



UNIVERSIDAD ESAN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

DERECHO CORPORATIVO

“La vulneración al derecho a la libertad de empresa respecto a la modificación del artículo 2do de la ley N°29245”

Trabajo de Suficiencia Profesional presentado en satisfacción parcial de los requerimientos para obtener el título profesional de Abogado

AUTORES

Mendieta Aguilar, Luis Felipe
Olaechea Ku, Alberto Arturo
Perata Paez, Daniella Fernanda
San Roman Salas, Andree David

ASESORES

Gonzalez Palacios, Carlos
ORCID N° 0000-0001-6218-9687

Velazco Ramos, Carmen
ORCID N° 0000-0002-7879-1952

Marzo, 2023

V sustentable

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	www.enfoquederecho.com Fuente de Internet	1%
3	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	1%
4	qdoc.tips Fuente de Internet	1%
5	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	kupdf.net Fuente de Internet	1%
7	idoc.pub Fuente de Internet	1%
8	repositorio.utp.edu.pe Fuente de Internet	1%
9	ebin.pub Fuente de Internet	

Resumen.....	5
Abstract.....	5
1. CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Descripción de la Realidad Problemática.....	6
1.2. Formulación del Problema.....	8
1.2.1. Problema general.....	8
1.2.2. Problemas específicos.....	8
1.3. Determinación de Objetivos.....	8
1.3.1. Objetivo general.....	8
1.3.2. Objetivos específicos.....	8
1.4. Hipótesis.....	9
1.4.1. Hipótesis general.....	9
1.4.2. Hipótesis específica.....	9
1.5. Justificación de la investigación.....	9
1.5.1. Teórica.....	9
1.5.2. Práctica.....	10
1.5.3. Metodológica.....	10
1.6. Delimitación del estudio.....	10
1.6.1. Delimitación espacial.....	10
1.6.2. Delimitación temporal.....	11
1.7. Viabilidad.....	11
2. CAPÍTULO II: MARCO TEORICO	
2.1. Antecedentes.....	12
2.1.1. Investigaciones relacionadas con el tema.....	12
2.2. Regulación jurídica de la tercerización	
2.2.1 Definición de Tercerización.....	13
2.3. Elementos requisitos y característicos de la tercerización.....	14
2.4. Sujetos que participan en la tercerización.....	16
2.5. Clases de tercerización.....	17
2.6. Ventajas y desventajas de la tercerización.....	18
2.6.1. Ventajas.....	18

2.6.2. Desventajas.....	18
2.7. Diferencia entre tercerización e Intermediación.....	19
2.8. La responsabilidad solidaria de la tercerización.....	20
2.9. Problemas concernientes a la tercerización en el Perú.....	21
2.10. La tercerización en el derecho comparado	22
2.10.1. Uruguay.....	22
2.10.2. Chile.....	22
2.11. Regulación de la tercerización Laboral en el Perú	23
2.12. Núcleo de negocio.....	24
2.13. Libertad de Empresa.....	26
2.14. Relación entre núcleo de negocio y libertad de empresa.....	28
3. CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	
3.1. Diseño de Investigación.....	31
3.2. Población y muestra.....	31
3.3. Instrumento de medido.....	31
3.4. Técnicas de recolección de datos.....	31
3.5. Técnicas para el procesamiento y análisis de información	31
3.5.1. Guía de entrevista.....	31
3.5.2. Modelo de entrevista.....	31
4. CAPÍTULO IV: RESULTADOS	
4.1. Validación del instrumento de medición.....	33
4.2. Desarrollo del instrumento de medición.....	33
4.2.1. Resultados.....	33
4.2.2. Tablas de tabulación e interpretación.....	36
5. CAPÍTULO V: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....	39
6. CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
6.1. Conclusiones y recomendaciones.....	41

BIBLIOGRAFÍA.....	43
APÉNDICES.....	46

Apéndice N°1: Matriz de Consistencia.

Apéndice N°2: Entrevistas

RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo determinar en qué medida la modificación del artículo 2 del Decreto Supremo 001-2022-TR que prohíbe la figura de la tercerización del núcleo del negocio vulnera la libertad de empresa siendo que dicha modificación, introduce este concepto y establece criterios para su identificación, estableciendo, expresamente la prohibición de tercerizar dicho concepto.

Para ello analizaremos los conceptos de libertad de empresa, economía social de mercado, tercerización y núcleo de negocio, así como la relación que existe entre estos, lo cual nos permitirá abordar el impacto generado en la libertad de empresa.

Asimismo, estudiaremos antecedentes nacionales y legislaciones internacionales sobre el tratamiento de la figura tercerización comparándolos con la legislación nacional vigente, de la misma forma se realizarán entrevistas a expertos logrando así un panorama más claro respecto a la problemática, para finalmente contrastar la información obtenida y generar así las conclusiones y recomendaciones respecto a lo investigado.

Palabras clave: Tercerización, Criterios de Tercerización, Decreto Supremo N°001-2022-TR, Intermediación, Libertad de Empresa.

ABSTRACT

The objective of this paper is to determine to what extent the modification of article 2 of Supreme Decree 001-2022-TR that prohibits the outsourcing figure of the core of the business violates the freedom of enterprise, since said modification introduces this concept and establishes criteria for their identification, expressly establishing the prohibition of outsourcing said concept.

To do this, we will analyze the concepts of free enterprise, social market economy, outsourcing and core business, as well as the relationship between them, which will allow us to address the impact generated on free enterprise.

Likewise, we will study national background and international legislation on the treatment of outsourcing, comparing them with current national legislation, in the same way, interviews with experts will be carried out, thus achieving a clearer picture regarding the problem, to finally contrast the information obtained and generate thus the conclusions and recommendations regarding the investigation.

Keywords: Outsourcing, Outsourcing Criteria, Supreme Decree No. 001-2022-TR, Intermediation, Business Freedom.

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la Realidad Problemática

Para entender la realidad problemática de la presente investigación resulta necesario tener claro el concepto de “Economía Social de Mercado”, para lo cual consideramos importante hacer referencia a los artículos 58°, 59° y 62° de la Constitución Política del Perú de 1993, los cuales establecen las libertades económicas siguientes:

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...); El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria (...); La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente (...)¹

Este modelo económico permite y garantiza la formación y desarrollo de las empresas para lo cual se brindan herramientas de contratación dentro de las cuales se encuentra la tercerización.

La tercerización se encuentra contemplada en la Ley N° 29245 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, la cual señala lo siguiente:

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

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. (...)”²

¹ Constitución Política del Perú (Const.) Título III. Cap. I, art. 58, 59 y 62. Diciembre 30 de 1993 (Perú).

² Ley 29245-2008, de 10 de junio, Ley que regula los servicios de tercerización. (Lima, 24 de junio de 2008)

Definiendo los conceptos de la Economía Social de Mercado y tercerización, así como la vinculación existente entre ambos, es posible entender de manera más clara la existencia de la realidad problemática, la cual se genera con la publicación del Decreto Supremo N° 001-2022-TR, mediante el cual se modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038.

Dicha modificación se centra en la incorporación de un nuevo concepto, denominado, “núcleo del negocio”.³

Con la incorporación de este concepto se limita la facultad que tienen las diferentes empresas para tercerizar es decir delegar a terceros partes de su proceso productivo, ya que para hacerlo deberán evaluar previamente si dicha actividad se encuentra comprendida o no dentro de dicho concepto.

Seguidamente, la norma señala expresamente que, no se permite dicha tercerización, de la o las actividades que formen parte del núcleo del negocio.

Es importante, destacar que el INDECOPI también se pronunció al respecto, mediante Resolución N° 0072-2023/SEL-INDECOPI, la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI, indico que queda suspendido el procedimiento iniciado a pedido de parte por COSAPI contra el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y SUNAFIL, donde se tendría que discutir si estamos frente a una barrera burocrática que limitan la libertad de empresa y desarrollo económico y si estas medidas que prohíben la tercerización de labores del núcleo del negocio, son válidas y tiene un fundamento jurídico que contribuya a la finalidad de la norma.

Por lo tanto, en función a este pronunciamiento se ordenó la suspensión y esta tendrá una duración hasta que se pronuncie de manera inapelable el proceso de acción popular en el expediente judicial N° 756-2022-0-1801-SPDC-03, donde el Poder Judicial uno de nuestros poderes del estado se encargará derogue la norma de ser necesario.

³ Decreto Supremo 001-2022-TR, de 22 de febrero, 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. (Lima, 23 de febrero de 2022).

En ese sentido; SUNAFIL estará impedido gracias a la medida ordenada por Indecopi de realizar algún tipo de fiscalización con respecto a la inobservancia o cumplimiento de la prohibición de tercerizar actividades del núcleo del negocio, dado que la medida cautelar continuará vigente, el tiempo que se necesario.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema general

¿En qué medida la modificación del artículo 2 del DS 0001-2022-TR que prohíbe la tercerización del núcleo del negocio vulnera la libertad de empresa?

1.2.2. Problemas específicos

Problema específico 1

¿Cuáles son los alcances de la libertad de empresa?

Problema específico 2

¿Cuáles son los alcances de la tercerización?

Problema específico 3

¿Cuál es el alcance del núcleo de negocio?

1.3. Determinación de objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar en qué medida la modificación del artículo 2 del DS 0001-2022-TR que prohíbe la tercerización del núcleo del negocio vulnera la libertad de empresa.

1.3.2. Objetivos específicos

1.3.2.1. Objetivo específico 1

Determinar cuáles son los alcances de la libertad de empresa.

1.3.2.2. Objetivo específico 2

Determinar cuáles son los alcances de la tercerización.

1.3.2.3. Objetivo específico 3

Determinar cuál es el alcance del núcleo de negocio.

1.4. Hipótesis

1.4.1. Hipótesis general

Se vulnera la Libertad de Empresa en la medida que la prohibición de núcleo de negocio implica una limitación a la posibilidad de las personas de ejercer libremente la facultad de gestión en el marco de la economía social de mercado consagrada en el artículo 59 de la constitución, afectando de esta manera su libertad de contratación.

1.4.2. Hipótesis específica

1.4.2.1. Hipótesis derivada.

Podemos determinar que los alcances de la libertad de empresa son libertad de acceso al mercado, libertad de gestión y libertad de salida del mercado.

1.4.2.2. Hipótesis derivada.

Podemos determinar que la tercerización debe seguir los alcances dados por ley es decir estar limitado a actividades especializadas u obras, siempre y cuando estos no violen derechos constitucionales reconocidos.

1.4.2.3. Hipótesis derivada.

Podemos determinar que los alcances del núcleo de negocio no están definidos objetivamente, nada más se limitan a señalar criterios para identificarlo.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Teórica

Esta investigación estará centrada en la conceptualización de un derecho reconocido en el capítulo económico de la constitución el cual es la libertad de empresa en la legislación actual, del mismo modo los derechos adyacentes a este y que se encuentran

en el mismo capítulo de la constitución los cuales son: la libre iniciativa privada, el derecho a la libre contratación, libertad de trabajo, comercio e industria; los criterios que estos siguen, así como diferente jurisprudencia y legislación comparada respecto al tema.

1.5.2. Práctica

Con la próxima aprobación del decreto supremo en cuestión existen diferentes consecuencias que se darán de forma instantánea respecto a cómo diferentes industrias alrededor de todo el país afrontarán dicha obligación legal, la cual no solo abarca consecuencias legales respecto al ámbito laboral y situación de estas áreas tercerizadas sino especialmente económicas, en empresas que podrían o no tener la solvencia para afrontar dichos cambios, especialmente cada situación única de las diversas empresas prestadoras de servicios encargadas exclusivamente de tercerizar áreas de empresas y finalmente las consecuencias de la parte más importante del proceso el trabajador que forma parte de la empresa prestadora de servicios, siendo que dicha legislación afectara directamente la libertad de trabajo de este, pues al tratar de proteger a los trabajadores para que las empresas no puedan tercerizar el núcleo de la empresa, también se afecta a un sin número de trabajadores que siguen la cadena de producción.

1.5.3. Metodológica

La investigación será de tipo cualitativo, por lo cual se utilizarán datos obtenidos del instrumento de medición elegido (entrevistas) para comprobar la hipótesis. Se realizarán entrevistas a especialistas constitucionales, así como expertos en materia laboral y a diversos organismos y sindicatos, a efectos de determinar la opinión de la muestra representativa y utilizarla como instrumento de medición.

1.6. Delimitación del Estudio

1.6.1. Delimitación espacial

La presente investigación tendrá como ámbito o espacio el área territorial de Lima metropolitana fundamentalmente los distritos donde existen mayores proyectos de construcción.

1.6.2. Delimitación temporal

La investigación llevará a cabo el examen de la modificación del artículo 2 del DS 001-2022-TR y los efectos que esta trae, tanto en el ámbito espacial señalado como en el nacional.

1.7. Viabilidad

La modificación del artículo 2 de la Ley de Tercerización laboral vulnera el derecho a la libertad de empresa reconocido explícitamente en la constitución por tanto afectando la posición de nuestra economía social de mercado.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES

2.1.1. Investigaciones relacionadas con el tema

A continuación, presentamos las referencias utilizadas en el presente trabajo:

- Edson Guevara Gallardo. “La Tercerización Laboral en el Perú”:

El autor, desarrolla y profundiza la figura de la tercerización, siendo que esta toma protagonismo e importancia en la gestión y procesos de negocio que se transfiere a otras empresas; pero también se va a destacar que existirán contratos en la relación entre compañías por un servicio determinado. En ese sentido, con la Ley N° 29245 se pretende establecer los requisitos y criterios mínimos, donde ha dispuesto el legislador para poder determinar que es una figura jurídica de tercerización laboral⁴.

-Jorge Toyama Miyagusuku. “Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias”. Derecho y Sociedad:

El doctor Toyama, en el desarrollo del presente artículo busca diferenciar la tercerización e intermediación laboral, profundizando desde un punto de vista normativa y académico, con la finalidad de deslumbrar los rasgos importantes, producto de las transformaciones en los sistemas productivos, donde las empresas tienen una tendencia a utilizar métodos validos de descentralización de servicios por medio de estas figuras jurídicas⁵.

- Oscar Fritz Alexander Salazar Gamboa. “El Uso Indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora”.

⁴ Edson Guevara Gallardo, *La tercerización laboral en el Perú* (Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2017), 22.

⁵ Jorge Toyama Miyagusuku, *Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias*,(Lima: Derecho y sociedad, 2008),

La tercerización es una modalidad de contratación que va en aumento y es la que en mayor medida puede ser usada por las empresas, donde se delegan el desarrollo de servicios a otras empresas, siendo que anteriormente eran asumidos de forma directa por la empresa principal, para que esta última se centre en su objetivo principal o actividad nuclear, pero existen consecuencias de la tercerización, como disminución de trabajadores directos, ya que otras empresas desarrollan actividades especializadas o específicas⁶.

2.2 Regulación Jurídica de la Tercerización

2.2.1. Definición de Tercerización

Para hablar de tercerización debemos partir por la conceptualización, que nos permitirá tener un enfoque más amplio de cómo se aplica y/o desarrolla en la actividad empresarial.

Autores como Toyama, Cruz Villalón y Sanguinetti, coinciden que la tercerización es cuando la empresa principal se desprende de una parte de su proceso productivo para trasladárselo a un tercero, pudiendo ser este una persona natural o jurídica. Así también, coinciden que dichas actividades son totalmente autónomas, siendo que, la empresa principal solo espera un resultado, no teniendo injerencia sobre los trabajadores que designen las empresas a las cuales contrate⁷.

En cuanto a nuestra legislación, la figura de la tercerización se encuentra contenida en el artículo 2° de la ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, así como también en el Decreto Supremo N.º 006-2008- TR, Reglamento de la Ley N.º 29245 y del Decreto Legislativo N.º 1038. La norma la define como la posibilidad de contratar a otras empresas autónomas e independientes que realicen actividades especializadas u obras, siendo que, dichas empresas deberán ejecutar la prestación bajo sus propios recursos, medios y riesgos, haciéndose, además, responsable por el personal que estas contraten.

Respecto a la jurisprudencia, es importante tener en cuenta lo señalado en el considerando tercero de la Sentencia de Acción Popular N.º 1067-2012-Lima, la cual realiza una breve definición de la

⁶ Oscar Fritz Alexander Salazar Gamboa. “El Uso Indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora”. (Tesis para optar por el título profesional de abogado, 2017), 47.

⁷ Toyama, “*Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias*”132

tercerización, haciendo referencia a que esta es una figura a través de la cual una empresa identifica partes de su proceso de negocio que podrían ser desarrolladas de manera más eficientes por otras empresas. En este sentido, la tercerización permite delegar dichas partes del proceso, lo cual le permite a la empresa principal enfocarse en las actividades que mejor realiza y ser así mucho más eficiente y competitiva.

Navarrete coincide con lo señalado en la sentencia antes mencionada, en la medida que, sostiene que la tercerización constituye una especie de subcontratación a través de la cual se externaliza una parte del proceso productivo, teniendo como finalidad descargar de actividades a la empresa principal para que, de esta forma, se concentre en el giro principal del negocio⁸.

De lo antes expuesto, se desprende que la tercerización es un contrato mediante el cual se delega en otras empresas partes del proceso productivo, siendo que estas realizarán una labor especializada, asumiendo riesgos, servicios y con recursos propios. Asimismo, acepta las responsabilidades directas con las consecuencias y la subordinación de su personal.

2.3. Elementos, requisitos y características de la tercerización

El artículo 2° de la Ley N° 29245 consideró como un elemento de suma importancia que entre las empresas que formen parte de un contrato de tercerización exista necesariamente autonomía empresarial, es decir, que no exista injerencia alguna en su desarrollo empresarial. De esta forma, si no se garantiza dicha autonomía, la tercerización no será válida.

En este sentido, Navarrete realiza una interpretación interesante del artículo 2° de la Ley N° 29245, señalando que se hace una diferenciación entre requisitos y características. La primera de estas son exigencias que establece expresamente la norma, de modo tal que, si no se presentan, no se configuraría la tercerización. La segunda son elementos auxiliares que apoyan para poder determinar la autonomía empresarial que existe entre las empresas que intervienen⁹.

⁸ Alejandro Navarrete Maldonado, "Tercerización e intermediación laboral", *Gaceta jurídica* 178, no. 10 (2018).

⁹ Navarrete, "Tercerización e intermediación laboral", 178.

Con relación a los requisitos para que se configure la tercerización, el artículo 2° de la Ley N° 29245 establece cuatro, los cuales son: i) la asunción de servicio bajo su propia cuenta y riesgo, ii) contar con recursos materiales, técnicos y financieros propios, iii) asunción de responsabilidad de los resultados de las actividades y, iv) subordinación exclusiva de sus trabajadores.

Al respecto es preciso mencionar que, los requisitos antes señalados deben concurrir necesariamente, de modo tal que, si se evidencia la inobservancia de alguno de estos, la tercerización se desnaturaliza.

Respecto a la asunción de servicio bajo su propia cuenta y riesgo, consiste en el hecho que la tercerizadora realizará las actividades contratadas no solo con sus propios recursos, sino que además deberá asumir cualquier riesgo que estas impliquen.

Con relación al requisito de contar con recursos materiales, técnicos y financieros. Navarrete señala que, no existe la obligación de acreditar contar con los tres recursos mencionados, es decir, basta que se acredite contar con al menos uno de ellos para que se cumpla con el requisito. Esto fue ratificado por el TC en la sentencia emitida en el Expediente N° 2698-2012-PA/TC¹⁰.

En cuanto a la asunción de responsabilidad de los resultados de las actividades, no podemos perder de vista que la tercerización tiene como finalidad trasladar a otra empresa una parte del proceso productivo. Bajo esta premisa la empresa principal solo espera un resultado, razón por la cual es la tercerizadora la que asumirá el riesgo de este.

El requisito de subordinación exclusiva de trabajadores es importante en la medida que tiene relación directa con el personal que ejecuta el servicio. Dicho esto, la empresa principal no deberá tener injerencia alguna respecto al desarrollo de las funciones de los trabajadores designados por la tercerizadora.

Con relación a las características, el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, establecen los elementos para determinar la independencia empresarial de la empresa tercerizadora: i)

¹⁰ Toyama, *“Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias”*132.

pluralidad de clientes, ii) tener el equipamiento, iii) inversión de capital y, iv) la retribución por la obra o servicio. Por su parte, el artículo 4° del Reglamento de la Ley N° 29245, los elementos característicos deberán ser analizados de acuerdo con cada caso en concreto para de esta forma poder determinar si existe o no autonomía empresarial.

Finalmente, Jorge Toyama menciona que no es una lista cerrada a través de la cual en caso no se cumpla con uno de los puntos establecidos nos veremos necesariamente ante una desnaturalización. Por el contrario, considera que, esta deberá ser analizada en conjunto de acuerdo a cada caso en concreto, considerando factores como la industria en la que se desarrolla. Siendo que, lo más importante con este análisis es poder determinar si efectivamente existe tercerización o solo un destaque de personal que representaría intermediación laboral.¹¹

Es importante tener en cuenta que los requisitos y características señalados ya habían sido contemplados en el artículo 4° del reglamento de la Ley N° 27626, siendo que, se dejó claro el hecho que la tercerización es una figura distinta a la de intermediación laboral. En este sentido, se puede determinar que el legislador buscaba parámetros que faciliten la identificación de la existencia de autonomía empresarial.

2.4. Sujetos que participan en la Tercerización

Los autores Huamán, D. y Tovalino, F., citados por Arista, hacen mención a los sujetos que intervienen en una tercerización:¹²

El primer sujeto que participa en la contratación es la empresa principal la cual redirecciona y distribuye las actividades principales delegándola a una empresa externa. Es así que, la ineffectividad de dichas actividades obstruiría no solo la operatividad, sino que también el desarrollo de la empresa.

¹¹ Toyama, *“Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias”*132

¹² Arista. “Tercerización de servicios”. (Tesis para la obtención de título profesional, Universidad Señor de Sipán, 2019), <https://es.scribd.com/document/457044310/tercerización-de-servicios-oficial>

Se puede señalar como actividad principal aquella que es elemental para el giro del negocio. Nos referimos a las etapas del proceso productivo o de la prestación de servicios sin afectar de manera neurálgica el funcionamiento y/o desarrollo de la empresa.

Como segundo sujeto que interviene, tenemos a la empresa tercerizadora, “que es la que se encarga del manejo del servicio contratado por parte de la empresa principal, efectuando dicho servicio con sus propios trabajadores, siendo una relación directa, denominada esta como subordinación”¹³.

2.5. Clases de tercerización

Barrios, C. y Solano, D. consideran cuatro clases de tercerización¹⁴:

-Proceso; Denominado también BPO (Business Process outsourcing). Consta en facultar dichos procesos internos derivados de la empresa principal, como, por ejemplo: el servicio de mantenimiento y contabilidad dirigidos por la empresa tercerizadora.

-Actividad; Cuando se trate de una actividad especializada a la cual se delega, por lo que, al realizar la tercerización impacta directamente en el beneficio económico de la empresa principal.

-Deslocalización; Cuando se trate de un servicio especializado adquirido, pero no encontrándose físicamente la persona encargada en el lugar solicitado. Lo cual, economiza ahorra los costos, de manufactura, producción y transporte.

-Estratégico; Se denomina BPM (Business Process Management), cuando se otorga cierto personal técnico exteriorizado a efectuar proyectos de estrategia

¹³ Decreto Supremo 006-2008-TR, de 11 de setiembre, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245, que regulan los servicios de tercerización. (Lima, 12 de setiembre de 2008).

¹⁴ Cynthia Barrios y Daniel Solano, “Tercerización- Contratación Laboral”. (Trabajo de grado, USMP, 2019), <https://es.scribd.com/document/578959842/tercerización-contratación-laboral>

empresarial global. Siendo preciso para las empresas principales que no cuentan con la suficiente experiencia.

2.6. Ventaja y desventaja de la tercerización

2.6.1. Ventajas

De acuerdo con el autor Ugaz, esta figura le brinda la posibilidad a la empresa principal de generar beneficios para esta a través del esfuerzo y trabajo del personal designado por la empresa tercerizadora, sin que exista vínculo alguno entre la empresa principal y dicho personal¹⁵. En este sentido la relación entre el trabajador y la empresa tercerizadora involucra a un agente más, el cual sería la empresa principal, siendo que, también se beneficia con el trabajo realizado por el personal.

Ante esta ventaja, considera que al hablar de tercerización no es economizar, sino más bien debemos pensar que es un recurso que permite desarrollar y hacer más eficiente a la empresa, mejorando así no solo sus procesos, sino que también la calidad de sus productos o servicios.

2.6.2. Desventajas

Por otro lado Coello, menciona que la tercerización produce una desventaja porque distorsiona los principios y las finalidades que orientan el derecho de trabajo.

La postura del autor antes mencionado, parte de la base de la primacía de los derechos laborales, considerando que, al utilizarse esta figura se desnaturalizan y afectan principios que repercuten finalmente en los trabajadores¹⁶.

Dentro de sus argumentos tenemos que, se afecta la regulación laboral ya que rompe ese poder de dirección otorgado exclusivamente al empleador, compartiéndolo ahora con la empresa principal. De esta manera, se afecta la estructura legal.

¹⁵ Mauro Ugaz Olivares. “El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú” (Lima: Foro Jurídico, 2010), <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18563/18803>

¹⁶ Coello, “*Impacto de la tercerización en la actividad sindical*” 25.

Sostiene también que se afectan los derechos colectivos de los trabajadores, esto en la medida que, la empresa principal tiene la posibilidad de escudarse en la no existencia de vínculo laboral con estos.

Otro argumento para evidenciar las desventajas es el alto índice de denuncias existentes contra empresas principales, denuncias a través de las cuales los trabajadores solicitan se reconozca el vínculo laboral directo con dichas empresas, pues en la realidad son estas las que ostentan el papel de empleador.

Finalmente, sostiene que se afecta de manera directa el principio de primacía de la realidad, esto en la medida que, si se cumple con las formalidades establecidas para materializar a tercerización, se dificulta la posibilidad de demostrar la existencia de un vínculo laboral entre la empresa principal y los trabajadores de la empresa tercerizadora¹⁷.

2.7 Diferencia entre Tercerización e Intermediación

Para el autor Toyama, la tercerización es un procedimiento externo o de movimiento de las actividades empresariales auto suficientes y con una ejecución de servicios subcontratados, es decir, donde el personal que contrata no tiene una relación directa con la empresa principal. Asimismo, la tercerización, se caracteriza por tener una producción, administración y gestión diferenciada de la compañía principal. En este orden de ideas, por ejemplo, se podría tercerizar de manera sumamente especializada: La etapa de excavación de un proyecto minero, la elaboración de envases de una empresa de bebidas, la elaboración del caso en un proyecto inmobiliario, entre otros¹⁸.

En CAS Nro. 275-2012-LA LIBERTAD, 8 de junio de 2012, citado por Coello, se destaca que hay diferencias legales relevantes con respecto a la figura jurídica de la intermediación laboral y la tercerización; además, estas se pueden resaltar en cuatro puntos:

¹⁷ Carlos Coello, “Impacto de la tercerización en la actividad sindical” (Lima: Soluciones Laborales), 2020: 25.

¹⁸ Toyama, *Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias*, 17.

1. En la figura de la intermediación laboral solo hay un aprovisionamiento de mano de obra, a diferencia de la tercerización donde se considera como un servicio completo, incluyendo al personal.
2. En la intermediación, el tipo de actividad que puede ser contratada es para servicios temporales, complementarios y especializados; por lo cual los trabajadores de este rubro no pueden prestar servicios que impliquen una ejecución permanente de la actividad principal o aquella complementaria, temporal o permanente a diferencia de la tercerización la cual proporciona un abanico más amplio de contratación.
3. En la intermediación, la empresa que utiliza el servicio tiene atribuciones para fiscalizar y dirigir el personal designado, mientras en la figura de la tercerización solo debe existir coordinación, no hay poder para dirigir a un tercero.
4. En la intermediación, no interesa el resultado que proveen los servicios, sino simplemente el intermediario provea la mano de obra respectiva a la empresa, mientras que en la tercerización se exige a la empresa contratista que asuma la responsabilidad de los resultados.

2.8. La responsabilidad solidaria de la tercerización

En la realidad algunas empresas no utilizan la tercerización de acuerdo a ley, es decir no cumplen con los requisitos previamente mencionados lo cual trae como consecuencia la desnaturalización. Dicho esto, la ley N° 29245 establece una consecuencia, la cual se determina mediante la responsabilidad solidaria, la misma que se encuentra definida en el art. 9 de la mencionada ley, siendo esta:

“La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social ...”¹⁹.

¹⁹ Ley 29245 – 2008, de 23 de junio, Ley de servicios de tercerización. (Lima, 24 de junio de 2008).

Para Toyama, la solidaridad importa al nivel de la responsabilidad de pago o de cumplir con las obligaciones, por parte de una persona que inicialmente no tenía carga sobre ello. Esta extensión de responsabilidad se ve más en supuestos de desprotección de persona que usualmente se encuentran en situaciones de desigualdad y que el incumplimiento si les afecta. Además, la solidaridad supone que el sistema jurídico imponga responsabilidad a quién está en mejor capacidad de asumir las obligaciones²⁰.

Salazar nos hace mención que la responsabilidad solidaria tiene como finalidad la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores, bajo la figura de contratación²¹.

2.9. Problemas concernientes a la tercerización en el Perú

Para Castillo, esta figura coadyuva al potencial del sector empresarial en el mercado, al viabilizar el acceso a la posibilidad de contratar a otras empresas que brindan servicios especializados y que poseen sus propios recursos, con la finalidad de reducir la carga empresarial²². Podemos encontrar que algunas empresas hacen un uso errado de esta figura y como consecuencia producen la desnaturalización de esta, es así que el reglamento²³ establece 3 supuestos:

-En primer lugar, de no respetarse los requisitos, ámbito y elementos característicos definidos en el reglamento, se ha de considerar la desnaturalización de la tercerización.

-En segundo lugar, cuando los trabajadores que se encuentran en subordinación acogidos por la compañía principal directamente y no por la contraparte tercerizadora.

- En tercer lugar, la tercerización se desnaturaliza en caso continúe la tercerización vencido el plazo de su registro.

²⁰ Toyama, *Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias*, 17.

²¹ Oscar Salazar Gamboa, “El Uso Indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora”. (Tesis para la obtención del título, Universidad San Martín de Porres, 2017). 46

²² Heyser Castillo, “Tercerización laboral”. (Tesis para la obtención de título profesional, Universidad Señor de Sipán, 2019), <https://es.scribd.com/document/457044310/TERCERIZACION-DE-SERVICIOS-oficial>

²³ Decreto Supremo 006-2008-TR, 11 de setiembre, Reglamento de la Ley de Tercerización. (Lima, 12 de setiembre del 2008)

2.10. La Tercerización en el Derecho Comparado

2.10.1. Uruguay

En Uruguay, la ley N° 18.251 establece que la tercerización o subcontratación solo debería recaer en actividades secundarias.²⁴

Pero al no establecerse parámetros jurídicos y limitantes de carácter económico, las compañías también han tercerizado su eje principal o también conocido como núcleo de su operación o actividad. En ese sentido, actualmente producto de la descentralización en el campo empresarial esta figura jurídica puede utilizarse en operaciones principales o secundarias, y las responsabilidades de carácter patrimonial que se presentan de forma eventual.

Por lo tanto Uruguay, inicialmente consideraba que la tercerización consistía en servicios para determinada actividad, pero a falta de parámetros jurídicos y económicos, las empresas también han necesitado servicios profesionales externos, en ese sentido en la actualidad la empresa puede requerir la realización de labores en actividad principal o accesorio.²⁵

2.10.2. Chile

En Chile la figura de la Tercerización se regula en la Ley 20.123.

Esta hace referencia a un contrato de trabajo, en razón de un acuerdo contractual, el subcontratado se encarga de realizar un servicio, por su riesgo y cuenta y con personal

²⁴ Octavio Racciatti, *“Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”* (Montevideo: Derecho laboral, 1997), 162.

²⁵ Alejandro Castello, “La subcontratación y las relaciones de trabajo en Uruguay”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 9, 2009, 56-87
<https://www.redalyc.org/pdf/4296/429640264003.pdf>

que labora bajo su dependencia, para una tercera persona jurídica, denominada la empresa principal, en la que se realizaran los servicios u obras contratadas.

El autor Pérez Sepúlveda, menciona que esta Ley de subcontratación”, regula en dos regímenes el trabajo tercerizado: el trabajo en subcontratación y el suministro temporal de trabajadores. Una diferencia importante entre estas dos formas de tercerización reside en la composición de las relaciones de subordinación y dependencia.²⁶

2.11. Regulación de la tercerización laboral en el Perú

Guevara Gallardo nos hace mención que la tercerización en el Perú surge el 2008²⁷ con la ley N° 29245, desarrollada por el decreto legislativo N° 1038, aprobados por el DS N° 006-2008-TR.

La ley define la tercerización, así como los elementos esenciales y característicos que esta debe contener para su correcto uso. Por su parte Rebaza menciona que lo trascendental es el ámbito de aplicación en el territorio peruano²⁸ regulado en el artículo 2 del DS 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización de Servicios, que expresa lo siguiente: “(...) que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo (...)”²⁹.

Considerando las dos figuras de tercerización, la primera respecto al desplazamiento continuo regulado en el artículo 6° del Reglamento de la Ley de Tercerización, y la segunda a situaciones

²⁶ Sebastián Pérez Sepúlveda. “Tercerización y regulación laboral en Chile: una reconstrucción de las transformaciones del trabajo”, *Revista Estudios Institucionais* 6, 3(2020): 1157-1183, https://www.researchgate.net/publication/348109530_Tercerizacion_y_regulacion_laboral_en_Chile_una_reconstruccion_de_las_transformaciones_del_trabajo

²⁷ Enrique Guevara Gallardo, “La Tercerización laboral en el Perú”. (Trabajo de grado, Universidad Señor de Sipán, 2020), 65.

²⁸ Silvia Rebaza Santa Cruz, “Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano”. (Trabajo académico para optar por el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), 21

²⁹ D.S N° 006-2008-TR

en que el desplazamiento se da al lugar de trabajo del principal o contratista concordado al artículo 1° del mismo reglamento mencionado.

En esta misma línea el autor, comprende que no existe una adecuada delimitación respecto a las figuras mencionadas, sin embargo, por medio del Informe N 49-2009-MTPE/9.11012 de la Oficina de Asesoría Jurídica del MTPE, establece dicha definición bajo ciertos parámetros:

- Cuando la principal ejerza disposición sobre el espacio.
- Cuando la tercerización en dichos espacios facilite el reconocimiento de la empresa principal ante el trabajador que ejecuta el servicio contratado.

2.12. Núcleo de negocio:

La definición normativa de núcleo de negocio se puede entender de acuerdo con el DS 001-2022-TR como "...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..."³⁰ se pueden mencionar los criterios como:

- El objeto social de la empresa
- La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.
- Lo que la identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
- 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.

Estando numerados en el artículo 1° del antes mencionado DS en un listado abierto, pudiendo así el fiscalizador de dicha norma agregar criterios de acuerdo con la realidad que encuentre.

³⁰ DS. 001-2022-TR

De acuerdo con la exposición de motivos esta modificación se encuentra sustentada en que de la definición de actividad principal, se desprende un alcance significativamente amplio que pueda incluir actividades que forman parte del núcleo de negocio, llevando a desnaturalizar la figura que permite la externalización de servicios abriendo el supuesto a empresas fraudulentas³¹.

Es así que podemos denotar que la redacción del D. Supremo Nro. 006-2008 TR no contempla el concepto de núcleo de negocio, esto en la medida que, como ya lo hemos mencionado anteriormente la tercerización se define, como la contratación de compañías para que estas realicen actividades especializadas u obras , siempre que estos servicios prestados sean por medio de riesgo y cuenta propia, además de contar con recursos propios en cuestión de materiales, financieros, técnicos y también de administración, del mismo modo que estos sean responsables por los resultados de las actividades y que los trabajadores estén bajo su subordinación.

De lo antes mencionado, queda claro que hasta antes de la introducción del Decreto Supremo 001-2022-TR, la única exigencia o limitante para aplicar la tercerización, era que la empresa tercerizadora tuviera autonomía y capacidad para prestar el servicio contratado.

Dicho esto, es importante conocer los argumentos para la introducción del concepto “núcleo de negocio”, en principio, por medio del Decreto Supremo Nro. 006-2008-TR, se establece la necesidad de modificar la definición de “actividades especializadas u obras”, con el objetivo de delimitar el tipo de actividades que la compañía principal podría delegar a la compañía tercerizadora, para así no desnaturalizar dicha figura y poder utilizarla en todos los supuestos posibles incluso los reservados a la intermediación.

En este orden de ideas, respecto al primer criterio objetivo según Chang de acuerdo con el artículo 11 de la Ley Nro. 26887, Ley General de Sociedades, “...que la sociedad circunscribe sus actividades a aquellos negocios tanto como operaciones que son de manera lícita, cuya descripción debe ser detallada y constituye su objeto social. Se entienden como objeto social todos aquellos hechos que colaboren a la realización de sus fines, aunque no se encuentren dentro del pacto social

³¹ Exposición de motivos DS 001-2022-TR

o el estatuto. La sociedad no puede tener por objeto desarrollar actividades que la ley establece como con carácter exclusivo a otras entidades o personas...”³²

En otras palabras, el objeto social es el que consta en la constitución de la empresa y comprende las actividades que podría realizar, por ende, este puede ser muy amplio³³.

En cuanto, al quinto criterio objetivo como lo menciona Chang, es también uno de los criterios objetivos, toda vez que cada compañía se encuentra en la capacidad de poder identificar cual es la actividad que podría representarle mayores ingresos, sin embargo como bien menciona el autor Luis Alberto Chang, se trata de un criterio que debe ser tomado con cautela porque no necesariamente un área de venta son nucleares al negocio, como por ejemplo una empresa de diseño de software, puede tercerizar su área de ventas a algún distribuidor³⁴.

Este autor no hace mención respecto al resto de criterios numerados anteriormente por considerarlos subjetivos, por tanto, su definición es variable de acuerdo con la interpretación que se le dé, es decir los criterios segundo al cuarto dependen de la valoración realizada por el inspector de trabajo sobre la identificación de la empresa en el mercado y frente a sus clientes.

2. 13. La Libertad de Empresa

La libertad de empresa es reconocida como un derecho constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 59 de la Constitución Peruana del año 1993.³⁵ El cual tiene las facultades de libertad de acceso al mercado, libertad de gestión y libertad de salida del mercado, del mismo modo no puede ser lesivo o limitar la moral, la salud o la seguridad pública. Sobre todo, el Estado evita cualquier desigualdad, por lo cual las pequeñas y medianas empresas tienen las mismas oportunidades que las grandes empresas.

³² Ley 26887-1997, de 5 de diciembre, Ley General de Sociedades. (Lima, 9 de diciembre de 1997).

³³ Luis Alberto Chang, “Problema nuclear: Análisis del núcleo del negocio en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR”, Enfoque de derecho, 12 de octubre de 2022, <https://www.enfoquederecho.com/2022/10/12/problema-nuclear-analisis-del-nucleo-del-negocio-en-el-decreto-supremo-no-001-2022-tr/>

³⁴ Luis Alberto Chang, “Problema nuclear: Análisis del núcleo del negocio en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR”, Enfoque de derecho, 12 de octubre de 2022, <https://www.enfoquederecho.com/2022/10/12/problema-nuclear-analisis-del-nucleo-del-negocio-en-el-decreto-supremo-no-001-2022-tr/>

³⁵ Constitución Política del Perú (Const)

Sánchez Calera, define desde el punto económico de la constitución que la empresa es una unidad de producción en los que se combinan precios de capital y de trabajo, para que de tal forma se pueda generar un mercado de bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta de dinero. De esta forma, existe una ganancia si los precios de distribución o venta son superiores a los de coste y una pérdida del caso contrario³⁶.

Por otro lado, el autor Jorge Avendaño sostiene que la libertad de empresa integra el derecho más amplio de libertad de iniciativa, ya que comprende la libertad de contratación, de transacciones económicas, como también a la actividad y la libertad de ejercicio de esta misma.

Establece que la libertad de empresa garantiza a toda persona natural como también jurídica el derecho al emprendimiento y desarrollar una autonomía plena, como también la actividad de su preferencia, destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico para así obtener ganancia material. Es por ello, que el derecho a participar en el tráfico de bienes, así como la dedicación a la prestación de servicios públicos no sujetos a dependencia, por lo cual cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención de varios productos o a su transformación, siempre que sea bajo la propia autonomía y determinación³⁷.

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0011-2013-PI/TC

En la STC 3116-2009-PA/TC, el Tribunal recordó que el contenido constitucionalmente protegido de la libertad de empresa está compuesto por tres posiciones *ius*-fundamentales básicas:

³⁶ Fernando Sanchez Calero, Juan Sanchez Cakeri Guilarte. *Instituciones del Derecho Mercantil*.(Navarra, Aranzadi, 2015), 350

³⁷ Jorge Avendaño Valdez, “La libertad de empresa y la libertad de contratación en la constitución”, *Advocatus* 16, no. 22 (2007): 177.

- *Acceso.* A través de la llamada libertad de fundación de una empresa, la cual garantiza la potestad de decidir crear empresas y actuar en el mercado, según la denominada libertad de acceso al mercado.
- *Auto-organización.* A través de la libertad de organización de la empresa, garantiza al empresario la facultad de establecer los objetivos propios de la empresa, con el fin de dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) de acuerdo a sus recursos y a las condiciones del mercado.
- *Cesación.* A través del cual se reconoce la potestad de decidir la salida del mercado de la empresa³⁸.

2.14. Relación entre núcleo de negocio y libertad de empresa

Como ya se mencionó anteriormente, queda claro que el modelo económico de la economía social de mercado garantiza y promueve la libertad de empresa. Esto en la medida que es a través de esta que se genera bienestar social mediante la oferta de bienes y servicios, así como la generación de puestos de trabajo. En este sentido, la libertad de empresa les permite a las personas no solo la creación de estas, sino también su libre desarrollo a través de la optimización de sus procesos.

Es aquí, donde entra a tallar la tercerización, toda vez que esta le permite a las empresas trasladar una parte de su proceso productivo a un tercero generando de esta forma una eficiencia en dicho proceso.

Ahora bien, con la introducción del concepto núcleo de negocio y su prohibición para tercerizarlo, impacta de manera directa en la libertad antes mencionada. En otras palabras, a partir de la implementación de dicha prohibición las empresas ven limitada la facultad de gestión reconocida dentro de la libertad de empresa. Teniendo como consecuencia, un impacto en sus procesos productivos e incrementando los costos de esta.

³⁸ Tribunal Constitucional. EXP. N° 0011-2013-PI/TC, de 27 de agosto, se refiere a demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 29947, de Protección a la Economía Familiar. (Lima 27 de agosto de 2014, sala Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Nuñez, Ledesma Narváez y Espinoza Saldaña).

Es así que podemos decir que en base a la exposición de motivos el objetivo de la norma era evitar el sobre uso de la tercerización y la violación de normas laborales para con los trabajadores, la cual termina afectando la libertad de empresa en el sentido que no demuestra una verdadera relación fáctica entre estos dos y porque uno generaría la afectación del otro, del mismo modo se denota poco conocimiento acerca de dicha figura y la simplicidad con que se toma su publicación por parte tanto del ente regulador(SUNAFIL) como de ministerio a cargo(MTP).

El artículo 3° de la Ley N° 29245 señala como tercerizables las siguientes actividades:

- 1.Actividades especializadas o de obra que se ejecuten con las unidades productivas de la empresa principal.
2. Contratos de gerencia, contratos de obra y tercerización externa.
3. Contratos mediante el cual se delega una parte integral del proceso productivo.

Pero como señala Luis Alberto Chang, no existe evidencia empírica sobre la utilización indiscriminada de la figura de tercerización, ni la necesidad de prohibir la tercerización. Por otro lado, el mismo autor establece que la creación de un núcleo de negocio y su concepto relacionado a la tercerización hace el empleo más precario³⁹.

En base a lo antes señalado, todas las disposiciones de menor jerarquía deben estar alineadas a garantizar dicha libertad, siendo que, con las modificaciones implementadas y la introducción del concepto de núcleo de negocio y su imposibilidad de tercerizarla, lo que se está haciendo es desincentivar la creación de riqueza y limitar la libertad de empresa.

El artículo también señala que, el Estado promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. Al respecto, es evidente por todo lo antes señalado que, estas modificaciones y limitantes a la utilización de la tercerización lo único que lograrían es desincentivar la creación las nuevas empresas, ya que, estas se verían limitadas en la prestación de servicios de tercerización a empresas más grandes.

³⁹ Luis Alberto Chang, “Problema nuclear: Análisis del núcleo del negocio en el Decreto Supremo N° 001-2022-TR”, Enfoque de derecho, 12 de octubre de 2022, <https://www.enfoquederecho.com/2022/10/12/problema-nuclear-analisis-del-nucleo-del-negocio-en-el-decreto-supremo-no-001-2022-tr/>

Por otro lado, Avendaño sostiene, que la libertad de empresa constituye, además, la libertad de iniciativa, el mismo que a su vez, comprende la libertad de contratos. En base a esto, al limitarse la posibilidad de tercerizar, se restringe de manera implícita la libertad de contratación, lo cual es fundamental para el desarrollo de las empresas⁴⁰.

Por lo antes expuesto, podemos señalar que limitar la tercerización violando la libertad de empresa, no es la forma ideal de atacar el supuesto abuso de la tercerización. En este sentido, podemos entender que dicha libertad le permite a los privados desarrollar sus actividades de la manera más eficiente posible, siendo que, la inclusión del concepto de “núcleo de negocio” no brinda una solución jurídica, en la medida que, representa un concepto netamente económico, limitando así la tercerización.

⁴⁰ Avendaño, *“La libertad de empresa y la libertad de contratación en la constitución”*, 177.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Diseño de la investigación

Esta investigación será de tipo cualitativo, lo que significa que se utilizarán datos obtenidos del instrumento de medición elegido (entrevistas) para comprobar la hipótesis. Se realizarán entrevistas a especialistas en derecho laboral, empresarial y expertos en materia de tercerización, a efectos de determinar la opinión de la muestra representativa y utilizarla como instrumento de medición.

3.2 Población y muestra

Tomando como base metodología de la investigación del Dr. Roberto Hernández Sampieri se realizarán entrevistas a una muestra a conveniencia de expertos en materia laboral y empresarial.

3.3 Instrumentos de medida

El instrumento de medida utilizado será entrevistas, las cuales contendrán 5 preguntas relacionadas a los objetivos de la investigación, ayudando así con el análisis, discusión y las conclusiones de la presente tesis.

3.4 Técnicas de recolección de datos

Los datos recolectados de las entrevistas serán analizados con cuadros comparativos.

3.5 Técnicas para el procesamiento y análisis de información

3.5.1 Guía de entrevista

Realizadas las entrevistas generaran información pertinente respecto a la investigación siendo que estas van dirigidas a expertos en la materia, se identificara a los entrevistados respecto al cargo actual que desempeñan.

3.5.2 Modelo de entrevista- Fecha:

- Lugar: Lima, Perú.

- Hora:

Introducción: Muy buenos días somos Bachilleres de Derecho Corporativo por la Universidad ESAN, como parte de obtención del título universitario estamos realizando una tesis respecto a la prohibición de tercerización respecto al núcleo del negocio, para lo cual requerimos opiniones de expertos en materia laboral y corporativa, por ende, pedimos pueda responder el siguiente cuestionario:

1. ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?
2. ¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?
3. ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?
4. ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa? ¿Por qué?
5. (en caso la respuesta es afirmativa en la pregunta anterior) ¿Que alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?

Cierre de la entrevista

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1 Validación del instrumento de medición

La anteriormente mencionada entrevista fue validada de manera anticipada por una especialista metodológica, asimismo esta fue ejecutada en diversos especialistas del sector privado, teniendo experiencia en el sector laboral y corporativo.

Se realizaron 5 entrevistas siendo que las transcripciones de estas están presentes en el anexo 2 de esta investigación.

4.2 Desarrollo del instrumento de medición

En la presente parte del estudio se mostrará un resumen con las respuestas de los expertos respecto a cada categoría dividida en base a los objetivos del presente estudio continuando así con un cuadro de tabulación, señalar exactamente como identificar el núcleo de negocio.

4.2.1 Resultados

De acuerdo a la adecuada definición del núcleo de negocio, la mayoría de entrevistados no concuerda con esta, porque se observa una definición de núcleo de negocio abierta como la señalada en el DS modificadorio que estudiamos en esta investigación, esta no solo reduce la ley limitando las definiciones que brinda sino también deja al criterio del fiscalizador determinar que es núcleo de negocio y por ende aplicarlo, así como pasarse por alto el rol subsidiario que tiene el estado.

También podemos señalar que los requisitos son demasiado amplios porque como mencionamos y señala Chang concuerda que 3 de los 5 criterios brindados en la modificatoria son subjetivos y los 2 restantes dan una interpretación muy larga de éste. Si alguno tiene bases sólidas para definirse de acuerdo con uno de los entrevistados es el reconocimiento de la marca.

Respecto a la exclusión de tercerizar el núcleo de negocio ninguno de los entrevistados considera esta oportuna porque, el reglamento ha vulnerado la jerarquía normativa pues ha ido más allá de la ley, es decir, un decreto no puede modificar una ley, también se puede entender como una forma

de desarrollar la especialización dentro de cada empresa, pero no se puede esperar que todas estén obligadas o en la capacidad de invertir este tipo de recursos y tiempo en esto.

Los aspectos que los expertos consideran que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización, algunos consideran que no debería haber ningún límite en la tercerización porque la especialización estimula la creación de empleos así como de nuevas tecnologías, hace a las empresas más dinámicas y genera un valor agregado en todas, otros consideran a la normativa señalada en el DS006-2008-TR suficiente, porque la definición, alcances y derechos acerca de la tercerización están lo suficientemente claros como para no llegar a un abuso de derecho por ninguna de las partes, una minoría de los entrevistados cree que debería ser permitida en todos los campos excepto empresas cuyo único fin es tercerizar, es decir no brindan servicios de especialización, nada más mano de obra, encontrándose así simplemente en el campo de la intermediación y finalmente que el fraude a la tercerización sea castigado o prohibido es decir que la tercerización no sea un modo o método para que las empresas dejen de pagar beneficios laborales y por tanto tengan mano de obra barata.

Con relación a si es que la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio vulnera el derecho constitucional a la libertad de empresa, la totalidad de entrevistados consideran que si porque vulnera directamente la facultad de dirección, los motivos para estas respuestas son que esta actividad es utilizada para desprender parte del riesgo de negocio de la empresa para que otra especializada lo asuma, porque es una forma eficiente de generar especialización en actividades y a la vez no correr con los peligros de asumir el costo o riesgo de esta especialización, creando así oportunidades de negocios especializados.

Las opiniones respecto a una posible alternativa de solución viable del problema en cuestión son variadas, como la derogación normativa, volviendo a la regulación anterior, fortalecimiento del órgano regulador; hasta otras mucho más especializadas, así como registro nacional de empresas tercerizadoras, no sólo señalando las empresas que pueden hacerla, con requisitos tales como: pago de honorario mensual, no exista un apalancamiento, que estos sólo traten temas especializados, pluralidad de clientes o tiempo en el rubro entre otros que podrían ser agregados normativamente.

Podemos notar que existen posiciones en contra de la modificación normativa realizada, pues siguiendo lo mencionado no solo vulnera derechos constitucionales lo hace de una forma desinformada acerca de la regulación del tema de tercerización, también existen posiciones a favor de la prohibición, porque siguiendo la línea lógica de la exposición de motivos, enfatizan la vulneración de derechos laborales a través de la tercerización, así como el ahorro del pago y otorgamiento de derechos laborales.

4.2.2 Tablas de tabulación e interpretación

	Carlos Jiménez	Mayte Capella	Luis Aguilar Enríquez	Dante Gavilán Cunyarachi	Luis Sanabria
Pregunta 1	<ul style="list-style-type: none"> • ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? 				
Respuesta	No	No	No	Si	Si
Fundamento	- Rol del estado subsidiario, promueve la iniciativa privada y toda forma de contratación libre.	- Da una definición peyorativa de la norma dejando a criterio del fiscalizador la interpretación.	- Principios demasiado amplios dando al empresario una interpretación muy larga de este.	- No en negativa pues está definida en las mismas normas, como el objeto social.	- La definición más adecuada es el reconocimiento de la marca.
Pregunta 2	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? 				
Respuesta	No	No	No	No	No
Fundamento	-El reglamento ha ido más allá de la ley.	- Desde la definición de actividades especializadas se usó la tercerización con empresas que no tenían nada de tercerizador	- Solo nos basaríamos en el objeto social y por tanto estaría sumamente limitado.	- Un decreto no puede modificar una ley y no se puede pretender que una empresa asuma todos los costos de una especialización.	- A pesar de que se trata de impulsar la especialización no se puede aceptar que una empresa este obligada a estos gastos.

		as.			
Pregunta 3	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? 				
Respuestas	- Ninguno, Pero el objetivo principal debe ser la protección de los derechos laborales.	- El fraude en la tercerización que hacen empresas sin soporte de ningún tipo.	-Igual a la normativa anterior al prohibir actividades reducimos la cantidad de futuros o posibles empleos.	- Solo empresas que tienen como único fin tercerizar.	- Ninguno, en una economía social de mercado siempre se debe apoyar algo que mejore la situación de los consumidores.
Pregunta 4	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa? 				
Respuesta	Si	Si	Si	Si	Si
Fundamento	- Tienes la imposibilidad de desprender parte del riesgo de tu empresa.	- Porque la ley desde siempre ha señalado actividades especiales homologado a nivel jurisprudencial y comparado.	- Limita el derecho del empresario y tiene que realizar una interpretación extensiva del supuesto.	-Una empresa debería poder delegar facultades a otra para generar una mayor eficiencia.	- Representa una restricción y una barrera burocrática.
Pregunta 5	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? 				
Respuestas	- Pago del honorario mensual	- Seguir con los procesos judiciales	- Volver a la legislación anterior.	- Derogación de la norma -	- La inaplicación ya dada por INDECOPI

	<ul style="list-style-type: none"> - No exista apalancamiento - Una posible lista con requisitos como en la intermediación laboral. 	<p>ante el TC y en vía judicial así se sientan precedentes.</p>		<p>Fortalecimiento de la SUNAFIL.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Demandar la inconstitucionalidad de la norma.
--	---	---	--	---------------------------------------	---

CAPÍTULO V: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

Respecto a la definición del núcleo de negocio se llega a la conclusión que esta figura se genera ante la falta de una explicación normativa clara de los conceptos de las “actividades especializadas u obras”. En este sentido, a opinión de los especialistas entrevistados la consideran cuestionable por el hecho de que una modificación de esta magnitud debió evaluar con detenimiento los posibles efectos en el mercado.

Pasando a la prohibición del núcleo de negocio, podemos contrastar con el derecho comparada que legislaciones como la Chilena y Uruguay la regulan específicamente generando así una forma de contratación eficiente, ajustándose a la realidad tanto laboral como de desarrollo de cada país en específico. Contrastando con la opinión de los entrevistados, se denota claramente una falla directa hacia la mejora normativa de dicha figura, la cual no soluciona la problemática expuesta en la exposición de motivos.

Como señalamos la libertad de empresa contempla 3 facultades las cuales son: libertad de acceso al mercado, libertad de gestión y libertad de salida del mercado. La prohibición normativa de la tercerización del núcleo de negocio ataca directamente la facultad de gestión pues impone una barrera sin una justificación concreta, limitando así la capacidad de especialización de las empresas o en algunos casos el completo uso de esta figura. Al respecto los entrevistados considera que esta prohibición vulnera de forma absoluta la libertad de empresa reconocida constitucionalmente, señalando que conlleva restricciones, pero estas no son siquiera mencionadas o desarrolladas fácticamente en la exposición de motivos.

El artículo 2° del Decreto Supremo N° 001-2022-TR vulnera en gran medida el derecho a la libertad de empresa, toda vez que, como se puede observar del presente trabajo, dicha libertad contiene tácitamente otras libertades como por ejemplo la libertad de contratar, por ende, se evidencia una vulneración a dichas libertades.

Es preciso mencionar que esta es una prohibición expresa que limita de manera directa la utilización de la tercerización y por ende la libertad de empresa. Así mismo, como se puede observar de las entrevistas realizadas a los especialistas, existe incertidumbre al respecto, ya que,

al no establecerse de manera clara el concepto de núcleo de negocio, las empresas quedan sujetas al criterio de los inspectores de trabajo para determinar si parte del proceso productivo que se estarían tercerizando forman parte o no del núcleo del negocio.

En efecto, consideramos relevante entender que el concepto de núcleo de negocio por sí solo no afecta la libertad de empresa, ya que esta afectación se materializa recién con la prohibición de tercerizar. En otras palabras, el concepto de núcleo de negocio no afecta de manera directa la libertad de empresa.

Finalmente, según lo investigado estas medidas también generan afectación en los propios trabajadores, teniendo así un efecto rebote ya que esta medida incrementaría nuestros ya grandes índices de informalidad. En este sentido, por más que el objetivo de la modificación sea la seguridad laboral, lo único que se logra es que las empresas asuman mayores riesgos y disminuyan su eficiencia.

CAPÍTULO VI: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- Respecto a nuestra pregunta general de investigación consideramos que sí se vulnera la libertad de empresa en gran medida, limitando que las personas ejerzan libremente las facultades constitucionalmente reconocidas de la libertad de empresa en el marco de una economía social de mercado consecuentemente también vulnerando la libertad de contratación, validándose así la hipótesis general planteada.
- Ahora bien, se determina que los alcances de la libertad de empresa son el acceso al mercado, libertad de gestión y libertad de salida del mercado, que resultan afectados por la restricción del núcleo de negocio generándose así una limitación para su desarrollo. Como consecuencia de esta afectación se han iniciado acciones legales como denuncias considerándola como una barrera burocrática ante INDECOPI y buscando detener los efectos de dicha modificación, del mismo modo se han iniciado también diversas acciones populares ante el poder judicial y acciones de amparo en el tribunal constitucional.
- Respecto a los alcances de la libertad de empresa podemos decir que la hipótesis planteada sí se cumple, confirmando la importancia de las facultades que se le reconocen jurisprudencialmente; asimismo, se destaca su importancia en el correcto funcionamiento dentro de una economía social de mercado, ya que esto permite el desarrollo eficiente de las empresas.
- Con relación a los alcances de la tercerización, precisamos que estos están determinados por la ley y son limitados a actividades especializadas u obras; sin embargo, no se evidencia una delimitación concreta de dichos conceptos dejando a criterio de las partes la posibilidad de establecer que parte del proceso productivo será materia de tercerización, determinando así que la hipótesis planteada se cumple parcialmente.
- Acerca del alcance del núcleo de negocio, no está establecido de forma concreta en la legislación, pero menciona criterios para su identificación, la incorporación de este concepto busca complementar la definición de actividad especializada u obra, dejando la posibilidad a que la autoridad competente determine a criterio que es núcleo de negocio; sin embargo, esta situación genera incertidumbre ya que las empresas no tendrían claro que

actividades de su negocio son tercerizadas o no, con lo señalado validamos nuestra hipótesis.

- Partiendo de la lógica utilizada por la exposición de motivos la cual establece que con esta figura se vienen dando una serie de vulneraciones a los derechos de los trabajadores, consideramos pertinente señalar que se cuentan con herramientas para poder mitigar esto sin necesidad de una modificación normativa que limite la utilización de la tercerización. Además, la autoridad de trabajo cuenta con organismos que poseen herramientas suficientes para fiscalizar el cumplimiento de normas sociolaborales como es el caso de la SUNAFIL en este sentido consideramos como una alternativa viable el fortalecimiento de esta institución para atacar la problemática antes señalada.
- Como otra alternativa de solución se recomienda la creación de requisitos específicos para las empresas tercerizadoras, a través de los cuales se buscaría asegurar la realización trabajos netamente especializado, garantizándose la no desnaturalización. Así mismo, generar una lista de empresas especializadas en tercerización, como se realiza en la figura de la intermediación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Tesis y trabajos de grado

- Arista Flores, Ronald. “Tercerización de servicios”. Trabajo de grado, Universidad Señor de Sipan.
- Barrios Cumpa, Cynthia y Solano, Daniel. “Tercerización- Contratación Laboral”. Trabajo de grado, Universidad de San Martín de Porres, 2021
- Castillo Villegas, Rodrigo, Chumacero Ruiz, Sergio y más. (2022). “Tercerización Laboral”. Trabajo de grado, Universidad Privada Antenor Orrego.
- Coello Horna, Carlos. “Impacto de la tercerización en la actividad sindical”. Tesis para obtener el título de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Guevara Gallardo, Edson. “La Tercerización Laboral En El Perú”. Trabajo de grado, Universidad Señor de Sipan,
- Rebaza Santa Cruz, Silvia “Hacia una definición del aspecto locativo en el ámbito de aplicación de la tercerización de servicios en el ordenamiento laboral peruano”. Trabajo para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salazar Gamboa, Oscar. “El Uso Indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora”. Tesis para obtener el título profesional de abogado, Universidad San Martín de Porres.

Artículos de revista académica impresa o electrónica

- Castello, Alejandro. “La Subcontratación Y Las Relaciones De Trabajo En Uruguay” *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 9 (2009): 56-87.
- Ferro Delgado, Victor. *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: PUCP, 2020.
- Avendaño Valdez, Jorge. “La libertad de empresa y la libertad de contratación en la constitución peruana”. *Advocatus* 16 (2007): 177.
- Cruz Villalón, Jesús. “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”. *Revista De Trabajo Y Seguridad Social*. 13 (1994): 26.

- Pérez Sepúlveda, Sebastián, “Tercerización Y Regulación Laboral En Chile: Una Reconstrucción De Las Transformaciones Del Trabajo”. *Revista Estudios Institucionais*, no. 6 (2020) 25-26
- Toyama Miyagusuku, Jorge. “Tercerización e Intermediación Laboral Diferencias y Tendencias”. 9 de marzo de 2023. [https://es.scribd.com/document/546647837/Tercerizacion-e-Intermediacion Laboral-Diferencias-y-Tendencias-JORGE-TOYAMA](https://es.scribd.com/document/546647837/Tercerizacion-e-Intermediacion-Laboral-Diferencias-y-Tendencias-JORGE-TOYAMA)
- Toyama Miyagusuku, Jorge. “El derecho individual del trabajo en el Perú, un enfoque teórico práctico”, *Gaceta Jurídica*, (2015).
- Navarrete Maldonado, Alejandro. “Tercerización e intermediación laboral, problemática actual”, *Gaceta Jurídica*, (2018).
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. "La 'tercerización' de actividades productivas. ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del Trabajo?". *Gaceta Jurídica*, (2018).
- Valderrama Valderrama, Luis y Manolo, Tarazona Pinedo. “Régimen laboral explicado” 2019, *Gaceta Jurídica*, (2018).
- Ugaz Olivares, Mauro. “El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Peru” *Foro Jurídico*, no. 10 (2010).
- Racciatti, Octavio. “Tercerización: exteriorización del empleo y descentralización productiva”, *Derecho Laboral*, no. 185, (1997)
- Plá Rodríguez, Américo, “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo” *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*, no. 2 (2000)
- Guevara Gallardo, Edson. “La tercerización laboral en el Perú”. *Ediciones Caballero Bustamante*, 2017), 22.

Libro con un autor

- Castillo Guzmán, Jorge. *Tercerización Laboral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2009.

Normas Jurídicas

- Decreto Supremo N° 006-2008-TR, de 11 de setiembre de 2008, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. (Lima, 12 de setiembre de 2008)
- Ley N° 29245-2008, 24 de junio de 2008, Ley que regula los servicios de tercerización. (Lima, 25 de junio del 2008).
- Ley N°20123, Ley que regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. República de Chile.
- Ley N° 26887, 31 de diciembre de 1997, Ley General de Sociedades. (Lima, 01 de enero de 1998)

APÉNDICE 1: Matriz de consistencia

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES E INDICADORES	METODOLOGÍA
<p align="center">Principal ¿En qué medida la modificación del artículo 2 del DS 0001-2022-TR que prohíbe la tercerización del núcleo del negocio vulnera la libertad de empresa?</p> <p align="center">Secundarios</p> <p>Problema específico 1 ¿Cuáles son los alcances de la libertad de empresa?</p> <p>Problema específico 2 ¿Cuáles son los alcances de la tercerización?</p> <p>Problema específico 3 ¿Cuál es el alcance del núcleo de negocio?</p>	<p align="center">Principal Determinar en qué medida la modificación del artículo 2 del DS 0001-2022-TR que prohíbe la tercerización del núcleo del negocio vulnera la libertad de empresa.</p> <p align="center">Secundarios</p> <p>Objetivo específico 1 Determinar cuáles son los alcances de la libertad de empresa</p> <p>Objetivo específico 2 Determinar cuáles son los alcances de la tercerización</p> <p>Objetivo específico 3 Determinar cuál es el alcance del núcleo de negocio.</p>	<p align="center">Principal Se vulnera la Libertad de Empresa en la medida que la prohibición de núcleo de negocio implica una limitación a la posibilidad de las personas de ejercer libremente la facultad de gestión en el marco de la economía social de mercado consagrada en el artículo 59 de la constitución, afectando de esta manera su libertad de contratación.</p> <p align="center">Derivadas</p> <p>Hipótesis derivada 1. Podemos determinar que los alcances de la libertad de empresa son libertad de acceso al mercado, libertad de gestión y libertad de salida del mercado.</p> <p>Hipótesis derivada 2.</p>	<p>Variable Independiente Decretos supremos, leyes u otros cuerpos de igual jerarquía que modifique la tercerización laboral.</p> <p>Variable Dependiente Ley 29245 Ley que regula los servicios de tercerización.</p>	<p>La investigación será de tipo cualitativo, por lo cual se utilizarán datos obtenidos del instrumento de medición elegido (entrevistas) para comprobar la hipótesis. Se realizarán entrevistas a expertos en materia laboral y empresarial, así como a sindicatos y empresas tercerizadoras, a efectos de determinar la opinión de la muestra representativa y utilizarla como instrumento de medición.</p>

		<p>Determinamos que la tercerización debe seguir los alcances dados por ley es decir estar limitado a actividades especializadas u obras, siempre y cuando estos no violen derechos constitucionales reconocidos.</p> <p>Hipótesis derivada 3. Podemos determinar que los alcances del núcleo de negocio no están definidos objetivamente, nada más se limitan a señalar criterios para identificarlo.</p>		
--	--	---	--	--

APÉNDICE 2: Transcripciones de entrevistas

ENTREVISTA 1:

Fecha: lunes 13 de febrero del 2023

Hora: 7:40 pm

Lugar: Lima, Perú

Entrevistador: Andree San Román Salas

Entrevistado: Carlos Jiménez Silva, Abogado. Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Docente en UNMSM, ULIMA, ESAN y USMP. Miembro SPDTSS. Autor en libros colectivos y revistas nacionales y extranjeras.

Andree San Román: Buenas noches, soy bachiller en la carrera de derecho corporativo por la universidad ESAN, el motivo de la presente entrevista tiene fines meramente académicos los cuales ayudaran en la posible definición del núcleo del negocio para la tercerización, a continuación, pasaremos a la entrevista, ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?

Carlos Jiménez: por supuesto que no nosotros tenemos una economía social de mercado, donde el rol del estado es subsidiario, a falta de intervención privada, es así que el artículo 59 de la constitución si mal no recuerdo, que el estado promueve la iniciativa privada y toda forma de contratación libre en este caso a través de un decreto supremo que es una norma que reglamenta la ley de tercerización, se está afectando esta libertad de empresa en la medida que no se puede realizar labores de tercerización que generan contrataciones de gran parte de la población económicamente activa en la que medida que no se puede tercerizar lo que es el núcleo del negocio y si nosotros revisamos la definición de lo que se denomina que es el núcleo del negocio está previsto en el artículo 2 del DS 001-2022-TR que modifica el actual reglamento de tercerización, prácticamente son todas las actividades que se pueden tercerizar no solamente nos debemos referir a lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales sino a lo que es propio del objeto de la empresa, el objeto social de la empresa que está tercerizando ósea lo que es propio del giro de negocio de una empresa que contrata a una contratista no se puede tercerizar, lo que le genera mayor valor a la empresa tampoco se puede tercerizar, lo que la diferencia en el mercado tampoco se puede tercerizar, la actividad que le reporte mayores ingresos tampoco se puede tercerizar,

entonces yo me pregunto ¿qué se puede tercerizar? Eso ciertamente va contra la economía social del estado y el rol subsidiario que debe tener el estado y la iniciativa privada que es libre, de acuerdo al artículo 59° de la constitución.

Andree San Román: **¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?**

Carlos Jiménez: Por supuesto que no, el reglamento a ido mas allá de la ley de tercerización de servicios, la ley de tercerización de servicios establece que se puede tercerizar una parte integral del proceso productivo y que la definición dada por la ley 29245 se entiende que se puede realizar actividades especializadas u obras siempre que se asuma independencia en la prestación del servicio, que sea una parte integral, pero eso no significa que se limite esa posibilidad a través de una definición de lo que es núcleo del negocio y si nosotros vemos los supuestos que acabo de mencionar pues incluye cualquier tipo de actividad que se pudiese contratar con un tercero.

Andree San Román: **¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?**

Carlos Jiménez: Considero que debe potenciarse que la tercerización debe tener como fin como objetivo, que no se vulneren derechos laborales en la medida que se contrate a una empresa para que realice una parte integral del proceso productivo, total no parcial ese es un requisito que se debe precisar es segundo lugar deben mantenerse la limitaciones para que no se desnaturalice la tercerización y como consecuencia de ello el personal contratado y desplazado por la empresa contratista pase a integrar la planilla de la empresa principal o contratante de los servicios de tercerización, ¿qué requisitos se deben mantener? La independencia económica, material, financiera; que el personal que está siendo desplazado este en la planilla de la empresa contratista; que la empresa contratista utilice sus propias herramientas y que no se las pueda dar la empresa contratante eso tal vez podría precisar, esos requisitos deben mantenerse no tanto la exclusividad por que podría o la pluralidad de clientes por que podría darse excepciones que creo que deberían mantenerse cuando la naturaleza del servicio haga pues que no haya otras empresa en el mercado que se puedan contratar como terceras por ejemplo , ¿no?, ni tampoco el capital mínimo lo que si debería precisarse seria lo siguiente: que el pago que efectuó la contratante a la contratista, pago mensual, represente un porcentaje superior a los gastos administrativos en que incurre la empresa contratista para el desarrollo de los servicios materia de la tercerización, eso si se podría decir, por ejemplo tú vas a gastar administrativamente 10,000 soles pues el honorario que te deberían dar como empresa contratista debería ser esos 10,000 soles incrementados en un.... 20% eso si de

podría precisar, sería interesante que lo pongan, para que no haya un fraude no sea pernicioso, otras cosas que tiene que precisarse es que la tercerización tiene que ser una parte integral del proceso productivo total no parcial si voy a tercerizar la parte de soporte informático en la universidad tiene que ser total, global.

- **Andree San Román: ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa?**

- **Carlos Jiménez:** Por supuesto que si, en la medida que si yo no voy a poder realizar o contratar a una tercera empresa por que va a realizar labores propias de mi giro de negocio entonces de cierta forma estoy restringiendo la posibilidad de poder desprender parte del riesgo de la actividad empresarial a través de la contratación de un tercero, me están imponiendo esa prohibición cuando el estado debería intervenir subsidiariamente, la iniciativa privada es libre y voluntaria eso no va contra las buenas costumbres ni contra el orden público al contrario genera mano de obra, genera empleo, hay otros mecanismos que no debieron darse a través de un reglamento, ese reglamento ha ido más allá de la ley de tercerización, los reglamentos de acuerdo a la constitución no pueden ir más allá de la ley sirven para precisar no para desnaturalizar o establecer cosas que no está previstas en la ley de tercerización de servicios.

- **Andree San Román: ¿Que alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?**

- **Carlos Jiménez:** Que se permita la tercerización como está dada y como acabo de mencionar al contestar la segunda pregunta, que se establezcan ciertos mecanismos para evitar fraude a los derechos laborales como por ejemplo el establecer un pago del honorario mensual que represente no solamente los gastos administrativos sino también un porcentaje de ganancia que puede estar en el orden del 10 o 20% para la empresa contratista, que no exista un apalancamiento esto es un pago adelantado para poder iniciar el servicio esto supone que por lo menos la empresa contratista tenga el equivalente a 2 meses para poder solventar el gasto de planilla del personal, también podría poner que se precise que la tercerización supone que yo realice una parte integral del proceso productivo, total y mantener los otros requisitos, que le personal que preste servicios a través de una empresa de tercerización este subordinada a la misma, que haya autonomía técnica, funcional y material en el desarrollo de este tipo de actividades de tercerización y que se mantenga registro vigente, tal vez establecer un registro similar al de las empresas de intermediación que no se realice a través del PDT o la planilla electrónica sino que previamente antes de operar las empresas de tercerización y poder celebrar un contrato con las empresas contratistas puedan verificar en el

ministerio de trabajo si tienen un registro vigente para operar antes de ser contratadas y que no sea través de una comunicación como es el PDT o la planilla electrónica que en ese momento se van a poder poner a operar las mismas previamente podría haber un registro en el ministerio de trabajo como el de intermediación laboral en cuanto a capital mínimo que se exige en las empresas de intermediación laboral desde 45 UITs no se si habría que establecer un capital mínimo en las empresas de tercerización pero por lo menos empezar por establecer un registro previo, antes de la contratación para que haya un poco más de orden.

ENTREVISTA 2:

Fecha: jueves 16 de febrero del 2023

Hora: 7:09 pm

Lugar: Lima, Perú

Entrevistador: Andree San Román Salas

Entrevistado: Mayte Capella, Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú, candidata a Máster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017) y diplomada del Programa Internacional de Gestión y Regulación del Sector Eléctrico. Universidad de Ingeniería y Tecnología – UTEC. Actualmente es socia de Santiváñez Abogados

Andree San Román: Buenas noches, soy bachiller en la carrera de derecho corporativo por la universidad ESAN, el motivo de la presente entrevista tiene fines meramente académicos los cuales ayudaran en la posible definición del núcleo del negocio para la tercerización, a continuación, pasaremos a la entrevista, ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?

Mayte Capella: La definición de núcleo de negocio que ha hecho esta modificación normativa que para mí es peyorativa en estos momentos por que utiliza 5 criterios demasiado amplios para definir núcleo de negocio ¿Quién va a definir? El inspector de trabajo que te toque, el inspector de SUNAFIL, puede ser la SUNAT en alianza con la SUNAFIL que es el ente fiscalizador en materia laboral y de seguridad y salud en el trabajo, esos criterios son amplios ¿cuál es la actividad que es más reconocida en el mercado por los consumidores?, por ejemplo primero una empresa de cemento, cementos sol, todo el mundo conoce cementos sol pero la cementera puede tener varias

unidades de negocio, es dueño de una central hidroeléctrica por que utiliza energía para producir cemento en zonas alejadas y es el mayor componente en costos de la producción de cemento la energía es lo que más cuesta, segundo puede también tener concesiones mineras para sacar la caliza, el yeso, la puzolana ósea las materias primas, ósea no solo produce cemento y nuestro objeto social ya es otro criterio para definir el núcleo de negocio que cosa dice el objeto social ósea si yo tengo un inspector de trabajo limitado va a registros públicos y agarra y lee el objeto social de la empresa dueña de la que produce cementos sol dice “ah ellos hacen actividad minera porque tienen 100 concesiones de diferentes cosas, material no metálico óxido de hierro, básicamente arcilla y caliza que es la materia prima del cemento” tiene central hidroeléctrica, tiene electricidad ósea tiene todo para no solo es producción de cemento, para mi todo eso es core business, pero en la realidad el core business de una cementera es hacer cemento, es más venden el cemento puesto en planta ni siquiera tienen camiones propios, como antiguamente tenían esas bombonas grandes que llevaban el cemento, en estos momentos con la infraestructura de carreteras deterioradísima que es carísimo transportar salvo las zonas que tienen concesión de peajes, ósea todo lo que es entregado al privado no sirve, cuestionado, muy caro, es populista la medida en este momento, que es diferente que tu controles la tercerización para que aquellas empresas que hacen tercerización ósea que sean especialistas en dar mantenimiento, operar una central hidroeléctrica en A en B, no Man power no Oral business, esas empresas que son todo y nada a la vez, sino realmente terceros especialistas en dar mantenimiento a por ejemplo máquinas de producción lechera, los que tienen un montón de clientes en La Convención, Quillabamba, Acomayo, zona ganadera de Cajamarca ósea es una empresa especializada con empleados especializados esa es una real empresa tercerizadora, que tiene independencia o autonomía al prestar sus servicios que cobra no por hora hombre sino por servicio prestado por ej.: tonelada métrica de cemento puesta en tal o por cada maquina en la que se realiza un mantenimiento correctivo o preventivo no te cobra por destacarte a 1,2 y 3 esa es una empresa de intermediación laboral las cuales ahora están suscritas a cosas muy puntuales las cuales son vigilancia, limpieza cosas tangenciales externas que no son objeto del negocio y ahora hasta eso esta vulnerado, además de poner criterios muy amplios, si te toca un inspector cuadrulado más ahora y encierra corrupto porque es la verdad, pasa eso y te fundiste, necesitas un abogado, contador y un montón de mecha para llegar al tribunal de SUNAFIL y te hagan caso entonces es una norma demasiado amplia poco clara y más aún pone en peligro el balance de las empresas contratistas que trabajan en minería, en minería todo esta tercerizado y necesitas especialistas en un montón de cosas muy técnicas, la solución no es

restringir y restringir sino poner en las manos de los entes fiscalizadores pero aun así estas en las manos del inspector que te toque.

Andree San Román: **¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?**

Mayte Capella: El problema en si es que han modificado vía reglamento el espíritu de la ley ahora si es verdad la ley habla desde el comienzo de que la tercerización es de actividades especializadas y lo que ha pasado es que si se ha empezado a tercerizar de todo con empresas que de tercerizadoras no tenían nada tal es el caso de OBSD de esas empresas que hacen intermediación laboral pero con fachada de tercerización, entonces yo creo que por ahí era el problema si se corregía y se exigiera que la tercerizadora sea realmente tal es decir medios y equipos propios, personal debidamente capacitado por ellos mismos, que no cobre por hora hombre sino por servicio prestado o por unidad de medida de obra realizada o ejecutada y que tenga sobre todo autonomía con relación a su personal ósea que no sean empresas cascaron sino que sean especialistas y no esas intermediadoras, si se cuidara que la tercerización cumpla con esos requisitos mínimos para existir, pluralidad de clientes cuando corresponde, no habría para mi necesidad que se excluya la posibilidad de tercerizar núcleo de negocio con ciertos límites si la empresa se constituye con una persona o con nadie con el objeto que se repartan las utilidades 4 personas, ahí pues se pone ese supuesto y se fiscaliza o si tercerizo todo con el efecto de eliminar un sindicato, también, pero se ha ido por lo fácil excluyo núcleo de negocio que no debería existir, eso se tiene que corregir que vaya al congreso, que se discuta en el congreso no vía reglamento, por eso es que muchos consideran y han logrado dar y entender medidas favorables pero hay un tema político detrás, no se cuánto se consiga en sede judicial arriba, ¿no? En las instancias mayores y creo que le corresponde al congreso , pero ni siquiera pueden ponerse de acuerdo en adelantar elecciones y mientras tanto siguen saliendo normas que hacen mucha más rígida la contratación y las relaciones laborales , no por que hayan sobre costos sino porque no tenemos un seguro de desempleo y tenemos una CTS que cada vez que hay pandemia se libera y se libera, la AFP hay gente que se ha quedado sin pensión ósea echamos mano a lo que venga y eso genera más informalidad, complicas más la historia, a través de medidas cautelares se ha parado sus efectos no sabemos cómo termina, en mi opinión vía ley debería corregirse y no como ese reglamento ha vulnerado las normas básicas de jerarquías y demás, simplemente se ha impuesto como tal y hasta que se declare su inconstitucionalidad va a pasar un tiempo, no.

Andree San Román: ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?

Mayte Capella: El fraude en la tercerización de servicios que en realidad se trata de una empresa que una planilla simplemente que no tiene ninguna espalda financiera, un capital de 1000 soles, que no tiene ni contadores, ni jefe de seguridad ni nada pero proveyendo los servicios de tercerización y que en verdad no es conocido, no es especialista en ningún rubro, cuando hay fraude en la tercerización, que ya la norma está regulada la ley en su reglamento lo regula, en estos casos no es que se excluya sino que haya una entidad fiscalizadora potente, líneas directas de reclamo que ahora ya las hay, han generado una aplicación donde dice “Chequea si tu empresa es formal” donde entran con su DNI y se fijan si están en la planilla o no de esta empresa, hay un montón de mecanismo que ya se han implementado la cosa es que haya más inspectores de trabajo ahora creo están en 1400 ósea siguen contratando pero lamentablemente es el nivel de los ministros de trabajo que hemos tenido y viceministros han botado a toda la gente de carrera el gobierno de Castillo y el anterior se han desecho de un montón de gente que tenía 10 a 12 años de servicio y una trayectoria de seguimiento, entonces yo creo que lo debe haber es mayor fiscalización, la norma ya esta dada con todos los elementos que hablan de los supuestos de desnaturalización de la tercerización y con eso bastaría pero ahí no hay capacidad de fiscalización los gobiernos regionales tienen competencia SUNAFIL, pero son muy poquitos para la cantidad de masa de empresas informales que hay y ponerles un látigo y hacerlas cerrar sino orientar, apoyar, dar asesoría gratuita y darle un tiempo para que se adecúen y el que no se adecua ahí recién se va, pero tampoco es decir “seguimos informales y acá la ley de la selva porque no hay trabajo”, pero tiene que haber un estado más presente que se cumplan las normas no que se sigan haciendo exclusiones y parches, solamente por rédito político, yo creo que esa norma es bien populista y si como el estado no tiene capacidad para fiscalizar lo endosa al privado y entonces a seguir prohibiendo y prohibiendo, generando más sobre costos en el sentido de que tal vez es más difícil ser formal pues, te fiscaliza uno te fiscaliza el otro los criterios son muy amplios , los inspectores de trabajo tienen un abanico ósea una discrecionalidad excesiva a la hora de hacer una revisión y caen siempre sobre los mismos, cuesta ser formal y la mayoría de informales prefieren pagar en negro y vivir en negro.

- **Andree San Román: ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa?**

- **Mayte Capella:** Si, por que la ley establecía que se podían tercerizar las actividades

especializadas en ningún momento se puso en el supuesto que no se podía tercerizar el núcleo del negocio y a nivel jurisprudencial y legislaciones de otros países, se puede tercerizar cualquier tipo de actividades en algunas hay ciertos core business que no, pero si tu cumples con los requisitos que se necesitan para que seas una empresa tercerizadora, inclusive ahora ya hay solidaridad si es que la empresa tercerizadora no cumple con pagar beneficios laborales durante el breve destaque los asume la empresa principal, ósea la masa trabajadora, sus beneficios y derechos están garantizados, yo también estaría más a favor de colocar cartas fianza para la intermediación laboral, todo eso se puede hacer para garantizar que pase lo que pase el trabajador se vea cubierto, que se pueda negociar que se formen los sindicatos que quieran, no hay que tener miedo a los sindicatos pero no prohibir, 1ro porque la ley madre no lo prohibía, hablaba de tercerización sin distinguir si es núcleo de negocio o accesorio, más aún también está prohibiendo tercerizar actividad no principal, ahora las empresas que hacían diversas actividades de tercerización ya no lo pueden hacer, algunas empresas han tenido que regresar a ser empresas de intermediación laboral con todos los requisitos que estas necesitan, para mi es más desastroso también que se haya prohibido tercerizar actividades no principales.

- **Andree San Román:** **¿Que alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?**

- **Mayte Capella:** Primero seguir con los procesos judiciales que hay ante el tribunal constitucional y en sede judicial también, tiene que subir a suprema para que se sienten precedentes que lo mejor llegan más rápido que la adición política y con una ley se aclaren estas cosas, así como vamos, vamos a terminar más rápido en el TC o el poder judicial que haya una decisión política de cambio, porque no sabemos que es lo que se viene hay incertidumbre total, de echo podría también haber un registro de empresas tercerizadoras que además de solo configurar la determinación de destaque en la planilla debería contener mucho más requisitos y así poder acceder desde la plataforma del ministerio de trabajo tal cual lo hacen con la intermediadoras o también un registro de multados por incumplimiento de normas de seguridad, etc, salio el registro duro 1 año hubo todo un lobby y ya no aparece eso, pero ya cuando la sanción sea confirmada en segunda instancia porque a veces se generan una serie de inspecciones, un proceso sancionador yo si haría público al menos cuando a nivel de intendencia ya se ha confirmado la multa.

ENTREVISTA 3:

Fecha: sábado 11 de febrero del 2023

Hora: 11:50 am

Lugar: Lima, Perú

Entrevistador: Daniella Perata Paez

Entrevistado: Luis Aguilar Enríquez, abogado por la UNMSM con amplia experiencia en el mundo empresarial. Experto en Derecho Privado y Corporativo. Ha sido abogado interno del Grupo Ferreyros S.A.A. por 9 años. Miembro del Directorio de ADEX por espacio de 6 años, ha sido abogado asociado a importante firma de abogados. Socio fundador y Gerente General de Enfoque Abogados de Negocios S.A.C, ha dictado conferencias en la Universidad del Pacífico, Colegio de Ingenieros, experto en Negocios Forestales participación activa por el sector privado a través de ADEX, profesor de Comercio Exterior. Empatía con los alumnos a quienes transmito la experiencia adquirida.

Daniella Perata: Buenas noches, soy bachiller en la carrera de derecho corporativo por la universidad ESAN, el motivo de la presente entrevista tiene fines meramente académicos los cuales ayudaran en la posible definición del núcleo del negocio para la tercerización, a continuación, pasaremos a la entrevista, ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?

Luis Aguilar: Debemos distinguir lo que señala la norma bajo comentario:

Actividad Principal contiene: Actividades especializadas, Obras (ejecución de un encargo concreto vinculada a la actividad principal) y Núcleo del negocio.

El núcleo del negocio según la norma está dado por:

- a) El objeto social de la empresa.
- b) Lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales.
- c) El elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades.
- d) La actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes.
- e) La actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos.

La definición de núcleo del negocio, según la norma, no es adecuada, ya que los criterios son muy amplios y genera confusión. Si son muy amplios permite al empresario hacer una interpretación demasiado extensiva de la norma, pero también permite la interpretación demasiado restrictiva de la Autoridad de Trabajo. Según la norma, el objeto social sería parte del núcleo del negocio, sin embargo, el objeto social muchas veces es lírico, el objeto social puede contemplar varias actividades, muchas de las cuales la empresa no desarrollará necesariamente.

- **Daniella Perata:** ¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?

Luis Aguilar: No es oportuno, imaginemos que el objeto social de la empresa sea la venta de bienes de capital (actividad a la que se dedica y por lo cual identifican a la empresa) y además su objeto permite realizar negocios forestales y agroindustriales (actividades a las que no se dedica). Según la norma, la empresa no podría tercerizar la actividad forestal y agroindustrial, por consiguiente, no podría generar nuevos puestos de trabajo internos y tercerizar parte de esta actividad, para que a su vez las empresas tercerizadoras generen puestos de trabajo.

- **Daniella Perata:** ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?

Luis Aguilar: La normatividad anterior era adecuada, las cosas venían funcionando bien y las Pymes se beneficiaban ya que cuando actúan como empresas tercerizadoras, generan puestos de trabajo y crecimiento económico. El tema es delicado ya que, al no tercerizar, las empresas no generan más puestos de trabajo y no pueden crecer; de otro lado no se formarían nuevas Pymes y otras se verían obligadas a cerrar. Se debe capacitar a empresarios y a funcionarios del Estado para generar una cultura de crear riqueza, trabajo, libertad de empresa.

- **Daniella Perata:** ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa? ¿Por qué?

Luis Aguilar: Tal como está redactada la norma, el empresario ve limitado su derecho constitucional de libertad de empresa, ya que los criterios del núcleo del negocio son muy extensivos y no dan casi ninguna opción de libre contratación. De acuerdo a la Constitución, las normas sólo pueden ser modificadas por normas del mismo o de mayor rango. En el presente caso, el D.S. N° 001- 2022 - TR modifica normas de mayor rango como son el Decreto Legislativo N° 1038 y la Ley 29245, lo cual contraría el artículo 51 de la Constitución. Vulnera los artículos 59 y 62 de la Constitución libertad de empresa, trabajo y de contratar.

- **Daniella Perata:** (en caso la respuesta es afirmativa en la pregunta anterior)¿Qué alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?

Luis Aguilar: Volver a la legislación anterior porque venía funcionando bien y permitía incorporar más trabajadores a la formalidad, generar más empresas, entre ellas Pymes.

La redacción de una norma de estas características debe ser muy estudiada y consensuada por diferentes sectores.

ENTREVISTA 4:

Fecha: jueves 16 de febrero del 2023

Hora: 12:20 pm

Lugar: Lima, Perú

Entrevistador: Daniella Perata Paez

Entrevistado: Dante Gavilan Cunyarachi - Abogado Corporativo en Maquinarias U-guil

Daniella Perata: Buenas noches, soy bachiller en la carrera de derecho corporativo por la universidad ESAN, el motivo de la presente entrevista tiene fines meramente académicos los cuales ayudaran en la posible definición del núcleo del negocio para la tercerización, a continuacion, pasaremos a la entrevista, ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?

Dante Gavilan: La definición de núcleo de negocio en si mismo no es negativa en relación al mercado, es más la misma ya se encuentra definida en las propias normas y reglamentos que se establecen para la actividad económica, como lo son el objeto social de una empresa, el CIU nivel tributario, entre otras que permiten la identificación del giro del negocio de la empresa, definir como tal el núcleo del negocio es una redundancia más a lo que ya es explicito en la misma.

- **Daniella Perata:** ¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?

Dante Gavilan: Existen dos razones por la cual considero errado la posibilidad de que un reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio, primero está la parte formal de la norma y los errores de derecho sobre la imposibilidad de que un decreto pueda modificar una Ley, por otro lado en el fondo dicho concepto es errado, pretender que una empresa tenga que

asumir todos los costos y riesgos de una especialización y así mismo la diversificación de sus actividades hace no comprender al mercado.

- **Daniella Perata:** ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?

Dante Gavilan: Considero que deberían ser excluidas aquellas empresas que tengan como único fin la tercerización.

- **Daniella Perata:** ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa? ¿Por qué?

Dante Gavilan: Definitivamente si, una empresa puede desligar cierta parte de su proceso productivo a otra empresa que tenga una mayor eficiencia y con ello ahorrar costos de producción, esto no solo limita el libre desenvolvimiento del empresario sino de la propia existencia de la competitividad en el mercado.

- **Daniella Perata:** (en caso la respuesta es afirmativa en la pregunta anterior) ¿Qué alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?

Dante Gavilan: Sin duda la primera medida es la derogación de la norma, como segunda medida es el fortalecimiento de la SUNAFIL en los casos de tercerización, así como la conformación de un equipo especializado en estos temas que conlleve una verdadera inspección y con ello evitar la vulneración de derechos socio laborales que de cierta forma algunas empresas han buscado a través de esta figura legal infringir derechos laborales.

ENTREVISTA 5:

Fecha: lunes 20 de febrero del 2023

Hora: 13:00 pm

Lugar: Lima, Perú

Entrevistador: Alberto Olaechea Ku

Entrevistado: Luis Eduardo Sanabria Monroe- Abogado Corporativo por la USMP, asesor de empresas.

Alberto Olaechea Ku: Buenas noches, soy bachiller en la carrera de derecho corporativo por la universidad ESAN, el motivo de la presente entrevista tiene fines meramente académicos

los cuales ayudaran en la posible definición del núcleo del negocio para la tercerización, a continuación, pasaremos a la entrevista, ¿La definición del núcleo de negocio le parece adecuada en una economía social de mercado como la peruana? ¿Por qué?

Luis Sanabria: Creo que la definición más adecuada de todas las que enumera la Ley es la relacionada al reconocimiento de la marca, pues considero la mejor forma de determinar el núcleo de un negocio es a través de la realidad del mercado, los consumidores son los mejores agentes en reconocer la verdadera identidad de un negocio, en base a sus logros comerciales, ventas y publicidad, no debería dejarse a una norma el criterio definidor de un núcleo de negocio.

• **Alberto Olaechea: ¿Considera oportuno que el reglamento excluya la posibilidad de tercerizar el núcleo del negocio? ¿Por qué?**

Luis Sanabria: No, a pesar de que la intención del legislador es que las empresas logren mayor nivel de especialización, nada debería impedir que la tercerización si a través de ella las empresas o marcas logran un nivel de especialización, pues si las empresas optan por esta figura legal, es porque a través de esta brindan un servicio de calidad y así beneficiar a los consumidores, mejorando el mercado, sin considerar que este tipo de medidas infringen el derecho constitucional a la libertad de empresa y contractual.

• **Alberto Olaechea: ¿Qué aspectos considera usted que deberían ser excluidos de la posibilidad de tercerización? ¿Por qué?**

Luis Sanabria: Ninguno, en un modelo de economía social de mercado siempre debería apoyar cualquier acto que mejore la situación de los consumidores, quizás se podrían excluir aspectos que infringen o atentan contra los derechos laborales, como una desnaturalización o configuración de relación laboral, pero no decisiones corporativas que mejoran el mercado.

• **Alberto Olaechea: ¿Considera que la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio vulnera el derecho a la libertad de empresa? ¿Por qué?**

Luis Sanabria: Tal como lo mencioné en la pregunta 2, sí creo que vulnera el derecho a la libertad de empresa, porque representa una restricción y una barrera completamente burocrática para las empresas que optan por la tercerización como estrategia comercial para optimizar sus servicios y/o productos. El objetivo de este tipo de disposiciones legales no debería enfocarse en la especialización, ese no es el norte de nuestro modelo de mercado, lo que se debe buscar siempre es el bienestar del consumidor.

- **Alberto Olaechea:** (en caso la respuesta es afirmativa en la pregunta anterior) **¿Qué alternativas de solución considera viables para evitar la vulneración de la libertad de empresa? ¿Por qué?**

Luis Sanabria: Una clara solución es lo que ya hizo Indecopi, declarar como barrera burocrática esta norma y ordenar su inaplicación, la otra forma es demandar la inconstitucionalidad de la norma, porque la medida claramente impide que las empresas recurran a la tercerización para mejorar sus procesos operativos y mejores su rendimiento, es decir, el mercado pierde una alternativa para mejorar la situación del consumidor, bajo el argumento de “búsqueda de la especialización”.