



Congresista Jorge Alberto Morante Figari

"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"
"Año del Bicentenario del Perú: 200 años de Independencia"



PROYECTO DE LEY QUE DEROGA EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR, DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL DECRETO SUPREMO N° 006-2008-TR, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY N° 29245 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1038, QUE REGULAN LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

El grupo parlamentario de Fuerza Popular, a iniciativa del congresista de la República Jorge Alberto Morante Figari, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente proyecto de ley:

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE DEROGA EL DECRETO SUPREMO N° 001-2022-TR, DECRETO SUPREMO QUE MODIFICA EL DECRETO SUPREMO N° 006-2008-TR, QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY N° 29245 Y DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1038, QUE REGULAN LOS SERVICIOS DE TERCERIZACIÓN

ARTÍCULO ÚNICO. Derogase el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización.



Firmado digitalmente por:
OLIVOS MARTINEZ Leslie
Vivian FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 26/05/2022 09:50:58-0500



Firmado digitalmente por:
MORANTE FIGARI Jorge
Alberto FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/05/2022 14:29:22-0500



Firmado digitalmente por:
REVILLA VILLANUEVA CESAR
MANUEL FIR 44275509 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 25/05/2022 17:40:06-0500

Lima, mayo de 2022

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DEL PROYECTO DE LEY

El Decreto Supremo N° 001-2022-TR establece que las actividades del "núcleo del negocio" de las empresas no podrán tercerizarse con desplazamiento de personal. Asimismo, que el incumplimiento de este mandato implicaría la desnaturalización de la tercerización, teniendo como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio del desplazamiento.

Sobre el particular, se advierte que las referidas disposiciones resultan inconstitucionales, en la medida que lesionan los siguientes derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política:

- El derecho a la libertad de contratación establecido en los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, el cual se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad.
- El derecho a la libertad de empresa, establecido en el artículo 59 de la Constitución.
- El derecho a la propiedad, establecido en los artículos 2 y 70 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la libertad de contratación tiene un doble sentido:

*"<<a. Libertad de contratar, también llamada **libertad de conclusión**, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y b. Libertad contractual –que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la constitución (cfr. STC 01405-2010-PA/TC, fundamento 12)–, también conocida como **libertad de configuración interna**, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato>>[SSTC 00026-2008-PI/TC y 00028-2008-PI/TC (acumulados), fundamento 52; STC 2185-2002-AA/TC, fundamento 2]."*¹

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido mínimo o esencial del derecho a la libre contratación está compuesto por las siguientes garantías (SSTC N° 004-2004-AI/TC, N° 001-2004-AI/TC, N° 0012-2004-AI/TC, N° 0013-2004-AI/TC, N° 0014-2004-AI/TC, N° 0015-2004-AI/TC, N° 0016-2004-AI/TC):

- "Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co celebrante.
- Autodeterminación para elegir, de común acuerdo [entiéndase: por común consentimiento] la materia objeto de la relación contractual (...)"

Desde esa perspectiva, el Tribunal Constitucional concibe a este derecho como:

*"<<(…) el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que posean apreciación económica, tengan fines lícitos y no contravengan las leyes de orden público>> (STC7339-2006-PA/TC, fundamento 47)."*²

¹ Fundamento 7 de la Sentencia emitida en el Expediente No. 2175-2011-PA/TC.

² Ídem.

Es decir, la libertad de contratación comprende el derecho de los individuos de determinar voluntariamente cómo, cuándo y con quién contratan (libertad de contratar), y sobre qué contenido (libertad contractual).

En la línea de lo expuesto, es preciso indicar que el ejercicio de este derecho constitucional responde a la naturaleza de las actividades económicas, nivel de especialización y otros factores que configuran a la tercerización de servicios como el mecanismo más productivo, eficiente y seguro para el desarrollo de las actividades nucleares de la empresa principal.

Así, resulta que esta clase de tercerización ha presentado un desarrollo vertiginoso en nuestro país -como expresión de los fenómenos internacionales relacionados con la transformación de los sistemas productivos- en la medida de que se encuentra principalmente asociada con las siguientes ventajas: mejoras en servicio al cliente, simplificación de los procesos, así como eficiencia y especialización en la realización de actividades.

Conforme puede apreciarse, lo regulado en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR sobre que la tercerización de servicios no verse sobre actividades nucleares de la empresa principal vulnera el derecho constitucional que tienen las empresas de elegir contratar temporalmente a las empresas contratistas para la prestación de un servicio concreto, así como el derecho que tienen éstas de definir o determinar las actividades que serán objeto de la relación contractual que mantienen con las empresas contratistas, en virtud de la celebración del contrato de tercerización de servicios.

De otro lado, la libertad de empresa es un derecho fundamental reconocido en la Constitución Política del Perú, según el cual:

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

Además de dicha garantía constitucional, la regulación garantiza el poder de dirección de la organización empresarial, y en específico, la facultad del empleador de organizar y dirigir la fuerza laboral.

La prohibición de tercerizar actividades nucleares de la empresa principal también lesiona el derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 59 de la Constitución Política del Perú. Ello en la medida en que limita la capacidad que tienen las empresas de organizarse y definir desde el punto de vista estratégico, cuál es la mejor forma de llevar adelante su negocio.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el contenido constitucional de dicho derecho en la sentencia recaída en el expediente N° 3330-2004-AA, estableciendo lo siguiente:

"13. Contenido de la libertad de empresa"

Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- *En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas,*

en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, (...)

- *En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, **nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros**.*
- *En tercer lugar, está la libertad de competencia.*
- *En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno". (Énfasis agregado)*

De este modo, cuando el artículo 59 de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando una libertad de decisión, no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa) y para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario), dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado.

En ese escenario, la libertad de empresa incluye la decisión y el derecho de optar por subcontratar a terceros para prestar servicios principales o nucleares, y de las empresas tercerizadoras de ofrecer estos servicios, en la medida que ello resulta conveniente para la obtención de los objetivos que se ha fijado la empresa principal y la tercerizadora.

Debe recordarse que la empresa concurre con otras en el mercado y las decisiones que toma tienen como propósito llevar adelante un proceso competitivo que está garantizado por la propia Constitución.

Atendiendo a lo expuesto, la decisión de tercerizar una actividad nuclear, y de las empresas tercerizadoras de ofrecer estos servicios, se enmarca en el derecho a la libertad de empresa, ya que, conforme lo ha establecido el Tribunal en la sentencia recaída en el Expediente No. 03895-2016-AA:

"debe entenderse a la tercerización como una forma de organización empresarial por la que una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a cabo un servicio u obras vinculadas o integradas a aquella".

Por tanto, resulta evidente que la prohibición de tercerizar actividades nucleares de la empresa principal supone una grave transgresión constitucional, la cual no solo afecta a las empresas principales como organizadoras de su propia actividad empresarial, sino que también afecta a las empresas contratistas, las cuales han diseñado un modelo de negocio y se han constituido en el mercado con la finalidad de proveer de servicios a las empresas principales, las cuales son sus clientes.

La norma también repercute grave y desproporcionadamente en el derecho de propiedad de la empresa usuaria, ya que instaura un deber de pago de remuneraciones y obligaciones laborales a favor de los nuevos trabajadores, que el empleador se vería obligado a incorporar a sus planillas.

Tampoco resiste una justificación en el modelo económico de economía social de mercado reconocido por nuestra Constitución, pues no existen modelos de negocio considerados como

excluyentes al régimen económico constitucionalmente reconocido; de lo contrario, ello hubiera sido considerado por el Constituyente como excluyente en una economía social de mercado.

Por el contrario, como ha señalado el Tribunal Constitucional, *"la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución."*³.

Se observa también que el referido decreto desconoce los pronunciamientos a nivel judicial y constitucional sobre la materia. A nivel judicial, existen varias sentencias emitidas por la Corte Suprema de la República que definen a las "actividades principales" de una forma opuesta a como se ha pretendido regular en el referido Decreto Supremo (v. gr. Casación Laboral N° 1695-2012 y Casación Laboral N° 1693-2012).

El Tribunal Constitucional también ha validado el modelo de tercerización de la Ley 29245, señalando que no es relevante si el sistema permite o no la tercerización de actividades principales, sino que la constitucionalidad viene dada por el respeto de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores, los cuales son reconocidos expresamente por la Ley (STC 0013-2014-PI/TC, FJ. 33-39).

De otro lado, la definición de "actividades principales" que incorpora el Decreto Supremo N° 001-2022-TR es discordante con la legislación del sector minero, que habilita a las empresas mineras a tercerizar fases principales de su actividad productiva. En efecto, en el numeral 11 del artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, se señala lo siguiente:

"Artículo 37.- Los titulares de concesiones, gozan de los siguientes atributos:

(...)

*11. A **contratar** la ejecución de los trabajos de **exploración, desarrollo, explotación y beneficio**, con **empresas especializadas** inscritas en la Dirección General de Minería."*

La referencia hecha por el mencionado artículo 37 del TUO de la Ley General de Minería, evidencia que el Decreto Supremo, más allá de sus problemas de inconstitucionalidad, plantea una reforma normativa que no guarda relación con el esquema de derechos que el Estado reconoce a los concesionarios mineros, lo que significa que en sus obligaciones contractuales o en el régimen de otorgamiento de títulos habilitantes, el Estado no estaría respetando el marco normativo al que él mismo se ha sometido.

Finalmente, se advierte que el Decreto Supremo N° 001-2022-TR transgrede la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, al modificar el alcance de la tercerización de servicios con desplazamiento y establecer restricciones y prohibiciones no contempladas en esta.

II. EFECTO DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de Ley está elaborado en concordancia con lo establecido en la Constitución Política del Perú, que en su artículo 59 establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria.

³ Sentencia recaída en el Expediente No. 01402-2010-PA/TC.

III. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

La presente iniciativa no irrogará gastos al erario nacional, puesto que solo busca la derogación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, a fin de dar cumplimiento a la legislación vigente en coherencia con las normas de rango constitucional.



Firmado digitalmente por:
GUERRA GARCIA CAMPOS
Hernando FAU 20181749128 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 25/05/2022 15:51:17-0500



Firmado digitalmente por:
GUERRA GARCIA CAMPOS
Hernando FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 15:51:31-0500



Firmado digitalmente por:
ALEGRIA GARCIA Luis
Arturo FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 17:50:03-0500



Firmado digitalmente por:
CORDERO JON TAY Luis
Gustavo FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 18:11:45-0500



Firmado digitalmente por:
CORDERO JON TAY Maria Del
Pilar FAU 20181749128 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 18:45:23-0500