.

¹⁵ **Artículo 4.- Desplazamiento de personal a la empresa principal**

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

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

ni la ley ni el reglamento (antes de su modificatoria) impedían que se suscriban contratos donde se pueda tercerizar servicios especializados u obra, que formen parte de la unidad productiva o ámbito de producción de la empresa principal, entendiéndose estas como parte de la actividad principal de la empresa principal, que de acuerdo al Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, se define como “(...) *aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa*”.

12.6. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la norma hoy cuestionada que regula la modificatoria del antes mencionado decreto supremo, pues contra el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, se interpusieron 4 demandas de acción popular que fueron acumuladas en el presente proceso de acción popular, las que tienen como principal argumento el supuesto exceso normativo del citado decreto supremo, porque – a consideración de los demandantes- recoge conceptos genéricos, abiertos e imprecisos que no están en la ley, además, que no se subordina a la misma, sino que la modifica.

12.7. Sobre ello, la sentencia apelada señala que respecto a los principios de tipicidad o taxatividad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad, y los derechos a la libertad de empresa y a la libre contratación, la norma cuestionada sí contravienen los mismos, al interpretarse el “núcleo del negocio” de los artículos 2, 5 y 9, en los siguientes extremos: “(...) *No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio*”, “*Se produce la desnaturalización de la tercerización: (...) b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (...) desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en ...*”, y “*...con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento (...), respectivamente, de la siguiente manera (...) esta prohibición se da ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esa forma de contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores*”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

12.8. Ahora bien, la interpretación dada por la Sala Superior, para este Supremo Tribunal no aclara los criterios que establece la norma impugnada para identificar el núcleo del negocio, manteniendo su indeterminación al usar términos generales. En ese sentido, no es posible mantener la legalidad y constitucionalidad de algunos extremos de los artículos 2, 5 y 9 del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, bajo una supuesta interpretación del núcleo del negocio, porque no se cumple con la función de clarificarla, deviniendo en inválida dicha interpretación.

12.9. Entonces, de acuerdo a lo desarrollado en los anteriores considerandos, normativamente la modificatoria del Reglamento excede los términos de la Ley que regula los servicios de tercerización, por cuanto, la misma no restringe que los trabajos de especialización u obra, que impliquen un desplazamiento del trabajador, que están sujetos a la actividad principal o a una parte de ella –como lo pretende la norma impugnada-, en el denominado núcleo del negocio, sea tercerizada; tampoco se puede hablar de una supuesta afectación a los derechos laborales de los trabajadores de la empresa tercerizadora, pues la ley garantiza la protección de los derechos individuales y colectivos de los mencionados, lo que, además, fue sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad recaído en el Expediente N.º 13-2014-PI/TC, que tuvo como objeto de control constitucional la citada ley; por tanto, la norma cuestionada es contradictoria a la Ley que regula los servicios de tercerización.

12.10. Un aspecto que no se puede dejar de analizar está referido a la sentencia de amparo emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N.º 3097-2024-PA/TC, en el que efectuando control difuso, solo aplicable *inter partes*, llegó a la conclusión de que la norma cuestionada afecta los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora; sin embargo, esto colisiona no solo con lo establecido en la Ley que regula los servicios de tercerización, sino también con los fundamentos expuestos en la acción de inconstitucionalidad, pues introduce una limitación (núcleo del negocio) que impide tercerizar los servicios especializados u obra que implique un desplazamiento del trabajador de la empresa tercerizadora a la empresa principal, cuando se refiera a la actividad principal de la empresa; no advirtiéndose –como se señaló anteriormente- que la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

ley haya querido realizar una distinción respecto de la actividad principal de una empresa, que comprenda el núcleo del negocio y aquello que está exento del mismo. Por tanto, para este Supremo Tribunal, la referida sentencia expone fundamentos que contravienen la ley. Es de señalar, además, que en la parte resolutive de dicha acción constitucional se expresa que “(...) *IMPROCEDENTE la demanda respecto de la presunta infracción al principio de jerarquía normativa*”. No obstante, debe tenerse en cuenta que la decisión aludida no tiene carácter vinculante sobre la constitucionalidad de la norma y, además, se dejó establecido conforme a las razones competenciales que solo resuelve el Poder Judicial en última instancia la acción popular, lo que también es admitido en la sentencia del Tribunal Constitucional aludida.

12.11. Finalmente, no se deja de advertir, que en la Resolución N.º 0289-2022/CEB-INDECOPI, de fecha 18 de agosto de 2022, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, declaró barrera burocrática: i) la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa, materializada en el último párrafo del artículo 2 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038, modificado por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, concordante con el primer y undécimo párrafo del artículo 1 de la misma norma; y ii) la exigencia de considerar como desnaturalización de la tercerización 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, materializada en el literal b) del artículo 5 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, modificado por el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR; procedimiento administrativo que actualmente se encuentra suspendido por Resolución N.º 0072-2023/SEL-INDECOPI, de fecha 24 de febrero de 2023, al encontrarse en trámite las demandas de acción popular contra el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR; siendo una de ellas, la que originó el presente proceso, y es la razón por la que se menciona en la presente resolución.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Conclusión:

12.12. Las modificatorias reglamentarias afectan el principio de jerarquía normativa, al desnaturalizar y contradecir el contenido de la Ley que regula los servicios de tercerización, al introducir la denominación de núcleo del negocio que restringe la tercerización de los servicios de especialización u obra de la actividad principal de una empresa, limitación que la citada ley no ha previsto; en consecuencia, el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley N.º 29245, aprobado por el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, es ilegal e inconstitucional.

Sobre los efectos de la sentencia y los costos del proceso:

12.13. En el escrito de apelación de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE, de fecha 12 de abril de 2023, como primera pretensión accesorias solicitó la anulación, con efecto retroactivo hasta el día anterior a la publicación de la norma cuestionada, de todos los actos y normas conexas que se sustenten en los extremos ilegales e inconstitucionales del Decreto Supremo N.º 001-2022-TR; sin embargo, no precisa cuáles son aquellas normas conexas ni de qué actos son los que se pretende su nulidad; por lo que, lo solicitado por la recurrente deviene en infundado.

12.14. Asimismo, como segunda pretensión accesorias, solicitó el pago de costos del proceso al Estado peruano; al respecto, el artículo 96 del Código Procesal Constitucional¹⁶ reconoce expresamente la imposición del pago de costos del proceso cuando la demanda es declarada fundada, lo que se ha producido en el presente caso; por tanto, corresponde que sean asumidos por el Estado peruano, esto es, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por ser el órgano emisor de la norma, el que deberá efectuar el pago de los mismos, así como ser determinados en ejecución de sentencia.

¹⁶ **“Artículo 96. Costos**

Si la sentencia declara fundada la demanda se impondrán los costos que el juez establezca, los cuales serán asumidos por el Estado. (...) En todo lo no previsto en materia de costos, será de aplicación supletoria lo previsto en el Código Procesal Civil”.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

IV. DECISIÓN:

Por tales consideraciones, **SE RESUELVE:**

I) CONFIRMAR la Resolución N.º 24, de fecha 04 de mayo de 2023; que declaró **IMPROCEDENTE** la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú.

II) REVOCAR la sentencia de primera instancia, contenida en la Resolución N.º 22, de fecha 08 de marzo de 2023, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, que decidió declarar **fundada en parte** la demanda de acción popular; y reformándola, se declara **FUNDADA** la misma; en consecuencia, **NULO** el Decreto Supremo N.º 001-2022-TR.

III) PROCEDER al pago de costos del proceso a favor de la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE.

IV) DISPONER la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley.

En los seguidos por Mauricio Valdez Villalobos y otros, contra el Procurador Público Especializado en Materia Constitucional y otros, sobre proceso de acción popular; *y los devolvieron*. **Interviene como ponente la señora Jueza Suprema Grossmann Casas.**

**S.S.
CALDERÓN PUERTAS
GROSSMANN CASAS
ÁLVAREZ OLAZÁBAL
LINARES SAN ROMÁN**

Fgh/bma

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CALDERÓN PUERTAS, SON LOS SIGUIENTES:

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Primero. La sentencia del Tribunal Constitucional: Expediente 0013-2014-PI/TC y el amparo 03097-2024-PA/TC

1. Conforme lo prescrito en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces de la república se encuentran vinculados a las decisiones del Tribunal Constitucional y no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

2. En el presente caso, se advierte que el Tribunal Constitucional ha declarado constitucional la ley 29245, de forma tal que, para todos los efectos, debe tenerse que aquello que fue controvertido en el proceso 0013-2014-PI/TC impone una ruta a seguir. En tal sentido, debe indicarse que en dicho proceso se examinó la constitucionalidad de los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la ley 29245, así como el artículo 1 del Decreto Legislativo 1038.

3. Aunque es verdad que no hubo pronunciamiento sobre si el núcleo del negocio podía ser tercerizado, el Tribunal Constitucional consideró que los contratos de tercerización no afectaban derechos fundamentales y que el artículo 3 de la ley 29245 que afirmaba que el objeto de dicha contratación era que un tercero se hiciera “cargo de la parte integral del proceso productivo” era constitucional. Su afirmación fue categórica, sin reticencia alguna.

4. Es importante señalar que en dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional consideró y evaluó el tema de la libertad de contratación y se pronunció:

a. Sobre la posible desnaturalización de la tercerización en estos términos:

26. En ese sentido, se ha determinado que cuando se genera el incumplimiento de algún requisito de la tercerización, se produce la desnaturalización, el cual tiene como consecuencia el reconocimiento de la relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa principal, evitando que se genere una situación de simulación o fraude.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

b. Sobre la supuesta vulneración a la dignidad del trabajador y **respondiendo a expresamente a la norma que establece que la tercerización corresponde a la actividad principal de la empresa** (fundamento 34) dijo:

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.

c. Sobre la afectación al principio de igualdad:

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

d. Sobre la debida protección contra el despido arbitrario:

97. Corresponde mencionar que la empresa tercerizadora está facultada para contratar a su personal ya sea mediante un contrato indeterminado o uno a plazo fijo, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos por ley, lo que no implica per se una desprotección del trabajador.

5. Obsérvese que en todos los casos no se hace ningún distingo en relación a la tercerización y, por el contrario, se habla que ella corresponde a la actividad principal de la empresa.

6. Por otra parte, en el expediente 03097-2024-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en torno al núcleo del negocio y a la tercerización laboral, señalando, entre otros temas, que la doctrina recogida en los fundamentos de la sentencia debe servir de parámetro para dirimir las controversias sobre la materia (fundamento 98) y 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” (fundamento 60).

7. Al respecto, debe señalarse que si bien el artículo VII del Título Preliminar del Código Proceso Constitucional prescribe que los jueces deben aplicar los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional, no es menos verdad que, en el caso en cuestión: (i) no estamos ante precedente vinculante; (ii) que este Tribunal Supremo se atiene a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 0013-2014-PI/TC, a la que se encuentra vinculada conforme lo

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

prescrito en el artículo VI del Código Procesal Constitucional; y (iii) que en el proceso de amparo que dio origen a la sentencia que aquí se alude, el propio Tribunal mencionó que, en grado a competencia constitucional, le corresponde al Poder Judicial decidir sobre la constitucionalidad o ilegalidad de una norma infralegal (fundamento 7). Eso es, además, lo que expresamente dispone el artículo 84 del Código Procesal Constitucional.

8. Además, se advierte que en el referido proceso se ha declarado infundada la demanda de amparo indicándose: (i) que como la ley no autoriza la simple provisión de personal debe concluirse que “parte del supuesto de que las actividades propias del negocio no pueden ser tercerizadas” (fundamento 59); (ii) que es necesario evitar la desnaturalización de la tercerización (fundamento 60); y (iii) que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio se justifica en la protección constitucional de los derechos laborales, a fin de evitar menor porcentaje de utilidades y precarización del empleo afectando la dignidad de la persona humana (fundamentos 69, 77 y 78).

9. Si bien tal resolución debe ser ejecutada para el caso concreto que originó la acción de amparo, no incide en la presente causa por lo siguiente:

(i) No cabe duda que se infringe la ley en los casos de tercerización cuando se dota simplemente de personal, pero de ello no se desprende la conclusión a la que se arriba en esta sentencia, esencialmente porque dicha infracción se puede dar tanto en el “núcleo del negocio” como en cualquier otra actividad. En todos los casos, se trate de una u otra actividad se infringen las reglas de la tercerización. Se trata, por tanto, de argumento contingente que no responde el fondo del asunto.

(ii) Desde luego que es indispensable evitar la desnaturalización de la tercerización, pero la sentencia no da ninguna razón de por qué ello es así solo cuando se terceriza el “núcleo del negocio”.

(iii) Los supuestos señalados en la sentencia de amparo ya fueron analizados en la sentencia de inconstitucionalidad y aunque es posible sostener que podrían suscitarse fraudes en este tipo de contratación, el propio Tribunal Constitucional indicó que en abstracto no se vulnera la ley y para los casos concretos lo que se impone es la sanción a la empresa y

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

el reconocimiento del vínculo laboral (fundamento 26, expediente 001394-2014-AI/TC).

10. Resulta evidente que la sentencia recaída en el proceso 03097-2024-PA/TC sigue una línea interpretativa distinta a los criterios expuestos en el expediente 0013-2014-PI/C, sin embargo, no ha podido establecer precedente vinculante en los términos del artículo VI del Código Procesal Constitucional, norma que exige un procedimiento tanto para establecer este como para apartarse del mismo (voto conforme de cinco magistrados), de lo que sigue que lo expuesto en su fundamento 98, a pesar de lo categórico de la afirmación, no pasa de tener solo un carácter meramente persuasivo.

11. Tal persuasión no es de recibo porque, como ya se ha señalado: (i) no se aprecian razones suficientes para que el Tribunal Constitucional, desde lo prescrito en la ley, desvirtúe lo que ya declaró; (ii) lo declarado en términos de constitucionalidad de la norma vincula a esta Sala Suprema; y (iii) un Tribunal -y con mayor razón el Tribunal Constitucional- se encuentra vinculado a sus decisiones anteriores y aunque, desde luego, puede apartarse de ellas, debe hacerlo en la forma en que lo señala la ley, pues de no ser así se corre el peligro que con otro tipo de sentencias, incluso las interlocutorias, pudiera modificar resoluciones en las que ya decidió por la constitucionalidad/inconstitucionalidad o la convencionalidad/inconvencionalidad de algunos temas que ya hubiera resuelto.

Segundo. La actividad principal y la tercerización

12. El artículo 3 de la ley 29245 indica lo siguiente:

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

13. La expresión “núcleo del negocio” no se encuentra en la ley 29245 que regula los servicios de tercerización, tampoco en el Decreto Legislativo 1038 que precisa

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

los alcances de la ley 29245, mucho menos en el reglamento de dichas normas jurídicas, el Decreto Supremo 006-2008-TR de 12 de setiembre del 2008.

14. En este último Decreto Supremo, se señalaba el ámbito de la tercerización con estas palabras:

Artículo 2º.- Ámbito de la tercerización

*El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su **actividad principal**, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia (resaltado nuestro).*

15. A su vez, el artículo 1 del referido decreto, indicaba que la tercerización podía recaer en la “actividad principal” de la empresa y se indicaba que constituían “actividades principales” aquellas mencionadas en el Decreto Supremo 003-2002-TR y su modificatoria, en esencia, el Decreto Supremo 008-2007-TR.

16. Los referidos decretos supremos definieron la actividad principal de la empresa de la siguiente forma:

Artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR

Actividad principal. Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo.

Artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2007-TR

Actividad principal. Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio. Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

Tercero. Núcleo del negocio y parte integral del proceso productivo

17. Es el Decreto Supremo 001-2022-TR la que, en el ámbito de la tercerización, introduce la expresión “núcleo del negocio”. Lo hace en su artículo 1 para precisar los límites de lo que debe entenderse como “actividad principal”. Desde esa perspectiva, señala lo que sigue:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

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.

18. El diagrama que aquí se presenta contiene el devenir de las diferentes disposiciones legales:

Antecedentes		Leyes de tercerización		Reglamento	Reglamento
D.S. 003-2002-TR	D.S. 008-2007-TR	Ley 29245	D.Leg. 103	D.S. 006-2008-TR	D.S.001-2022 TR
Actividad principal	Actividad principal	Actividad principal	Actividad principal	Actividad principal	Núcleo del negocio
28/04/2002	27/04/2007	24/06/2008	25/06/2008	12/09/2008	23/02/2022

19. Determinar si la expresión “núcleo del negocio” infringe la ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038 es la materia controvertida.

Cuarto. La actividad principal y la tercerización

20. En principio, como se ha observado ni los antecedentes respectivos, ni la ley de creación de la tercerización, ni el reglamento de estas leyes hablaron del núcleo del negocio; antes bien, refirieron de manera expresa que cabía tercerizar las actividades principales del negocio, la que era conceptualizada como la “consustancial al giro del negocio” (D.S. 003-2002-TR y D.S. 008-2007-TR) o las que (sin exclusión alguna) constituían “parte integral del proceso productivo” (artículo 3 de la ley 29245), siendo la única limitación establecida la prescrita en el artículo 2 de la referida ley: prohibición de simplemente dotar de personal.

21. La claridad de dichas disposiciones es tan evidente que, incluso, en la acción de inconstitucionalidad del artículo 3 de la ley 29245, si bien no se discutió el término “núcleo del negocio” -que, de hecho, para esa época no existía legislativamente-, en uno de los votos singulares (el de la magistrada Marianella Ledesma), se dijo que “mediante la tercerización, la empresa busca concentrarse en las operaciones que son consideradas estratégicas o el núcleo duro de su giro (*core business*) /fundamento 2).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

22. Desde luego, tal voto no vincula a este Tribunal Supremo, pero es claro indicativo que no hay forma alguna de disminuir el ámbito de la tercerización, excluyendo al núcleo del negocio, pues tal retracción no se encuentra en la ley 29245 y, antes bien, supone desnaturalización de esta.

23. En efecto, lo que el Decreto Supremo 001-2022-TR hace es, en principio, indicar que la tercerización opera en el caso de las actividades especializadas (que las distingue de las principales, pues son las vinculadas a estas), para agregar, después, que no cabe tercerización en el núcleo del negocio.

24. Es verdad que la ley 29245 también habla de actividades especializadas (artículo 2), pero no es menos verdad:

(i) que el artículo 3 de la ley enumera los casos de tercerización y en ellos comprende, sin exclusión alguna, la “parte integral del proceso productivo”;

(ii) que el reglamento (D.S. 006-2008-TR) precisó que ellas podían hacerse dentro de las actividades principales y que ellas eran las consustanciales al negocio; y

(iii) que, en ninguno de sus dispositivos, se habla del núcleo del negocio.

25. Debe mencionarse que esta Sala Suprema ya emitió algunas decisiones en torno al tema de la tercerización, en ambos casos, en acción popular, distinguiendo la intermediación laboral de la tercerización, indicó que esta última opera únicamente con respecto “a la actividad principal de las empresas usuarias” (sentencias 764-2011-Lima y 1607-2012-Lima).

26. De otro lado, el Decreto Supremo 001-2022-TR señala que para identificar el núcleo del negocio debe tenerse en cuenta: i) el objeto social de la empresa, ii) lo que la 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, la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes; y iv) la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

27. Hay dos formas de abordar esa línea de identificación. Por la primera, no puede distinguirse el “núcleo del negocio” (esto es, el objeto social, lo que identifica a la empresa, el elemento diferenciador o la actividad que importa mayores ingresos) de la “actividad principal” de la empresa, término utilizado en la ley de origen, o “consustancialidad del negocio”, expresión utilizada en el D.S. 006-2008-TR. Por la segunda, debe recordarse que el artículo 3 de la ley 29245 no establecía ninguna distinción con respecto a lo que podía ser tercerizado, mientras que el Decreto Supremo sí lo hace. En ambos casos, la expresión núcleo del negocio no es aceptable, ya por inútil, ya por distorsionar la ley de origen.

28. Cabe, sin embargo, suponer que no se está hablando del mismo tema, pero entonces: (i) hay una imprecisión en la forma de presentar el concepto “núcleo del negocio” que no la distingue de la consustancialidad del negocio; o (ii) pretende alejarse sustancialmente de la expresión actividad principal (que fue objeto del D.S 006-2008-TR) o de la expresión totalizadora “parte integral del proceso productivo” recogida en la ley de origen. En ninguno de los casos es posible amparar la demanda.

Quinto. Sobre las apelaciones interpuestas.

29. Coincido con los argumentos y la decisión tomadas en el caso del Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú -IDLADS PERÚ.

30. Los demandantes Asociación Civil por la Integridad, Servicios de Agua Potable y Alcantarillado - SEDAPAL, Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE interponen, en general, recurso de apelación para que se declare fundada en su totalidad la demanda, cuestionando la decisión en la parte que señala:

3. INTERPRETAR que el artículo 2 del Decreto Supremo No.001-2022-TR en el extremo que establece: “(...) No está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio”, es constitucional siempre que se entienda que esta prohibición debe establecerse ante la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de esta forma de

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

contratación con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores: INTERPRETÁNDOSE y ENTENDIÉNDOSE en igual forma y alcances, el extremo del artículo 5º que establece que “se produce la desnaturalización de la tercerización (...) b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio (...) desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en ...”, y el extremo del artículo 9, que establece que “... con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento ...”.

31. Con respecto a la interpretación que la sentencia impugnada propone del artículo 2 del Decreto Supremo impugnado, cabe decir que la acción popular consiste en determinar si la norma abstracta es compatible con la ley o la Constitución. Luego, si ello es así, la acción popular debe ser desestimada, en tanto cuando se denuncia el uso fraudulento de la norma no es ella la que se cuestiona, sino su aplicación. Es decir, la ejecución fraudulenta se sanciona de forma concreta sin que la norma jurídica en sí misma sea perjudicada, de lo que sigue que resulta innecesaria la interpretación realizada en la sentencia de vista. El criterio aquí expuesto es el que además siguió el Tribunal Constitucional en la sentencia 0013-2014-AI/TC cuando expresó: “70. *Tal como se ha reseñado, el argumento de la parte demandante gira en torno a un posible fraude a la ley, en el cual se generen contratos de tercerización desnaturalizados, generando precarización laboral para los trabajadores. [...] 72. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces”.*

32. En lo que concierne a la interpretación que se propone en dicha sentencia respecto de los artículos 5 y 9, dado que esta se da en torno a la desnaturalización de la tercerización por desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio y la cancelación del registro de empresas tercerizadoras, es decir tiene relación con el artículo 2, resulta innecesaria la interpretación realizada en base a los mismos argumentos citados en el considerando precedente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

33. Por otra parte, la Procuraduría Pública Especializada en materia constitucional y el Sindicato Unificado de Trabajadores Tercerizados Operadores del Servicio de Agua Potable y Aguas Residuales -SUTTOSAPAR solicitan que se declare infundada en todos sus extremos la demanda.

34. En extenso se han expuesto las razones por las que estimo que el Decreto Supremo 001-2022-TR no resulta acorde a la ley 29245, por lo que debe desestimarse estas apelaciones.

35. Del mismo modo, en cuanto a la Décima Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo 001-2022-TR, se advierte que se trata de disposición sobre los plazos de adecuación a las modificaciones establecidas en el artículo 2 del referido decreto supremo, de forma que, al haberse declarado su inconstitucionalidad, solo cabe amparar la demanda también en este extremo.

Sexto. La desnaturalización de la tercerización

36. Debo indicar que aquí lo único que se ha hecho es análisis abstracto del Decreto Supremo 001-2022-TR, pero nada obsta que cuando no se cumplan con los requerimientos que la ley exige se impongan sanciones severas en cada caso concreto para impedir la desnaturalización de este tipo de contratos. Nada tampoco impide al Tribunal Constitucional modificar su criterio siguiendo las pautas señaladas por la ley ni al Poder Legislativo modificar los términos de la ley si considera que existente entra en contradicción con los derechos de los trabajadores, no correspondiendo a esta Sala Suprema modificar la legislación ni apartarse de los criterios que el legislador ha impuesto y ha sido validado por el contralor constitucional.

**S.S.
CALDERÓN PUERTAS**

Mmv

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO ESPINOZA ORTIZ, ES COMO SIGUE:

I. MATERIA DEL RECURSO:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema, el recurso de apelación formulado por el **Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú - IDLADS PERÚ**, de fecha 17 de julio de 2023, contra la Resolución N.º 24, de fecha 04 de mayo de 2023, que declaró improcedente la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo; así como los recursos de apelación formulados, por: **i) La Procuraduría Especializada en Materia Constitucional**, de fecha 12 de abril de 2023; **ii) El Sindicato Unificado de Trabajadores Tercerizados Operadores del Servicio de Agua Potable y Aguas Residuales — SUTTOSAPAR**, de fecha 12 de abril de 2023; **iii) La Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), Asociación de Exportadores, Cámara de Comercio de Lima, Sociedad Nacional de Industrias, Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía — SNMPE**, de fecha 12 de abril de 2023; **iv) La Asociación Civil por la integridad**, de fecha 11 de abril de 2023; y, **v) Servicios de Agua Potable y Alcantarillado - SEDAPAL**, de fecha 12 de abril de 2023, todos contra la sentencia contenida en la Resolución N.º 22, de fecha 08 de marzo de 2023, expedida por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el extremo que resolvió declarar **fundada en parte** la demanda de acción popular.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO:

1. Demandas acumuladas.

Entre los meses de marzo y mayo de 2022, diversos ciudadanos, asociaciones civiles y gremios empresariales interpusieron demandas de acción popular contra el Decreto Supremo N° 01-2022-TR, publicado el 23 de febrero de 2022, solicitando se declare su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de jerarquía normativa y diversos derechos constitucionales. En términos generales, los demandantes sostuvieron que dicha norma excede los alcances de la Ley N° 29245 al introducir restricciones no previstas en ella, particularmente al prohibir la tercerización de actividades vinculadas al denominado “núcleo del negocio”, así como al modificar el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, pese a tratarse de una norma de inferior jerarquía, afectando con ello los derechos al trabajo, a la libertad de empresa y a la libertad de contratar.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

Asimismo, alegaron que la norma cuestionada vulnera los principios de tipicidad, taxatividad, seguridad jurídica, razonabilidad y proporcionalidad, al emplear un concepto abierto e impreciso como el de “núcleo del negocio”, cuya indeterminación impide prever razonablemente su alcance y aplicación, y al imponer la obligación de modificar contratos válidamente celebrados. En esa línea, sostuvieron que la disposición complementaria única genera efectos retroactivos, altera el momento en que se configura la desnaturalización de la tercerización y afecta la intangibilidad contractual, así como las libertades de organización, acceso y permanencia en el mercado de las empresas involucradas.

Finalmente, los demandantes señalaron que la Ley N° 29245 no distingue entre actividades “nucleares” y “no nucleares”, ni prohíbe la tercerización de actividades principales, por lo que el Decreto Supremo N° 01-2022-TR no se limita a reglamentar la ley, sino que la modifica sustancialmente, introduciendo prohibiciones y consecuencias jurídicas que solo podían ser establecidas por norma con rango de ley. Adicionalmente, advirtieron que la norma fue aprobada sin observar el procedimiento de consulta y diálogo social exigido por el ordenamiento jurídico.

2. Resoluciones cuestionadas

Mediante **Resolución N° 24**, de fecha 04 de mayo de 2023, la Tercera Sala Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró improcedente la solicitud de intervención como litisconsorte facultativo formulada por el Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible Perú, al considerar que, si bien dicha entidad acreditó su existencia y representación legal, no precisó de manera concreta los argumentos que justificaran su interés jurídico ni las razones específicas que motivaban su participación en el proceso de acción popular.

Posteriormente, a través de la sentencia contenida en la **Resolución N° 22**, de fecha 08 de marzo de 2023, la citada Sala declaró fundada en parte la demanda de acción popular interpuesta contra el Decreto Supremo N° 01-2022-TR. En cuanto a los cuestionamientos formales, señaló que el proceso de acción popular solo habilita el control abstracto de normas infralegales por infracción

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

constitucional o legal, o por defectos en su expedición o publicación conforme a la Constitución o la ley, no siendo posible extender dicho control a la eventual vulneración de otras normas reglamentarias sobre publicidad normativa. Asimismo, descartó la afectación directa al derecho al trabajo, al considerar que la norma impugnada no regula el acceso al empleo en las empresas tercerizadoras.

No obstante, la Sala Superior advirtió que la incorporación del concepto de “núcleo del negocio” como límite a la tercerización vulnera los principios de tipicidad, taxatividad y seguridad jurídica, al tratarse de un concepto indeterminado que no permite prever razonablemente su alcance ni su aplicación, generando incertidumbre y el riesgo de interpretaciones arbitrarias. En tal sentido, concluyó que la prohibición de tercerizar actividades del núcleo del negocio, la causal de desnaturalización asociada a dicha prohibición, las consecuencias jurídicas derivadas del inicio del desplazamiento y la obligación de adecuar contratos dentro de un plazo determinado carecen de sustento constitucional, por lo que tales extremos resultan incompatibles con el ordenamiento constitucional.

Asimismo, la Sala consideró que dicha indeterminación afecta el derecho a la libertad de empresa y a la libre contratación, en tanto impide a las empresas definir con certeza sus objetivos, planificar sus actividades y organizar su estructura productiva, afectando especialmente a las micro y pequeñas empresas, al restringir su acceso y permanencia en el mercado. Finalmente, si bien reconoció que la norma perseguía un fin constitucionalmente legítimo -la protección de los derechos laborales-, concluyó que la prohibición absoluta de la tercerización en actividades del núcleo del negocio no supera el test de proporcionalidad, al existir mecanismos menos lesivos, como la inspección del trabajo y la aplicación del principio de primacía de la realidad, para combatir la tercerización fraudulenta sin sacrificar derechos y principios constitucionales.

3. Fundamentos de los recursos de apelación.

3.1. Servicios de Agua Potable y Alcantarillado de Lima – SEDAPAL, mediante recurso de apelación de 12 de abril de 2023, solicitó la revocatoria del extremo de la sentencia que optó por una interpretación conforme, en lugar de

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

declarar la nulidad del artículo 2, del inciso 5.b) del artículo 5 y del segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Supremo N° 001-2022-TR; y, reformándola, se declare fundada la demanda en todos sus extremos, disponiéndose la nulidad de las disposiciones mencionadas. Al respecto, sostuvo que no existe el vacío normativo invocado por la Sala Superior, pues el ordenamiento jurídico ya contiene mecanismos suficientes y vigentes para prevenir y sancionar la tercerización fraudulenta, tanto en la Ley N° 29245, su Reglamento, el Decreto Legislativo N° 1038 y la jurisprudencia constitucional previa, por lo que carece de justificación mantener la vigencia de normas infra legales inconstitucionales.

Asimismo, alegó que ni la Ley N° 29245 ni el Decreto Legislativo N° 1038 tuvieron como finalidad prohibir la tercerización de actividades, menos aún de aquellas vinculadas al denominado “núcleo del negocio”, sino regular dicha figura para evitar la mera provisión de personal, reconociéndola expresamente como un mecanismo legítimo de vinculación empresarial preexistente. En ese sentido, sostuvo que la norma impugnada introduce prohibiciones no previstas por el legislador, infringiendo los principios de jerarquía normativa y legalidad, más aún cuando la propia ley incluye como supuestos de tercerización los contratos de gerencia, que la norma cuestionada pretende excluir por considerarlos parte del núcleo del negocio.

Finalmente, SEDAPAL cuestionó la afectación a la garantía de la intangibilidad contractual derivada de la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, al ordenar la adecuación de contratos válidamente celebrados bajo una ley cuya constitucionalidad fue reconocida por el Tribunal Constitucional, sin una debida justificación constitucional. Del mismo modo, sostuvo que resulta inconstitucional establecer la desnaturalización de la tercerización desde un momento anterior al supuesto de hecho que la genera, al introducir una aplicación retroactiva no prevista en la ley, en contravención del artículo 103 de la Constitución Política del Perú, lo que justifica la revocatoria del fallo apelado.

3.2. La Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas (CONFIEP), la Asociación de Exportadores, la Cámara de Comercio de Lima,

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

la **Sociedad Nacional de Industrias y la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía- SNMPE**, mediante recurso de apelación de 12 de abril de 2023, solicitaron la revocatoria del extremo de la sentencia que optó por una interpretación conforme del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, así como de aquellos pronunciamientos que desestimaron la vulneración de las exigencias formales para su emisión y de los principios de jerarquía normativa, legalidad, intangibilidad contractual y proscripción de la retroactividad. En consecuencia, pidieron que se declare fundada la demanda en todos sus extremos y se anulen las disposiciones impugnadas, con efectos retroactivos hasta antes de su publicación, así como los actos y normas conexas sustentadas en dichas disposiciones, conforme al artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional.

Sostuvieron que la prohibición de tercerizar actividades vinculadas al denominado “núcleo del negocio” no admite una interpretación conforme a la Constitución, pues no supera el test de proporcionalidad y constituye una restricción creada vía reglamento, no prevista en la Ley N° 29245 ni en el Decreto Legislativo N° 1038. En ese sentido, afirmaron que la sentencia incurre en error al sostener que la nulidad de tales disposiciones generaría un vacío normativo, cuando en realidad se restablecería el régimen anterior, que ya protegía adecuadamente los derechos de los trabajadores y proscribía la tercerización fraudulenta sin imponer prohibiciones absolutas.

Asimismo, alegaron que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR fue emitido sin cumplir con los requisitos de prepublicación, transparencia y participación previstos en el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, y que introduce nuevas causales de desnaturalización de la tercerización no previstas en la ley, afectando los derechos a la libertad de empresa y a la libertad de contratación, así como el principio de reserva de ley. Finalmente, cuestionaron la modificación del momento en que se considera producida la desnaturalización —desde el desplazamiento del trabajador— por implicar una aplicación retroactiva proscrita por el artículo 103 de la Constitución y por imponer, mediante norma infralegal, una carga probatoria para exceptuar dicha retroactividad, lo que refuerza la inconstitucionalidad de los extremos impugnados.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

3.3. La Procuraduría Pública Especializada en Materia Constitucional, mediante recurso de apelación de 12 de abril de 2023, solicitó la revocatoria de los extremos de la sentencia que: (i) declararon nulos, con efecto retroactivo, los criterios incorporados en el artículo 1 del Reglamento para identificar el “núcleo del negocio” de la empresa principal; (ii) declararon nula, también con efecto retroactivo, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, referida al plazo de adecuación de contratos y figuras empresariales; y (iii) establecieron un sentido interpretativo de determinados extremos de los artículos 2, 5 y 9 del Reglamento, según la modificación introducida por el citado Decreto Supremo.

Sostuvo que la incorporación del concepto de “núcleo del negocio” responde a la necesidad de precisar y acotar el alcance del concepto de “actividades especializadas u obras” dentro del esquema de la tercerización, mediante la fijación de criterios generales de carácter orientador y no taxativo, destinados a facilitar su identificación caso por caso. Afirmó que tales criterios no vulneran los principios de tipicidad, taxatividad ni seguridad jurídica, sino que constituyen un desarrollo reglamentario acorde con la finalidad de la Ley de Tercerización, orientado a prevenir la desnaturalización de dicha figura y la constitución de empresas fraudulentas que afecten derechos laborales.

Asimismo, alegó que no se ha acreditado cómo la declaración de nulidad con efectos retroactivos afectaría la seguridad jurídica ni los actos administrativos emitidos al amparo de la norma cuestionada, máxime cuando el plazo de adecuación previsto por la Única Disposición Complementaria Transitoria ya había vencido antes de la emisión de la sentencia apelada. Finalmente, cuestionó el sentido interpretativo fijado por la Sala Superior respecto de los artículos 2, 5 y 9 del Reglamento, al considerar que desconoce la naturaleza jurídica de la tercerización y restringe indebidamente el ámbito de las actividades que pueden ser tercerizadas conforme a la ley, por lo que corresponde su revocatoria.

3.4. El Sindicato Unificado de Trabajadores Tercerizados Operadores del Servicio de Agua Potable y Aguas Residuales (SUTTOSAPAR), mediante recurso de apelación de 12 de abril de 2023, solicitó la revocatoria de la sentencia

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

apelada y que, reformándola, se declare infundada la demanda. Al sustentar su pretensión, señaló que la tercerización constituye una figura excepcional y no un principio general, cuyo ejercicio se encuentra sujeto a condiciones legales estrictas, debiendo compatibilizarse con la protección de los derechos de los trabajadores y la proscripción del abuso del derecho, aun cuando se reconozcan la libertad de empresa y la libertad de contratación.

Asimismo, sostuvo que la Ley N° 29245 exige que la tercerización se sustente en la especialización real de la empresa tercerizadora, la cual debe contar con autonomía empresarial, pluralidad de clientes, equipamiento propio y ausencia de subordinación, proscribiéndose en todo caso la mera provisión de personal. En esa línea, afirmó que dentro del proceso productivo de la empresa principal existen actividades especializadas susceptibles de ser tercerizadas, así como actividades esenciales o no especializadas que garantizan su existencia real y operativa y que no pueden ser objeto de tercerización, pues lo contrario implicaría desnaturalizar la finalidad empresarial y configurar un abuso del derecho.

Finalmente, el sindicato sostuvo que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR no introduce prohibiciones arbitrarias, sino que desarrolla y precisa los criterios previstos en la Ley N° 29245, delimitando con mayor claridad el objeto de la tercerización a las actividades especializadas y estableciendo un plazo razonable de adecuación hasta el 22 de agosto de 2022, sin afectar la validez de los contratos existentes. En tal sentido, afirmó que la norma cuestionada se enmarca dentro de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, no vulnera los principios de legalidad, seguridad jurídica ni supremacía constitucional, y resulta coherente con el espíritu y finalidad de la Ley de Tercerización.

3.5. Asociación Civil por la Integridad, mediante escrito de fecha 14 de abril de 2023, sostuvo que los artículos 2 y 5 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, modificados por el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, vulneran los principios constitucionales de jerarquía normativa y de potestad reglamentaria previstos en los artículos 51 y 118, numeral 8, de la Constitución Política del Perú, así como otros derechos y principios constitucionales. Si bien la Sala Constitucional reconoce que dichas disposiciones transgreden los principios de tipicidad,

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

seguridad jurídica, libertad de empresa, libre contratación y proporcionalidad, y que, conforme al artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, debieron ser declaradas nulas, opta por apartarse de dicha consecuencia jurídica bajo el argumento de evitar la generación de vacíos normativos, emitiendo en su lugar una sentencia de carácter interpretativo.

Asimismo, cuestiona que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR no se haya limitado a precisar el concepto de actividad principal, sino que haya introducido una nueva categoría normativa —el denominado “núcleo del negocio”— inexistente en la Ley N° 29245, alterando sustancialmente el régimen legal de la tercerización. Dicha incorporación prohíbe la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio y amplía los supuestos de desnaturalización de la tercerización, pese a que la ley solo contempla tales efectos en los casos expresamente previstos en sus artículos 2 y 3. En ese sentido, una norma reglamentaria de inferior jerarquía habría excedido su función complementaria, regulando materias reservadas a la ley y modificando de hecho su contenido, lo cual contraviene la jerarquía normativa.

Finalmente, refirió que la constitucionalidad y legalidad de la versión original del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que no distinguía entre actividad principal y núcleo del negocio, ya había sido confirmada por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en precedentes vinculantes, lo que refuerza la ilegalidad de la modificación introducida. Finalmente, se objeta la inaplicación del artículo 80 del Nuevo Código Procesal Constitucional, pues la Sala Constitucional no identificó de manera concreta el supuesto vacío normativo ni el perjuicio específico que se produciría con la declaración de nulidad, limitándose a invocar de forma genérica la seguridad jurídica, razón por la cual se sostiene que correspondía declarar la nulidad de las normas cuestionadas y estimar el recurso de apelación.

III. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

1. Proceso constitucional de acción popular.

La **acción popular**, es un proceso constitucional orgánico cuya finalidad es la defensa de la Constitución y la Ley, frente a infracciones contra su jerarquía

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

normativa, así el inciso 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú precisa que, la **acción popular** 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; proceso constitucional que tiene como objeto el control normativo de los reglamentos y de normas administrativas, preservando de esta manera la validez y eficacia de la Constitución y la Ley.

A este respecto, en la sentencia Acción Popular N° 2232-2012 - Lima, este Tribunal ha señalado que el proceso de Acción Popular es una garantía constitucional de competencia exclusiva del Poder Judicial, reconocida en el inciso quinto del artículo 200 de la Constitución, que procede contra los reglamentos, normas administrativas, resoluciones y decretos de carácter *-cualquiera sea la autoridad de la que emanen-*, pero que infrinjan la Constitución y la Ley¹⁷.

También se ha sostenido que, la **acción popular** como garantía constitucional, es un proceso constitucional de tipo jurisdiccional dirigido al control legal y constitucional de aquellas normas reglamentarias o administrativas, contrarias a la Ley y la Constitución; siendo éste un proceso constitucional dirigido a defender la Constitución frente a las infracciones de su jerarquía normativa y no solo de control jurisdiccional sobre la potestad reglamentaria de la administración. Desde un punto de vista sustantivo, este proceso tiene estrecha vinculación con la acción de inconstitucionalidad de las leyes, en la medida que su propósito es también asegurar el orden constitucional objetivo, además del legal, examinando en abstracto las normas inferiores a la ley, y desde la perspectiva procesal, su razón de ser es la protección del orden constitucional y legal como valores supremos no solo del Estado, sino también de la sociedad, la legitimidad activa es general y material¹⁸.

En esa perspectiva, la **acción popular** es un proceso constitucional de control de constitucionalidad y legalidad, pero que de manera exclusiva y excluyente está a cargo del Poder Judicial y a través de la cual se cuestionan normas contrarias a la

¹⁷ De fecha 23 de mayo del 2013.

¹⁸ Landa Arroyo, César. Tribunal constitucional y Estado democrático. Edit. Palestra. Lima 2007. Página 249-250.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Constitución, pero de menor jerarquía a la Ley, siendo éste un mecanismo procesal-constitucional de control normativo abstracto de las normas infra legales y que se realiza con independencia de la aplicación concreta a la realidad.

2. La dignidad de la persona humana y el derecho a la igualdad.

La dignidad de la persona, en uno de los principios fundante sobre el que se alza el Estado constitucional de derecho, e incluso es de larga data la posición expresada por el Tribunal Constitucional, en el sentido que este es un principio-derecho constitutivo de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, siendo este un presupuesto ontológico para la existencia y defensa de los derechos fundamentales de la persona.

Por lo tanto, este derecho fue concebido para proteger, en última instancia, la libertad personal a fin de que cada ser humano *-dentro del bien común-* pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular proyecto de vida, el mismo que es el resultado de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento¹⁹. Es de allí que se pretende eliminar todo obstáculo que pudiera impedir el libre desarrollo de su personalidad, en función de su proyecto de vida personal e incluso familiar, si fuere el caso.

Bajo estas premisas, el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales a nivel de nuestro ordenamiento constitucional, es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares²⁰, es de allí que la dignidad humana, es el presupuesto jurídico de la existencia de todos los derechos fundamentales, pues la persona humana no puede ser concebida como un medio, sino como un fin en sí mismo; es por esos que su defensa constituya el fin supremo que debe inspirar todos los actos estatales, en particular, y los de la sociedad, en general²¹.

De otra parte, el derecho a la igualdad es un derecho fundante que es el presupuesto de otros derechos, a su vez la igualdad, encuentra su fundamento en el principio-derecho a la dignidad de la persona, que es un concepto universal en la

¹⁹ Fernández-Sessarego, Carlos. La Constitución comentada artículo por artículo. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2006. Páginas 7-8.

²⁰ STC. Expediente N° 01417-2005-AA/TC [Fundamento 2]

²¹ STC. Expediente N° 00050-2004-PI/TC [Fundamento 46]

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

medida que se predica para todos los individuos sin excepción, pues los seres humanos somos iguales en la medida que somos portadores de dignidad, de modo que sin dignidad no hay igualdad y no hay derechos²².

Que, el derecho a la igualdad puede abordarse desde dos sentidos, por un lado, como un principio rector del ordenamiento jurídico y por el otro, como un derecho fundamental que el Estado debe proteger y garantizar a toda persona; los primeros son mandatos de optimización, que implica la obligación de maximizar el cumplimiento de normas fundamentales, balanceando las posibilidades jurídicas reales; en tanto que la igualdad como derecho, son atributos reconocidos a las personas y que pueden ser exigido al Estado y opuesto a los particulares.

3. Libertad de empresa:

La empresa, es una organización humana conformada por personas que trabajan en ella, que coordinan sus acciones con el propósito de logra ciertas metas o resultados compartidos, con el propósito de conseguir sus propios fines y satisfacer las necesidades de los consumidores (necesidades externas) y de sus integrantes (necesidades internas)²³.

Por otro lado, la iniciativa privada es un principio que informa todo el modelo económico, en el contexto de una economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución), y está directamente vinculado con el de derecho fundamental de una persona de participar en la vida económica de la nación, sea en forma individual o asociada (artículo 2.17 de la Constitución); entonces, merece protección constitucional no solo el *empresario* que es titular de aquella iniciativa privada, sino también la propia persona jurídica de derecho privado creada para el efecto, siempre y cuando su naturaleza lo permita.

Esta iniciativa privada, es el ejercicio de la libertad que tiene el ciudadano para crear organizaciones empresariales, pero dentro de los cánones establecidos por la ley y donde interactúan persona y recursos, que incluyen jerarquías, división del trabajo y el establecimiento de procedimientos, en la que se distingue el concurso de factores que permiten su existencia, entre ellos, la dirección, a los que se

²² Pérez Royo, Javier. Curso de derecho constitucional. Edit. Marcial Pons. Madrid 2012. Página 234.

²³ Pancorvo Corcuera, Jorge. Organizaciones y servicios. Edit. UDEP. Lima 2008. Página 19-20.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

suman los bienes, el capital y el trabajo, con el fin de alcanzar los objetivos de la organización.

En este contexto, la libertad de empresa también merece protección constitucional, más aún, si el artículo 59 de la Constitución garantiza *-entre otros-* la libertad de empresa, y la misma debe ser entendida como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para fines de intercambio y satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios, pero éste no es un ejercicio incondicionado, pues su ejercicio está resguardado por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico, es decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia²⁴.

4. De la tercerización laboral.

Tal como se sostuvo, la empresa es una organización donde interactúan personas y recursos, que incluyen jerarquías, división del trabajo y el establecimiento de procedimientos, en la que se distingue el concurso de factores que permiten su existencia, entre ellos, la dirección, a los que se suman los bienes, el capital y el trabajo; pero dado el avance de la ciencia y la tecnología en un mundo globalizado, donde los esquemas tradicionales del trabajo son abandonados y dan paso a nuevas formas de organización laboral empresarial y de nuevos sistemas productivos²⁵.

Uno de estos métodos de organización empresarial es la externalización de los servicios, donde el empleador contratará a un tercero para que le provea determinados servicios, que si bien pueden ser parte de su línea productiva, o bien un servicios de naturaleza complementaria, pudiendo ser sólo de mano de obra (intermediación laboral) o un servicio integral (tercerización)²⁶; ahora con relación a la tercerización, se la entiende como la contratación de empresas para que presten servicios o ejecuten obras, siempre que aquellas asuman los servicios de manera integral y sean prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos

²⁴ STC. Expediente N° 0008-2003-PI/TC [Fundamento 18].

²⁵ Navarrete Maldonado, Alejandro. La Tercerización e intermediación laboral. Edit. Gaceta Jurídica. Lima 2024. Página 15.

²⁶ Ibidem.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

financieros, técnicos o materiales y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación²⁷.

Que, los sujetos que participan en la tercerización son: i) la empresa principal, que es aquella que ha decidido no realizar directamente a través de sus propios medios materiales y personales, ciertas fases o actividades precisas con la finalidad de alcanzar sus propios fines y satisfacer las necesidades de sus clientes, ii) la empresa tercerizadora, es aquella que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación²⁸; pero, debe mantener su autonomía con relación a la empresa principal, realizando trabajos especializados u obras en las unidades de productivas o ámbitos de aquella empresa principal.

Es en este contexto y siendo la empresa es una organización donde interactúan personas y recursos, también se ven involucrados aquí los trabajadores de las empresas tercerizadas y de las tercerizadoras. En abstracto, el personal de la empresa tercerizadora no deben ver afectado sus derechos laborales, pero manteniendo la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización; pero tampoco debieran verse afectados los derechos de los trabajadores de las empresas principales, sobre todo con lo relacionado a su vínculo laboral con ella.

IV. DEL ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO:

1. Procesos de inconstitucionalidad contra la Ley N° 29245.

- (a) Se hace necesario hacer algunas precisiones previas, respecto a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional con relación a la presunta inconstitucionalidad de la Ley N° 29245 – Ley que regula los servicios de tercerización.
- (b) Así, el Colegio de Abogados del Callao, el 23 de junio del 2014 presentó una demanda de inconstitucionalidad de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038, denunciando la inconstitucionalidad de las citadas normas legales

²⁷ Casación Laboral N° 779-2016-DEL SANTA [Fundamento Quinto]

²⁸ Definición contenida en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

en cuanto se refiere a los artículos 3, 7 y 9 de la Ley y los artículos 1 del Decreto legislativo ya mencionado.

- (c) Con relación a la Ley N°29245, se arguye lo siguiente:

“El Colegio de Abogados del Callao sostiene que el artículo 3 de la Ley 29245 vulnera los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución así como los convenios internacionales suscritos por el Estado peruano en materia laboral, al permitir, tras esta disposición, que se utilice contratistas para desarrollar la misma labor que realiza la empresa principal, pero con otras condiciones laborales menos garantistas a fin de rebajar los costos laborales.

Asimismo, añaden que al permitir la tercerización de toda una etapa productiva de la empresa principal, se estaría desnaturalizando esta figura, dado que esta sólo debe recaer en labores complementarias. Por otro lado, alega que el artículo 7 de la Ley 29245 viola la dignidad del trabajador y el principio de igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado entre los trabajadores de la empresa usuaria y los trabajadores de empresa principal, pese a que realizan las mismas labores.

En relación con el penúltimo párrafo del artículo 9 del mismo cuerpo normativo, la parte demandante sostiene que se estaría vulnerando el principio de igualdad y la dignidad del trabajador contemplado en el artículo 23 de la Constitución, al reducir el plazo de prescripción para hacer efectiva la responsabilidad, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, de la empresa principal. Por otro lado, añade que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 vulnera el artículo 23 de la Constitución, dado que permitir la subcontratación en la tercerización genera precarización laboral, al establecer peores condiciones laborales.”

- (d) Con relación al Decreto Legislativo, el demandante Colegio de Abogados del Callao, preciso que:

“El Colegio de Abogados del Callao, también alega que el último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038 vulnera el artículo 23 de la Constitución, toda vez que introduce supuestos de excepción a la pluralidad de clientes en el ámbito de las empresas tercerizadoras y esto favorece la posibilidad de que se presenten supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores.”

- (e) Que, la citada demanda de inconstitucionalidad ha se tramitó en el expediente N° 0013-2014-PI/TC, en el mismo que por mayoría se resolvió declarar *“Infundada la demanda”* por sentencia del 10 de septiembre del 2019, por lo tanto, la Ley N°29245 es Constitucional al.
- (f) Empero, en la citada sentencia del 10 de diciembre del 2019 el Tribunal Constitucional no aborda de manera concreta respecto a la posibilidad o no de tercerizar las actividades *“nucleares del negocio”*, salvo la mención al

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

artículo 3 de la Ley N° 29245 en los fundamentos 33, 34, 108, 109 y 110, referidos a la actividad principal²⁹ del negocio pero desde la perspectiva de la no afectación de los derechos colectivos e individuales de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

- (g) Si bien se hace referencia al artículo 2 de la Ley *-que no fue materia de la demanda de inconstitucionalidad-* en los fundamentos 36 y 43, y en concordancia con los artículos 3 y 7 de la Ley, no afectaría el derecho fundamental a la dignidad de los trabajadores de la empresa principal y de la tercerizadora.
- (h) Así también, el Tribunal Constitucional ha emitido la sentencia del 27 de mayo del 2024 en el expediente N° 00006-2023-PI/TC, donde se pretendió que se declare inconstitucional la Ley N° 31254 – Ley que prohíbe la tercerización y otras formas de intermediación laboral de los servicios de limpieza pública y afines que prestan los obreros municipales, la misma que también fue *“Declarada infundada”*.
- (i) Que si bien, en este proceso de inconstitucionalidad no fue materia de cuestionamiento la Ley N° 29245 – Ley que regula los servicios de tercerización, pero el Tribunal Constitucional ha expresado algunas consideraciones respecto a la indicada Ley en los fundamentos 58 al 68, no obstante, tampoco ha emitido pronunciamiento concreto con relación al *“núcleo del negocio”* de las empresas tercerizadas, regidas bajo los alcances de dicha norma legal.
- (j) De manera que, la cuestionada la Ley N° 29245 – Ley que regula los servicios de tercerización, es constitucional por la propia naturaleza de la sentencia emitida en el citado expediente N° 0013-2014-PI/TC; dado que aquella Ley no fue materia de cuestionamiento desde la perspectiva del *“núcleo del negocio”*.

2. Sobre el control formal del Decreto Supremo 001-2022-TR.

²⁹ Aquí debe dejarse sentado que la Ley N° 29245 no define la “actividad principal” del negocio, que en su momento fue definido el Decreto Supremo 006-2008-TR, por remisión.

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

- (a) Se ha expresado como agravio que, según la sentencia apelada el parámetro de control es la Constitución y la Ley, pero no otras de rango reglamentario, por lo tanto, no formaría parte del parámetro de control el Decreto Supremo N° 001-2008-JUS, que establece la exigencia de prep publicación; pese a que en la demanda se expresó con claridad que en la emisión del Decreto Supremo N° 001-2022-TR se afectó la participación y transparencia consagrados en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- (b) Que, efectivamente el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, contiene el principio de participación y transparencia, siendo este un principio que tiene como objetivo que las personas a vigilen y participen en la gestión del Poder Ejecutivo, conforme a los procedimientos establecidos por la ley.
- (c) En ese sentido, el apelante entiende que este principio se concretiza con a emisión del Decreto Supremo N° 001-2008-JUS, cuando en el numeral 3.2. del artículo 3 precisa que: “3.2. *Cuando la entidad por razones debidamente fundamentadas, en el proyecto de norma, considere que la prepublicación de la norma es impracticable, innecesaria o contraría a la seguridad o al interés público.*”.
- (d) Siendo ello así, la apelante pretende que se efectúa un control formal y abstracto del Decreto Supremo N° 001-2022-TR teniendo como parámetro de control una disposición reglamentaria de la misma jerarquía normativa que la cuestionada, pese a que está fuera de toda discusión que la **acción popular** es un proceso constitucional de control abstracto dirigido al control legal y finalmente constitucional de aquellas normas reglamentarias o administrativas, que precisamente violentan la Ley y la Constitución. De manera que este agravio debe ser desestimado.

3. De las demandas de Acción Popular contra el Decreto Supremo N° 001-2022-TR.

- (a) Que, el citado inciso 5 del artículo 200 de la Constitución Política del Perú, ha sido desarrollado por el Código Procesal Constitucional, en su artículo 76

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

donde señala que, la demanda de **acción popular** procede contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general, cualquiera que sea la autoridad de la que emanen, siempre que infrinjan la Constitución o la ley, o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso; e, incluso no implica sustracción de la materia la derogación de la norma objeto del proceso, ni la convalidación posterior por norma con rango de ley.

- (b) Es decir que, la norma fundamental ha previsto que el proceso constitucional aludido tiene como objetivo el control abstracto de constitucionalidad de normas de jerarquía infralegales y que fueran emitidas por los funcionarios de las dependencias públicas, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en este caso adscritas al Poder Ejecutivo, ello en defensa de la Ley y de la Constitución, con la finalidad de preservar la coherencia y armonía del sistema jurídico.
- (c) En esa perspectiva, la administración pública está imbuida de su facultad reglamentaria la que, como es patente, debe estar subordinada directamente a Ley e indirectamente a la Constitución Política del Perú, en ese sentido, el inciso 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú le confiere esa facultad tal facultad al Presidente de la República, cuando preceptúa que:

“Artículo 118. Corresponde al Presidente de la República:

[...]

8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones.

[...]”

De ello se desprende que, esta potestad reglamentaria del Presidente está vinculada con la emisión de reglamentos *secundum legem*, pero sin desnaturalizarlas y/o transgredirlas, lo que es concordante con la Ley N° 29158 - Orgánica del Poder Ejecutivo, cuando señala que el Presidente de la República, tiene la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas, y dentro de tales límites, dictar decretos resoluciones (artículo 8.2.e).

- (d) El Tribunal Constitucional, ha precisado que la fuerza normativa de la que está investida la Administración se manifiesta por antonomasia en el ejercicio

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

de su potestad reglamentaria, que por un lado, debe desarrollar la ley sin transgredirla ni desnaturalizarla y del otro, hace operativo el servicio que la Administración brinda a la comunidad, los primeros son los llamados reglamentos *secundum legem* o reglamentos ejecutivos de las leyes, los que están llamados a complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben y los segundos, son los reglamentos *extra legem*, que son independientes, organizativos o normativos, los que se encuentran destinados a reafirmar, mediante la auto disposición la autonomía e independencia que la ley o la propia Constitución, sin que ello suponga desarrollar directamente una ley³⁰.

- (e) Si esto es así, las normas reglamentarias ejecutivas son normas de segundo nivel que por mandato constitucional están subordinadas a la ley, lo que supone la preminencia del Poder Legislativo sobre el Poder Ejecutivo, sin embargo, no hay materia reservada de la potestad reglamentaria frente a la ley, siendo que los reglamentos pueden responder al objetivo de la administración de precisar, desarrollar, pormenorizar, aplicar o complementar una ley, para asegurar la correcta operatividad administrativa de una ley previa, pero sin que pueda llegar a condicionar su vigencia o a transgredir, desnaturalizar, limitar, corregir o perfeccionar la norma legal³¹.
- (f) En este contexto, se cuestiona la constitucionalidad del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 23 de febrero del 2022 a través del cual se introducen modificaciones al Decreto Supremo 006-2008-TR, que a su vez, aprobó el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización; en ese sentido el primer cuestionamiento que se efectúa es que, se incorpora el concepto de “*núcleo del negocio*”, así como otras disposiciones que afianzan este concepto y que en el entendimiento de los demandantes vulneran la Ley y la Constitución, a saber:

³⁰ STC. Expediente acumulados N° 0001/0003-2003-PI/TC [Fundamento 15]

³¹ Morón Urbina, Juan Carlos. El vicio de derogación singular de las normas reglamentarias. Tomado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16237>.

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

principales y las correspondientes al “núcleo del negocio”, de manera que se habría prohibido la tercerización de las actividades principales correspondientes al “núcleo del negocio”, lo que es ilegal e inconstitucional.

- (h) El Decreto Supremo 006-2008-TR -*que aprueba el primigenio Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038* -, nos remite al Decreto Supremo 003-2002-TR que contiene la definición de *actividad principal*, que para mayor precisión la define de la siguiente forma:

"Artículo 1. De las definiciones:

Actividad principal: *Constituye actividad principal de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio.* *Son actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.*"³² (subrayado agregado).

De manera que, la citada norma reglamentaria introdujo esta definición de *actividad principal* en las normas referidas a la tercerización de servicios en el contexto de la Ley N° 29245, pese a que ella no contiene definición alguna al respecto, lo que en su momento no fue objetado.

- (i) Entonces, coincidiendo con el órgano de primera instancia, la disposición reglamentaria cuestionada no ha modificado el concepto de *actividad principal* del negocio, sino que ha introducido un término específico para definir las *actividades especializadas u obras* como aquellas relacionadas a la actividad principal, pero que no pueden tener por objeto “núcleo del negocio”; por lo tanto, estando a estas definiciones es patente que la *actividad principal* de la empresa forma parte de su razón de ser y se constituye como el “núcleo del negocio” de la empresa, así es que, estas actividades, por exclusión, no corresponden a las actividades *especializadas u obras*, que la ley permite tercerizar.
- (j) Por lo tanto, la modificación introducida al artículo 1 del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, no hace sino tener en cuenta aquella definición de *actividad principal* del

³² Texto de la modificatoria introducida al Decreto Supremo 003-2002-TR, por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 008-2007-TR.

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

negocio, para aclarar y precisar lo que ella significa, en el marco del esquema de la tercerización, pero dentro de la facultad que le depara la Constitución y la Ley al Poder Ejecutivo, con la finalidad de que las empresas centren sus esfuerzos en sus actividades distintivas y que los distingue de manera especial del resto, lo que evidentemente no implica cuestionar el contenido de la Ley N°29245.

- (k) Ahora bien, el ad quem ha sostenido que la definición del “núcleo del negocio” es indeterminado y que darían lugar a interpretaciones amplias, arbitrarias e incluso contradictorias, ello refiriéndose a los criterios establecidos artículo 2 modificado por del Decreto Supremo N°001-2022-TR, cuando estipula que 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.”.*
- (l) Sin embargo, los criterios establecidos por la citada norma reglamentaria para determinar “núcleo del negocio” son objetivos y no constituyen un *numerus clausus*, siendo patente que debe definirse el “núcleo del negocio” caso por caso, recurriendo a tales criterios y los mismos deben ser evaluados de manera concurrente. Pero de allí a sostener que tales disposiciones afectan el principio de tipicidad y seguridad jurídica es un contrasentido, pues ellas no han sido establecidos como infracciones administrativas; y, en cuanto a la seguridad jurídica ella debe ser entendida como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál hade ser la actuación del poder en aplicación del Derecho, desde esta perspectiva aquellos criterios son eminentemente objetivos y que ella no sea un coto cerrado, tampoco afecta este principio.
- (m) Por otro lado, el artículo 2 de la Ley N° 29245 extiende las actividades a tercerizar a las “*actividades especializadas u obras*”, la que fue definida inicialmente por el Decreto Supremo 006-2008-TR como: “*Servicios u obras*

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

prestados en un contexto de tercerización, cuya ejecución no supone la simple provisión de personal.”, y ahora el Decreto Supremo 001-2022-TR la define así: “Actividades especializadas u obras. Son actividades especializadas aquellas actividades vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados. Se entiende por obra la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.”, siendo perceptible la precisión efectuada, y esta última debe ser interpretada en concordancia con el artículo 3 de la citada Ley, pues allí se establecen las diversas formas de contratación de “*actividades especializadas u obras*” que podrían ser tercerizadas y que no forman parte del “*núcleo del negocio*”.

- (n) Entonces, lo que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR hace ahora, es precisar el concepto “*núcleo del negocio*” que está rodeado por la expresión *actividades especializadas u obras*, es decir, las actividades propias del negocio y que es la razón de ser de la empresa y lo ha englobado en la citada expresión, los mismos que no pueden ser tercerizados. Pero también se ha cuestionado la generalidad o ambigüedad de este último concepto, pero precisamente se han establecido 5 reglas concretas para identificarlos, las que también son achacadas de ilegales e inconstitucionales, lo que se descarta.
- (o) Sobre este punto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado y si bien lo ha hechos en un proceso de amparo, pero es necesario traerlo a colación en tratándose de una sentencia emitida por el intérprete cualificado de la Constitución, así en el expediente N° 03097-2024-PA -/TC, ha precisado que:

“59. 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 tercerizadas. 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.”

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

De manera que, prohibir la tercerización de las actividades que forman parte de la razón de ser del negocio, del “*núcleo del negocio*”, es un mandato que tiene como finalidad evitar la desnaturalización de la tercerización.

- (p) También se ha sostenido que, el Decreto Supremo N° 001-2022-TR a través del cual se introducen modificaciones al Decreto Supremo 006-2008-TR, vulneraría la libertad de empresa al prohibir las actividades correspondientes al núcleo del negocio; cierto es que la libertad de empresa tiene su base en la iniciativa privada, que es un principio que informa todo el modelo económico y en el ejercicio de esa libertad se puede crear empresa y es lo que merece protección constitucional de acuerdo al artículo 59 de la Constitución; pero esa libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley *-siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-*, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce³³.
- (q) Es de ahí que el Estado, si bien tiene un rol subsidiario y solidario en una economía social del mercado, pero sus atribuciones no pueden agotarse allí, pues en ejercicio de aquella facultad puede regular e incluso poner límites al ejercicio de la libertad de empresa a través de los mecanismos que la propia Constitución le depara y teniendo como base *-entre otros-*, el respeto de los derechos fundamentales de las personas, y uno de esos mecanismos es precisamente la facultad normativa que tiene el Estado, que le permite dictar normas que corrijan las inequidades sociales a fin de que todos sean partícipes del desarrollo económico; es en este contexto que se emite el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, por intermedio del cual se regula de manera mucho más precisa y concreta los alcances de la tercerización laboral.
- (r) Por otro lado, la Ley N° 29245 en su artículo 2 define la tercerización, como la contratación de empresas para que desarrollen *actividades especializadas u obras*, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales,

³³ STC. Expediente N° 7320-2005-AA/TC [Fundamento 53]

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación, y que sus elementos característicos son *-entre otros-*, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Pero en ningún caso, se admite la sola provisión de personal.

- (s) En consonancia con el citado artículo de la Ley, la modificatoria introducida al artículo 5 del Decreto Supremo 001-2022-TR no implica en modo alguno contrariar la Ley, mucho menos la Constitución, pues resulta razonable precaver la posibilidad de desnaturalizarlos, de manera que los agentes económicos tengan cánones normativos claros y eviten caer en tales circunstancias; siendo el reglamento la vía más idónea para fijarlo, pero dentro de las facultades que tiene la administración de complementar, precisar una ley, para asegurar su correcta operatividad, como en el presente caso y ello en modo alguno resulta inconstitucional.
- (t) Es de allí que el Tribunal Constitucional en el citado expediente N° 03097-2024-PA-/TC, también ha precisado que:

“60. 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.”.

Entonces, lo que se pretende es evitar que la tercerización afecte los derechos fundamentales de los trabajadores que merecen protección constitucional, referidos a sus derechos individuales e incluso colectivos, por otro lado, se procura la tercerización de aquellas actividades que no formen parte de *“núcleo del negocio”*, evitándose de esta forma la precarización laboral; estando a las razones ya expresadas, afirmar que el Decreto Supremo 001-2022-TR vulnera el artículo 51 de la Constitución, no corresponde a la realidad concreta del caso.

- (u) También se ha cuestionado por esta vía el Decreto Supremo 001-2022-TR en cuanto a la modificatoria del artículo 9 y la Disposición Complementaria Transitoria Única; a saber:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

Decreto Supremo N°001 -2022-TR	
Artículo 9	Disposición complementaria transitoria
[...] [...] con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento. [...] [...]	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.

- (v) Que, con relación a la modificación introducida por el Decreto Supremo 001-2022-TR al segundo párrafo del artículo 9 del Decreto Supremo Decreto Supremo 006-2008-TR, se precisa que éste modificaría el momento desde el cual se entiende producida la desnaturalización de la tercerización, pero no desde que ocurra, sino desde antes que ocurra: desde el desplazamiento; que para analizar la citada norma es conveniente tener en cuenta el íntegro del citado artículo, para analizarla en su real dimensión, así que ella preceptúa:

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

Artículo 9. Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras

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

Cuando se verifique alguna de las situaciones descritas en el artículo 5 del presente Reglamento, la inspección del trabajo propone la cancelación del registro, además de la imputación de relaciones laborales a la empresa principal **con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores desplazados, de acuerdo a lo establecido en el artículo 5 del presente Reglamento.**

Asimismo, la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento administrativo sancionador declara la cancelación del registro y las relaciones laborales existentes.

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

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

- (w) Este artículo debe ser interpretado en el contexto de los artículos 5³⁴ y 8³⁵ de la Ley 29245, en ese sentido, no se percibe que el artículo 9 modificado por el Decreto Supremo 001-2022-TR *-en las frases cuestionadas por los accionantes-* rebasen los contornos de los citados artículos, sino más bien la precisa y la complementa, por lo que aquella modificación no es ilegal ni inconstitucional; pues lo que allí se regula, son las consecuencias de las desnaturalización de los contratos laborales y evitar que la empresa principal se desvincule de los trabajadores de la empresa tercerizadora destacados en actividades nucleares.

³⁴ "Artículo 5. Desnaturalización 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."

³⁵ "Artículo 8. Registro de las empresas tercerizadoras Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución. La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

- (x) Sobre este punto, también se ha sostenido que el artículo 9 modificado por el Decreto Supremo 001-2022-TR *-en las frases señaladas por los accionantes-* vulnera el principio de no retroactividad (artículo 103 de la Constitución), sin embargo, allí se describe un hecho que debería ser verificado y evaluado por un Inspector de Trabajo, lo que se constituye como una cuestión de naturaleza probatoria que debe ser evaluado caso por caso y en la oportunidad que corresponda; por lo que se considera que no es posible de control a través de la Acción Popular.
- (y) Por otro lado, también se ha cuestionado la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo 001-2022-TR, en el sentido que éste sería inconstitucional por afectar el numeral 14 del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, que determina que toda persona tiene el derecho de contratar con fines lícitos y que los términos contractuales no pueden ser modificados por las leyes u otras disposiciones de cualquier clase si han sido pactadas válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
- (z) En tanto que el impugnante de este extremo de la sentencia, ha precisado que, los criterios generales para identificar el núcleo del negocio y por extensión a la Disposición Complementaria Transitoria Única, contribuyen a que se cumpla en estricto con lo dispuesto en la normativa que regula la tercerización, de manera que garantiza el adecuado empleo de la figura de la tercerización y evitar el empleo fraudulento en desmedro de los derechos laborales, por lo que ella no vulnera el derecho la constitución ni la ley.
- (aa) Previamente, debe determinarse la naturaleza jurídica de la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo 001-2022-TR; siendo que estas normas son normas que facilitan el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, pues la regulación provisional autónoma y diferente de la establecida por la norma nueva y la antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición.
- (bb) Es evidente que, la citada Disposición Complementaria Transitoria Única regula el tránsito de los hechos acaecidos bajo la vigencia del Decreto

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

Supremo 006-2008-TR a la nueva normatividad constituida por el Decreto Supremo 001-2022-TR, siendo razonable el plazo allí concedido para que los contratos y figuras empresariales vigentes a la fecha de la emisión del citado Decreto Supremo 001-2022-TR se adecuen a ella.

- (cc) Sin embargo, se estima que el primer párrafo de la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo 001-2022-TR, en el siguiente extremo que dispone: “[...] **deben adecuarse a las modificaciones establecidas en la presente norma, [...]**”, vulnera el numeral 14 del artículo 2 y el artículo 62 de la Constitución Política del Perú; empero, no debe perderse de vista que esta disposición forma parte de una disposición complementaria transitoria, que regula el tránsito entre una norma reglamentaria a otra, en este caso, modificada en sus artículos pertinente a los nuevas disposición de la nueva norma reglamentaria estatuida.
- (dd) En este contexto, si el órgano de control constitucional detecta y determina la existencia de un contenido normativo inconstitucional dentro de una ley o norma con rango de ley, la elaboración de dichas sentencias está sujeta alternativa y acumulativamente a dos tipos de operaciones: la ablativa y la reconstructiva; siendo que, la operación ablativa o de exéresis consiste en reducir los alcances normativos de la ley impugnada "eliminando" del proceso interpretativo alguna frase o hasta una norma cuya significación colisiona con la Constitución, lo que genera un cambio del contenido preceptivo de la ley. En tanto que, la operación reconstructiva o de reposición consiste en consignar el alcance normativo de la ley impugnada "agregándosele" un contenido y un sentido de interpretación que no aparece en el texto por sí mismo.³⁶
- (ee) La existencia de este tipo de sentencias se justifica por la necesidad de evitar los efectos perniciosos que puedan presentarse en determinadas circunstancias, como consecuencia de los vacíos legales que surgen luego de la “expulsión” de una ley o norma con rango de ley del ordenamiento jurídico. Tales circunstancias tienen que ver con la existencia de dos

³⁶ STC. Expediente N° 0004-2004-CC/TC [Fundamento 3.3.]

ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA

principios rectores de la actividad jurisdiccional-constituyente, a saber: el principio de conservación de la ley y el principio de interpretación desde la Constitución, el primero implica "salvar" la norma, hasta donde sea razonablemente posible, dado que expulsión de una ley del ordenamiento jurídico por inconstitucional, debe ser la *última ratio* a la que debe apelarse, así como el principio de interpretación desde la constitución, bajo este axioma o pauta básica se asigna un sentido a una ley cuestionada de inconstitucionalidad, a efectos que ella guarde coherencia y armonía con el plexo del texto fundamental³⁷.

(ff) Siendo esto así, se considera que aquel primer párrafo de la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo 001-2022-TR, debe ser "*salvado*" en el entendimiento que su expulsión formal por inconstitucional acarrearía vacíos normativos que podrían generar más perjuicios, por esa razón resulta conveniente procurar otorgarle un sentido interpretativo que sea acorde con los principios constitucionales; es así que el extremo que dispone que la frase cuestionada debe ser interpretada de la siguiente manera: "[...] **deben adecuarse a las modificaciones establecidas en la presente norma [...]**" pero por acuerdo entre las partes; de manera que el citado párrafo, así entendido es compatible con la Carta política, de esta forma se supera aquél vicio de inconstitucionalidad y dicho párrafo sería acorde a la Constitución.

(gg) En consecuencia, la sentencia materia de apelación ser revocada por las razones expresadas precedentemente.

4. Sobre el principio de proporcionalidad y el Decreto Supremo N°001-2022-TR.

(a) En la demanda se ha sostenido que el Decreto Supremo N° 0001-2022-TR, vulnera el principio de proporcionalidad y razonabilidad, por cuanto la prohibición contenida en ellos resulta completamente desproporcionada dado que lo que pretende prevenir y las consecuencias que genera. Razón por la que tendría que anularse los extremos PP1, PP2, PP3, PP4 por crean

³⁷ Ibidem

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

restricciones desproporcionadas y el PP6 por establecer obligaciones desproporcionadas de modificar el contrato.

- (b) El test de proporcionalidad, es instrumento metodológico de argumentación jurídica que se emplea para medir el grado de limitación o restricción de un derecho fundamental, dispuesto por la ley o por alguna medida gubernamental, resulta compatible con la Constitución Política del Perú, con atención a la razonabilidad y proporcionalidad de la afectación del derecho involucrado. Ello supone examinar la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en estricto, de la medida.
- (c) Siendo que, en términos de Robert Alexi *-su principal expositor-*, el principio de proporcionalidad se descompone en tres partes, a saber:

“i) Subprincipio de adecuación o idoneidad, por el cual se proscriben las medidas que perjudiquen o afecten la vigencia de algún principio constitucional, cuando estas no promuevan, a su vez, la vigencia o realización de algún otro.

ii) Subprincipio de necesidad, el cual requiere que la medida restrictiva adoptada sea la menos gravosa para el principio constitucional afectado, entre todas aquellas que era posible elegir para promover la vigencia del otro.

iii) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, por el cual se busca la optimización concreta de cada uno de los principios en conflicto, bajo la regla que reza “como alto sea el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio, tanto tiene que ser la importancia de la realización del otro”³⁸.

- (d) Sin embargo, no se puede perder de vista que demanda de acción popular tal como se ha sostenido líneas arriba, es un mecanismo procesal-constitucional de *control normativo abstracto* de las normas infra legales y que se realiza con independencia de su aplicación concreta; si ello es así, proponer un control constitucional del Decreto Supremo N° 0001-2022-TR desde los hechos, tal como se pretende, es incompatible con la naturaleza del proceso constitucional propuesto; por lo que resulta infundado.

³⁸ ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional N° 11, enero junio 2011. Editorial Porrúa. México 2209. Páginas 8-9. Tomado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE

**ACCIÓN POPULAR N.º 30989-2023
LIMA**

DECISIÓN:

Por las consideraciones aquí expresadas **MI VOTO** es porque, **SE RESUELVA:**

1. **REVOCAR:** la sentencia apelada en los extremos 2 y 3 de la parte resolutive; y, **REFORMANDOLA: SE DECLARE INFUNDADA LA DEMANDA DE ACCION POPULAR** incoada por **Mauricio Valdez Villalobos y otros**. En consecuencia, legales y constitucionales los artículos 1, 2, 5, 9 del Decreto Supremo N°006-2008 -TR modificados por el Decreto Supremo N°001-2022-TR, así como la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo N°001-2022-TR .
2. **INTERPRETAR**, el primer párrafo de la Disposición Complementaria Transitoria Única del Decreto Supremo N°001-2022-TR , en el siguiente sentido: *“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 [...] por acuerdo entre las partes;** quedando subsistente lo demás que contiene dicho párrafo y Disposición Complementaria Transitoria Única.*
3. **DISPUSIERON:** la publicación de la presente resolución en el diario oficial *“El Peruano”*, conforme a ley; y los devolvieron. **Juez Supremo Espinoza Ortiz.**

S.S.

ESPINOZA ORTIZ.

Eo