

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**Escuela de Posgrado**



**La tercerización del núcleo del negocio. A propósito del  
Decreto Supremo 001-2022-TR**

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho del  
Trabajo y de la Seguridad Social que presenta:

*Max Antonio Terrazos Yamunaqué*

Asesor:

*Carlos Alfredo Villavicencio Ríos*

Lima, 2025


## Informe de Similitud

Yo, Carlos Alfredo Villavicencio Ríos, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis titulada(o) La tercerización del núcleo del negocio. A propósito del Decreto Supremo 001-2022-TR, de el autor Max Antonio Terrazos Yamunaqué, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 19%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 18/11/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de investigación, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 18 de Noviembre de 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Villavicencio Ríos, Carlos Alfredo	
DNI: 06517358	Firma 
ORCID: 0000-0002-5364-9861	

*A mis padres, Elena y Máximo.*

*A Alfredo Villavicencio, maestro y amigo.*



## RESUMEN EJECUTIVO

Con el apogeo de la globalización, la tercerización de servicios ha reclamado su lugar como herramienta por excelencia para que los empleadores se adapten con mayor rapidez a las demandas del consumo mundial. Mediante esta técnica jurídica de gestión empresarial, una empresa que se denomina principal cede una parcela de su proceso productivo a otra empresa denominada tercerizadora para que se haga cargo de la actividad por su cuenta y riesgo. No obstante, la interposición de la personalidad jurídica de la tercerizadora y la bilateralidad tradicional del contrato de trabajo convierten a esta herramienta -en la práctica- en un mecanismo para la degradación de los derechos fundamentales de los trabajadores desplazados. Frente a ese panorama, la investigación analiza, desde la teoría pospositivista, los desafíos del derecho del trabajo en el posmodernismo, el impacto de la descentralización productiva en el sistema de relaciones laborales y la compatibilidad de la tercerización con los principios que informan al Estado constitucional. Asimismo, se estudian las medidas fisiológicas que plantea la Ley 29245 -ley de tercerización- y su ineficacia para atender los retos de una herramienta esencialmente trilateral. Adicionalmente, se aborda el significado del término “actividad especializada” de la Ley 29245 y los intentos de reconducción hacia la tipología de actividades de la Ley 27626 -ley de intermediación-. Por último, se propone una definición de las actividades que componen el núcleo del negocio, con motivo de la emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR, quizás la norma más impugnada de nuestro sistema jurídico.

**Palabras clave:** *Derecho del trabajo, descentralización productiva, subcontratación, tercerización de servicios, derechos laborales, núcleo del negocio, 001-2022-TR.*

# ÍNDICE

<b>Resumen ejecutivo</b>	<b>4</b>
<b>Índice</b>	<b>5</b>
<b>Introducción</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I: EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ENCRUCIJADA POSMODERNA</b>	<b>12</b>
1.1. <i>La razón de ser del derecho del trabajo</i>	12
1.1.1. El principio protector	15
1.1.2. El principio de eficiencia empresarial	18
1.1.3. A más capitalismo, más derecho del trabajo	19
1.2. <i>El Estado constitucional como marco para la ciudadanía social</i>	23
1.2.1. El Estado social a través de sus elementos configuradores	23
1.2.1.1. La intervención del Estado en la vida económica y social	24
1.2.1.2. La reformulación de los derechos fundamentales	25
1.2.1.3. El pluralismo social e institucional	27
1.2.2. El nuevo paradigma del Estado constitucional (pospositivista)	29
1.2.2.1. El derecho como práctica social y su doble dimensión	31
1.2.2.2. La relación necesaria entre el derecho y la moral	33
1.2.2.3. La diferenciación entre reglas y principios	34
1.2.3. El estándar de la ciudadanía social	37
1.3. <i>La deconstrucción del derecho del trabajo en la era de la globalización</i>	40
1.3.1. El rostro de Jano de la globalización	42
1.3.2. La recomposición de los elementos configuradores del Estado social	44
1.3.2.1. El ocaso de los Estados-Nación frente al capital movable e inestable	44
1.3.2.2. La relativización de los derechos fundamentales laborales	46
1.3.2.3. La deslegitimación de lo colectivo	48
1.3.3. La recomposición del trabajo regulado por el Estado social	49
1.3.3.1. La empresa en red	50
1.3.3.2. Las nuevas tecnologías	52
1.3.3.3. El trabajo informal	53
	5

1.3.4.	La búsqueda de respuestas ante el nuevo escenario	55
1.4.	<i>La reconstrucción parcial del ordenamiento laboral peruano</i>	60
1.4.1.	El Estado constitucional en el régimen constitucional peruano	61
1.4.2.	El proceso de flexibilización laboral fujimorista	65
1.4.3.	La labor reconstructiva del Tribunal Constitucional	73
1.4.3.1.	La redefinición jurisprudencial de la estabilidad de entrada	75
1.4.3.2.	La redefinición jurisprudencial del nivel de negociación colectiva sectorial	76
<b>CAPÍTULO II: EL IMPACTO DE LA TERCERIZACIÓN EN LA RELACIÓN DE TRABAJO</b>		<b>80</b>
2.1.	<i>La descentralización productiva en tiempos de globalización</i>	80
2.1.1.	El fenómeno de la descentralización productiva	81
2.1.1.1.	Rasgos tradicionales de la descentralización productiva	82
2.1.1.2.	Rasgos contemporáneos de la descentralización productiva	83
2.1.2.	La subcontratación como expresión jurídica	87
2.1.2.1.	La subcontratación de mano de obra o intermediación	88
2.1.2.2.	La subcontratación de bienes o servicios o tercerización	90
2.2.	<i>El impacto de la tercerización en el derecho del trabajo</i>	93
2.2.1.	Impacto sobre principios institucionales del derecho del trabajo	94
2.2.1.1.	El principio de ajenidad	94
2.2.1.2.	La bilateralidad del contrato de trabajo	96
2.2.1.3.	El principio de causalidad	97
2.2.1.4.	El principio de igual salario por trabajo de igual valor	99
2.2.2.	Impacto sobre el sistema de relaciones laborales	101
2.2.2.1.	La fragilidad de la empresa “satelital”	102
2.2.2.2.	La huida del derecho del trabajo	105
2.2.2.3.	La temporalización de la relación de trabajo	107
2.2.2.4.	La reducción del caudal sindical	109
2.2.2.5.	Dificultad para la consolidación de la comunidad de intereses	112
2.2.2.6.	Dificultad para identificar a la contraparte negocial	114
2.2.2.7.	El efecto nocivo cardinal: la dualización del mercado de trabajo	116
2.2.3.	Impacto sobre la relación de trabajo: la “cuestión minera”	118
2.2.3.1.	Distribución de la fuerza de trabajo	120
2.2.3.2.	Diferenciación salarial	121

2.2.3.3.	Inestabilidad laboral	122
2.2.3.4.	Mayor grado de siniestralidad	124
2.2.3.5.	Dificultades para la sindicalización	125

### **CAPÍTULO III: HACIA UNA TUTELA EFICAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TERCERIZACIÓN** **128**

3.1.	<i>La tercerización compatible con el Estado constitucional</i>	128
3.1.1.	La relación de trabajo como relación de poder normativo	129
3.1.2.	La libertad de empresa como presupuesto del poder de dirección	131
3.1.3.	La ponderación de derechos fundamentales en la relación laboral	135
3.1.4.	La tercerización compatible con el Estado constitucional	139
3.1.4.1.	Los intereses empresariales que motivan la tercerización	140
3.1.4.2.	La tercerización como cesión del poder normativo de la principal	142
3.1.4.3.	El fraude de ley en la tercerización	146
3.1.4.4.	El fin legítimo de la tercerización	148
3.2.	<i>Aproximación crítica a las garantías fisiológicas en la legislación de la tercerización</i>	153
3.2.1.	Dos enfoques contrarios para regular la tercerización de servicios	154
3.2.1.1.	El enfoque patológico	154
3.2.1.2.	El enfoque fisiológico	157
3.2.2.	Primeros esfuerzos de regulación fisiológica de la subcontratación	159
3.2.2.1.	Antecedentes normativos hasta el siglo XX	159
3.2.2.2.	La regulación de la intermediación laboral	161
3.2.3.	La regulación fisiológica de la tercerización de servicios	164
3.2.3.1.	La autonomía empresarial y la especialización como presupuestos de la tercerización	166
3.2.3.2.	Garantías bilaterales ineficaces para una herramienta esencialmente trilateral	170
3.2.3.3.	La garantía residual de la responsabilidad solidaria	177
3.3.	<i>Hacia una tipología de actividades objeto de tercerización</i>	181
3.3.1.	Retos de la instauración de una tipología de actividades “tercerizables”	182
3.3.2.	La tipología de actividades en la intermediación laboral	185
3.3.2.1.	La noción amplia de actividad principal	187
3.3.2.2.	La perspectiva reducida de la actividad complementaria	189

3.3.2.3.	Las actividades “extraempresariales” de alta especialización	191
3.3.3.	La tipología de actividades en la tercerización de servicios	192
3.3.3.1.	La transversalidad de la actividad especializada	193
3.3.3.2.	Los intentos de reconducción hacia la tipología de la intermediación	195
3.3.4.	El núcleo del negocio como resultado del fraude de ley	199
3.3.4.1.	Las labores de coordinación y la protección a la autonomía empresarial	200
3.3.4.2.	Las actividades más lucrativas y la protección del salario	202
3.3.4.3.	Las actividades distintivas y la protección de la estabilidad en el empleo	203
3.3.4.4.	La actividad principal y la protección de la libertad sindical	205
3.3.4.5.	La determinación del núcleo del negocio	208
3.4.	<i>Epílogo: acciones para la recomposición de los equilibrios constitucionales</i>	214
3.4.1.	El juez activo y la sanción del fraude de ley	214
3.4.1.1.	Sobre el activismo judicial	215
3.4.1.2.	Pautas para la ponderación en la tercerización de servicios	216
3.4.2.	La prohibición (reglamentaria) de tercerizar el núcleo del negocio	221
3.4.2.1.	El rol del reglamento en el derecho del trabajo	223
3.4.2.2.	El control de legalidad del INDECOPI	225
3.4.2.3.	El análisis de constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR	228
3.4.2.4.	Hacia una propuesta de regulación (reglamentaria)	232
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>236</b>
	<b>REFERENCIAS</b>	<b>240</b>

# INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

*“Quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar”.*

Hugo Sinzheimer (1927) (1984, p. 73).

Con la profundización del proceso globalizador y la revolución tecnológica, la descentralización productiva como herramienta para lograr eficiencia empresarial ha mutado de lógica. Originalmente concebida para delegar parcelas periféricas a proveedores que por su especialización y organización empresarial podían dotar de valor agregado a la empresa principal, la tendencia contemporánea es su utilización en actividades tradicionalmente concebidas como nucleares y su aprovechamiento -como herramienta que interpone a una tercera empresa- para “puentear” la aplicación de las normas laborales y degradar en la práctica los derechos de los trabajadores involucrados.

En efecto, la tercerización tiene el potencial “uso torticero” de habilitar la conversión de puestos de trabajo permanentes en temporales, excluir a los trabajadores descentralizados de los convenios colectivos que suscribe la empresa principal y permitir que la remuneración del trabajador ya no dependa de la efectiva prestación de servicios sino de su posición en la cadena productiva. Bajo este razonamiento mercantilista, el empleador termina trasladando los riesgos del negocio al trabajador, lo que viola el contenido ético del contrato de trabajo.

En la región, el tratamiento jurídico de la herramienta ha estado orientado a su licitud junto con un sistema de garantías dirigido a la eficacia de los derechos humanos. Lamentablemente, principio decimonónico como la personería jurídica y la bilateralidad del contrato actúan como barrera para el ejercicio pleno de los derechos fundamentales de los trabajadores. Ante ello,

---

<sup>1</sup> Para la elaboración de esta investigación no se ha utilizado ningún *software* de inteligencia artificial.

países como Ecuador y Venezuela ya han optado por un enfoque patológico sobre la materia, en el que la precarización del empleo se vuelve una consecuencia ineludible de aquella.

En el Perú, la terminología de actividades “subcontratables” que desarrolló la Ley 27626 marcó la pauta interpretativa del término “actividad especializada” utilizado por la posterior Ley 29245. De ahí que, a nivel reglamentario, el Decreto Supremo 006-2008-TR recondujera la noción de especialización al ámbito de la actividad principal de la Ley 27626 que, por cierto, se había definido con amplitud para evitar casos de fraude a raíz de la subcontratación de actividades complementarias o de alta especialización.

Este estado de cosas cambia con el Decreto Supremo 001-2022-TR, norma que, a pesar de que no cambia la redirección hecha hacia la actividad principal, precisa que la tercerización de esta no puede tener por objeto el *núcleo del negocio*. Se trata de un término que la doctrina comparada conoce como *core business* y que refleja la intención del Ejecutivo de regresar a la concepción tradicional de tercerización que evite su uso fraudulento.

La respuesta empresarial fue sistemática e inmediatamente objetó el reglamento ante el Poder Judicial -por medio de acciones de amparo y acciones populares- y ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI. Desde el Poder Legislativo, diversas bancadas presentaron proyectos de Ley para dejarlo sin efecto y, al 16 de septiembre de 2025, se habían iniciado 815 procesos o procedimientos para su cuestionamiento, lo que la convierte quizás en la norma más impugnada del ordenamiento jurídico peruano.

Con el propósito de analizar la compatibilidad de la medida con los principios del Estado constitucional pospositivista, la investigación aborda el principio protector como razón de ser del derecho del trabajo. Asimismo, estudia los tres elementos configuradores de este modelo de Estado para comprender cómo el fenómeno globalizador los ha reformulado, al punto de que se ha identificado un proceso de deconstrucción del ordenamiento laboral. En este marco, es importante resaltar la labor reconstructiva del Tribunal Constitucional a comienzos del presente milenio tras la reforma laboral neoliberal de la década de los noventa, especialmente en derecho como la estabilidad en el empleo y la libertad sindical.

En el segundo capítulo se estudia el fenómeno de la descentralización productiva, la subcontratación como su expresión jurídica y sus dos principales manifestaciones: la

subcontratación de mano de obra o intermediación y la subcontratación de bienes y servicios o tercerización. Sobre el particular, la globalización ha terminado por alterar los rasgos tradicionales de la descentralización productiva para ampliar sus fronteras a cualquier ámbito del ciclo productivo y sin que necesariamente responda a razones vinculadas a la especialización u organización de la contratista. Lamentablemente, el recurso desmedido a esta herramienta ha impulsado consecuencias nocivas no solo en el sistema de relaciones laborales, sino también en principios clásicos de derecho del trabajo. Para ilustrar este último punto, se analiza la situación del sector minero peruano, el cual concentra a una de las actividades más ricas en capital con un mercado de trabajo dualizado respecto a la pertenencia del trabajador a la planilla de la principal o de la tercerizadora.

Por último, el capítulo tercero de la investigación versa sobre la relación de trabajo como una relación de poder normativo la cual, en una dinámica de tercerización, implica su cesión a una contratista, por lo que es importante la identificación de supuestos de fraude de ley que dejen de lado el fin legítimo de la tercerización: el acceso al valor agregado de la contratista. Tras un análisis de la ineficaz regulación fisiológica del fenómeno -que ha consentido los efectos nocivos citados *supra*-, la investigación propone una tipología de actividades “tercerizables” basada en la transversalidad del término “actividad especializada”, su relación con la clasificación de actividades de la ley de intermediación y la noción del “núcleo del negocio” como el resultado de una utilización fraudulenta de la tercerización. Finalmente, se propone fortalecer el rol del operador jurídico, incluso a nivel reglamentario, a fin de mejorar la tutela para los afectados por la operación descentralizadora.

# CAPÍTULO I

## EL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ENCRUCIJADA POSMODERNA

### 1.1. La *razón de ser* del derecho del trabajo

Si bien las sociedades han conocido al trabajo como fuente de conflictos sociales, lo que hoy denominamos derecho laboral no surge como una respuesta jurídica omnicomprendiva de la utilización del trabajo humano. La rama jurídica en mención, por el contrario, es una “categoría cultural” enmarcada para una modalidad particular de prestación de trabajo -el asalariado- en un contexto histórico en el que adquirió preponderancia producto del sistema de producción económico -el capitalista industrial-. En efecto, pese a que los intereses contrapuestos entre acreedor y deudor de prestaciones laborales ya existían con anterioridad, el elemento de novedad introducido por el capitalismo es que instaló este conflicto en el seno del sistema de producción, al punto de convertirse en el “auténtico motor de todas sus contradicciones” o en el conflicto matriz de la sociedad (Sanguineti, 2013, p. 24).

En ese contexto, el derecho del trabajo -como se le conoce en la actualidad- aparece a fines del siglo XVIII para encausar dicha contradicción estructural subyacente tras las transformaciones de la revolución industrial y el reconocimiento de la libertad de trabajo producto de la revolución francesa. Se impusieron de este modo situaciones leoninas de explotación e indignidad incluso para mujeres y niños<sup>2</sup>, habida cuenta de la asimétrica relación entre empresario y trabajador como consecuencia de la titularidad del primero sobre los medios de producción y la naturaleza sustituible de la fuerza de trabajo ya sea por otro asalariado o por una máquina. La explotación sistemática de la clase trabajadora era tal que llegó a ver amenazada su supervivencia histórica

---

<sup>2</sup> Eran frecuentes las jornadas de trabajo de catorce horas o más, sin descanso semanal o vacacional y con salarios de miseria, muchos de ellos consistentes en vales canjeables por productos vendidos por el propio empresario. Las condiciones insalubres de la época llevaron a accidentes de trabajo y enfermedades profesionales sin cobertura alguna. La situación de los niños y mujeres embarazadas, lamentablemente, no fue distinta y fueron sometidos a situaciones penosas en la industria textil y minera.

como grupo social diferenciado (Palomeque, 2011, p. 27). Nació así a la denominada “cuestión social” del siglo diecinueve.

Ante este panorama opresor, la reacción de la masa de asalariados creada por el modo de producción burgués fue la de organizarse espontáneamente para exigir mejoras en sus condiciones de trabajo mediante el sabotaje de los medios de producción, para después hacerlo conscientemente contra el sistema productivo en sí<sup>3</sup>. Estas iniciativas instintivas se realizaron al margen de la norma, pues leyes como la francesa *Le Chapelier* o las *Combination of Workmen Acts* británicas proscibieron el fenómeno sindical bajo la excusa de que distorsionaba el libre juego de la oferta y demanda en la contratación de mano de obra. Con la llegada del siglo XIX, sin embargo, presenciamos una etapa de tránsito que derogó estas normas prohibitivas para empezar a tolerar al sujeto colectivo y que continuó con el establecimiento de un mínimo imperativo que debía ser respetado en las relaciones de trabajo.

Este desarrollo normativo obedeció, en primer lugar, a la necesidad del capitalismo de legitimarse, ya que la explotación obrera había alcanzado tal magnitud durante el siglo XIX que el Estado no tuvo más alternativa que intervenir. La igualdad formal propia del paradigma del derecho de la ilustración<sup>4</sup> había quedado en evidencia como un artificio en el nuevo escenario de la relación de trabajo y su soporte, el contrato, “probó ser el adecuado ropaje para esconder la desigualdad” congénita entre burguesía y proletariado industrial (Gianibelli, 2006, p. 128). Y es que, más allá de situaciones donde personal calificado detenta cierto nivel de negociación frente a su contraparte, el derecho como técnica de regulación del poder social dejó de ignorar que la vinculación arquetipo entre empleador y trabajador es una relación “entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno” (Kahn-Freund, 1987, p. 52), entre quien tiene la posibilidad de esperar para realizar una inversión y quien tiene la necesidad y urgencia de

---

<sup>3</sup> Palomeque destaca tres elementos sobre los que se construye este movimiento: la formación de la clase obrera a raíz del modelo capitalista, una toma de conciencia de clase por parte de este grupo social y la noción de movilización en contra del orden económico burgués (2011, p. 27).

<sup>4</sup> O la prohibición -tanto para ricos como para pobres- de dormir bajo los puentes, en palabras de Anatole France.

trabajar para proveer subsistencia a su familia. El derecho del trabajo, por ende, regula una relación desigual surgida en un escenario económico de fuente de poder capitalista<sup>5</sup>.

La mencionada constatación se proyectó también sobre el contenido mismo de la relación laboral, ya que a fin de cuentas ella consiste en una relación de sujeción jurídica: una capacidad del empleador para influir en los intereses de los trabajadores. En ese orden de ideas, la esfera jurídica del trabajador necesita atención no solo por su desigualdad estructural sino además por el “centro de poder en la relación laboral” que representa el empleador y que, al igual que los otros poderes de la sociedad, requiere de un control (Canessa, 2009, p. 355). El axioma jurídico de límite a este poder está compuesto por principios y reglas de interdicción: el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y el otorgamiento de seguridad jurídica por parte del empresario -legitimación interna- y siempre que la sociedad considere valiosa la función de este poder no primigenio -legitimación externa- (Miranda, 2023, p. 36).

En segundo lugar, si bien el trabajo como actividad física o intelectual intrínseca al ser humano antecedió al capitalismo, es este último el que determinó fictamente que la fuerza laboral constituía otra mercancía intercambiable más dentro de una economía de libre mercado<sup>6</sup>. No obstante, la “cuestión social” evidenció la contradicción de considerar al cuerpo humano -por naturaleza extrapatrimonial- como objeto de un contrato de carácter sinalagmático, toda vez que, según Sinzheimer, “quien presta trabajo no da ningún objeto patrimonial, sino que se da a sí mismo. El trabajo es el hombre mismo en situación de actuar” (1984, p. 73).

Para superar esa antinomia, calificada por Supiot como el lugar de concepción del derecho laboral, se empezaron a dotar de garantías físicas y económicas al trabajador, quien no arriesga

---

<sup>5</sup> Como señala Khan-Freund en *Trabajo y Derecho*: “el poder está desigualmente distribuido en la sociedad y sus fuentes pueden variar según el momento histórico: la fuerza de las armas en las sociedades primitivas, la propiedad de la tierra en las feudales, la titularidad de los medios de producción en las capitalistas” (Gianibelli, 2006, p. 127). Por ello, sin normas jurídicas, la articulación de dichos intereses contrapuestos sería “imposible o, cuando menos, sumamente costosa” (Atienza y Ruiz, 2004, p. 39).

<sup>6</sup> Al respecto, Supiot añade que la expresión “arrendamiento de servicios” del Código Civil francés de 1804 responde a la repugnancia que constituye el cuerpo humano para el derecho de esa época, en la que inclusive el derecho canónico matrimonial era más explícito al hablar del *copula carnalis* (1996, p. 72).

su patrimonio como lo hace el empresario, sino que “arriesga su piel”<sup>7</sup>. De este modo, la afirmación de que el trabajo no constituye una mercancía se torna en paradigma y se recoge sin atenuantes por la Declaración de Filadelfia como un principio fundamental de la Organización Internacional del Trabajo en 1944. Como concluye Villavicencio, no debe perderse de vista que quien trabaja es una persona humana y esta condición conlleva, directamente, “el respeto de su dignidad y de los derechos que se desprenden de tal naturaleza” (2018, p. 381).

Finalmente, desde una perspectiva política, la aparición del bloque socialista tras la revolución bolchevique de 1917 constituyó una amenaza para la supervivencia del sistema de producción burgués, por lo que se requirió una “solución defensiva” que integrase en términos compatibles la contradicción entre empresarios y trabajadores y que procure la conservación del sistema económico occidental sin dejar de lado la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo (Palomeque, 2011, p. 34). Se trató, en suma, de otorgar garantías mínimas a los trabajadores para que estos abandonen su acción revolucionaria, pues ni el recurso al fascismo pudo destruir la capacidad reivindicadora del proletariado (Viciano y González, 2014, p. 98).

Nos hallamos así frente a una disciplina jurídica con un doble origen -colectivo y estatal- y relativamente reciente, a diferencia de su par civil. Empero, pese a sus menos de doscientos cincuenta años de historia, el derecho del trabajo requiere del conocimiento de su pasado para su adecuada aprehensión<sup>8</sup>, ya que vive en permanente revisión ante las transformaciones descritas y las acaecidas en el sustrato productivo -como la tercerización y las nuevas tecnologías-, cuyas relaciones pretende regular.

### **1.1.1. El principio protector**

En los términos gráficos de Pérez, el ordenamiento laboral es “joven y siempre nuevo por dinámico” (2005, p. 46), en la medida que debe reinventarse para buscar anticipar soluciones inéditas a las nuevas necesidades de la sociedad, pero sin perder de vista su *función histórica*,

---

<sup>7</sup> Mengoni añade que “en realidad no existe el trabajo, sino hombres que trabajan. En su relación con el empresario, el trabajo no compromete un elemento distinto de su persona, sino que compromete su persona misma. *No pone en juego lo que tiene, sino lo que es*” (Supiot, 1996, p. 78).

<sup>8</sup> Al respecto, recomendamos revisar Quiñones (2016, pp. 258-268).

que no es otra que la canalización del conflicto político surgido entre los nuevos antagonistas del sistema productivo para que sea compatible con la permanencia y estabilidad del modelo burgués y la sociedad liberal (Palomeque, 2011, p. 34). En otras palabras, se trata de salvar al capitalismo de los capitalistas mediante la participación de los trabajadores en el modelo económico y político.

El encause en mención se materializará a través de la imposición de medidas compensatorias para equilibrar la desigualdad de poderes necesariamente inherente a la relación laboral, a la vista de la ineptitud del contrato civil de reflejar adecuadamente dos intereses en juego que más que distintos son contrapuestos (Goldín, 2014, p. 89). Para ello, desde el ámbito estatal, se establecerá un andamiaje de normas imperativas que impidan la prevalencia de la voluntad omnímoda del empleador<sup>9</sup> y que garanticen la eficacia de derechos fundamentales como la estabilidad en el empleo y la igualdad y no discriminación. Asimismo, desde el ámbito colectivo, se reconocerá y promoverá a la autonomía colectiva como elemento legitimador del sistema de relaciones laborales y como vehículo para que los intereses individuales de los trabajadores sean tomados en cuenta ya no solo por la burguesía en cada parcela productiva sino finalmente por la sociedad en sí<sup>10</sup>.

Por consiguiente, la gran innovación de la disciplina en estudio es la posición de la igualdad material como meta y ya no solo como el punto de partida de la teoría civilista. Con ese objetivo, se buscará proteger a la persona que trabaja a través de la garantía de su seguridad en el trabajo, su seguridad por medio del trabajo y el respeto de su identidad por medio del trabajo y su identidad en el trabajo (Supiot, 1996, p. 90). Nótese entonces la importancia de desplazar la

---

<sup>9</sup> De lo contrario, lo contractual se transforma en unilateral (Díaz, 2014, p. 347).

<sup>10</sup> Como bien sintetiza Sanguineti parafraseando a Martín, frente al postulado liberal de igualdad entre los contratantes, el ordenamiento laboral sienta sus bases en la asimetría en el contrato de trabajo por mor de la desigualdad de poder económico entre capital y clase trabajadora. Asimismo, frente al axioma de abstencionismo estatal, el derecho del trabajo defiende su intervención para el amparo de la contraparte débil en la relación de trabajo. Finalmente, frente al dogma de la negociación directa entre las partes contractuales, nuestra rama de estudio postula la dimensión colectiva del sistema de relaciones laborales y admite la participación de sujetos colectivos en la fijación de las condiciones de empleo (2013, pp. 34-35).

mirada al sujeto de la regulación, lo que nos permitirá privilegiar al “ser en situación” toda vez que el ordenamiento laboral nació para defender a la clase trabajadora: cien años atrás, Sinzheimer ya afirmaba que nuestra disciplina coloca en el centro de su normativa a la humanidad para “dar a la nueva época social su derecho” (1984, p. 74).

A todo esto, será importante diferenciar la *función histórica* del ordenamiento laboral de su *contenido institucional*, esto es, la manera cómo realiza dicha función a través de la autonomía colectiva y la heteronomía tuitiva. Ciertamente, parte de su contenido estará compuesto por una amplia gama de disposiciones de gestión de personal, en vista de que el contrato de trabajo acoge en su seno una relación jurídica de subordinación y dependencia; sin embargo, la singularidad del derecho del trabajo no se encuentra en el reconocimiento de los poderes empresariales -pues ellos ya existían con anterioridad a la disciplina- “sino en su funcionalización, en la imposición a estos de límites” (Sanguinetti, 2013, p. 39). Ya lo sintetizó sin concesiones Ermida, “todo el derecho laboral es una consagración o aplicación del principio de desigualdad compensatoria o igualación” (2011, p. 8). Esta es su *razón de ser*<sup>11</sup>.

En ese orden de ideas, fenómenos productivos contemporáneos como el trabajo autónomo y semiautónomo han significado retos en el ámbito de aplicación del estatuto garantista, delimitado clásicamente al trabajo humano, voluntario, por cuenta ajena, libre y subordinado. Por otro lado, paradigmas contemporáneos como la empresa en red y la subcontratación han conllevado transformaciones en la relación bilateral de trabajo y la concepción tradicional de empleador. Todo ello es parte de un nuevo escenario de globalización galopante en el que “los procesos cambian velozmente y las empresas no son estables, ni los empleos, ni tampoco las tareas” (Ojeda, 2010, p. 78), y en donde lamentablemente muchos estados han sido los más interesados en acelerar sus consecuencias sobre las relaciones laborales<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> O como bien lo califica Villavicencio, el cuerpo y alma del derecho del trabajo (2019, pp. 42-44).

<sup>12</sup> Baylos añade que, tomando como excusa esta realidad, los estados han impulsado políticas de desregulación como el reflujó del Welfare hacia la privatización (2006, p. 68). Un ejemplo palpable lo constituye la reforma neoliberal peruana de los años noventa, que introdujo a las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) en el ámbito de la seguridad social.

La distinción acotada es fundamental pues mientras la *función histórica* de nuestra rama jurídica está ligada permanentemente al conflicto estructural que busca juridificar, su *contenido institucional* está subordinado a los cambios en el modo de producción y a las contingencias políticas, interpretando así dinámicamente el equilibrio que lo sustenta (Palomeque, 2011, p. 35). Esta *interpretación histórica*, ciertamente, no puede olvidar su naturaleza protectora, ya que es el fundamento básico de su existencia: la legitimación del sistema social y su orden económico haciendo partícipes a los trabajadores, en alguna medida, de las bondades del capitalismo (Albuquerque, 2019, p. 38)<sup>13</sup>.

### **1.1.2. El principio de eficiencia empresarial**

A propósito, conviene añadir que la funcionalidad del derecho del trabajo, hasta ahora desarrollada desde una mirada principalmente política, siempre ha asumido una doble exigencia de racionalidad jurídica: de un lado, presenta una razón jurídico-social cuyo objetivo es la mejora de las condiciones de trabajo y vida de la masa trabajadora; del otro, cuenta con una razón económica toda vez que facilita el funcionamiento de la economía (Villavicencio, 2012, p. 13). El reto de la disciplina consiste, por tanto, en equilibrar esas razones concurrentes de acuerdo con los factores en juego de cada escenario, pues no olvidemos que el ordenamiento laboral tiene un carácter “transaccional”, ambivalente o contradictorio: de “derecho conquistado” al imponer límites a la explotación de la masa trabajadora y de “derecho concedido” como garante de la subsistencia del modelo productivo burgués (Sanguinetti, 2013, p. 36).

Por consiguiente, es válido identificar un principio de sostenibilidad o eficiencia empresarial presente desde la emergencia del ordenamiento laboral pero que se ha visto eclipsado, sin duda, por la otra visible e intensa finalidad de la disciplina que es la protección de los trabajadores. Como rama jurídica vinculada desde su nacimiento al sistema económico burgués, el derecho del trabajo debe garantizar también la efectividad del poder empresarial por medio del reconocimiento de instrumentos jurídicos vinculados al desarrollo competitivo de este. Pónganse como ejemplos la existencia del período de prueba, el despido vinculado al desempeño y la

---

<sup>13</sup> Es gráfica la descripción de Von Stein, que refiere que -para legitimar el sistema- el capital debe ser producto del trabajo, por lo que es indispensable que hasta “las últimas fuerzas obreras posean la capacidad de llegar a la propiedad del capital” (Blancas, 2011, p. 49).

reglamentación del horario de trabajo que, entre otros, nos dan a entender que la disciplina “es también sensible a las exigencias de la eficiencia”. La mencionada eficiencia empresarial se constituye entonces como premisa ineludible para la función tuitiva del derecho del trabajo, pues la última solo cobra sentido en un panorama de solvencia empresarial (Vivero, 2014, p. 298)<sup>14</sup>.

Y es que, como consecuencia de su función histórica, la rama en estudio es consciente de que su existencia presupone también la estabilidad del modelo productivo capitalista, de lo contrario, no podría legitimarlo. Lo expresado ha significado su permanente convivencia con los requerimientos de la economía, al punto de convertirse la última en la “compañera de viaje histórica” del derecho del trabajo, en la precisa expresión de Palomeque (2011, p. 36). Por eso, una concepción del ordenamiento laboral contraria al capitalismo o desligada totalmente del principio de eficiencia empresarial es un paradigma que no compartimos y que, dada la actual configuración de la economía global tras la caída del muro de Berlín, se torna más utópica con el pasar del tiempo.

### **1.1.3. A más capitalismo, más derecho del trabajo**

Ahora bien, es importante tener presente que este sistema se basa en la acumulación de recursos por medios pacíficos para la perpetua transformación del patrimonio, al punto de que “no existe límite alguno, no hay saciedad posible”, en palabras de Boltanski y Chiapello (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 50). El hecho de que las últimas décadas el rendimiento de capital - históricamente en un 5%- ha sido muy superior a la tasa de crecimiento económico global - alrededor del 2% o 3%- refleja la incapacidad innata del modelo liberal de encontrar mecanismos efectivos de redistribución de la riqueza y de evitar que se profundice lo que se conoce como “la boca del cocodrilo”<sup>15</sup>. Parece, por tanto, que la desigualdad fuese el precio que se paga a la burguesía por el crecimiento global de la economía (Arias, 2019, p. 229).

---

<sup>14</sup> Noventa años atrás, Sinzheimer indicaba que el ordenamiento laboral solo puede tener contenido si existe una economía que a su vez afirme condiciones mínimas para la clase trabajadora y “sustraiga la existencia del derecho del trabajo del azar de una economía desordenada”, lo que lo preservará a la rama jurídica de su destrucción (1984, p. 98).

<sup>15</sup> En resumidas cuentas, es la gráfica diferencia exponencial entre el porcentaje del PBI correspondiente al excedente de capital y el porcentaje del PBI referido a las remuneraciones.

No sorprende así que lo que se había considerado como una de las principales fortalezas de la disciplina -al punto de haber sido testigos de treinta años dorados de pacto keynesiano-, terminó por conspirar para su propia debilidad. Justamente, a raíz de la crisis económica estructural por el alza de los precios del petróleo a mediados de la década de 1970<sup>16</sup> comenzó un proceso de culpabilización de las consecuencias negativas de la crisis en contra del derecho del trabajo, contraofensiva que no culminó con la superación de los efectos nocivos de esa ola recesiva, sino que se fortaleció con las nuevas formas de organización del trabajo y la falta de una alternativa real al modelo burgués. En este nuevo discurso, la competitividad de la empresa se convierte en el bien primordial al que se subordinan todos los demás y el egoísmo es empezado a ser considerado como “un motor del progreso” (Ermida, 2003, p. 4).

Al respecto, se ha afirmado que, en un contexto de recesión económica, el derecho del trabajo se transforma en un derecho de la “producción de la riqueza”, para reencontrar de esta manera su vocación de instrumento de racionalización económica de las normas sociolaborales (Palomeque, 2011, p. 36-37)<sup>17</sup>. Empero, la experiencia nos ha demostrado que medidas temporales asociadas a este “derecho de la crisis” no solo no han ayudado a superar las contingencias económicas, sino que su impacto en la generación de empleo decente ha sido mínimo. Peor aún, suelen convertirse en permanentes, bien porque en realidad se busca crear un nuevo equilibrio en el campo de las relaciones laborales (de la Villa, 2014, p. 38) o bien porque nos encontramos ante una época de banalización y tolerancia de la injusticia social, en los términos crudos de Dejours (Villavicencio, 2019, p. 47)<sup>18</sup>. El derecho de la “producción de riqueza” se eleva entonces a arquetipo y se olvida de su reparto.

---

<sup>16</sup> ¿Fue una crisis del Estado de bienestar o es que en realidad el Estado de bienestar fue puesto en crisis?, se pregunta Gianibelli (2006, p. 136).

<sup>17</sup> La experiencia nos indica que, en un contexto de crisis, la natural tendencia de conservación de los actores sociales se acrecienta con carácter defensivo. Estos “movimientos centripetos” generan inmovilismo en el diálogo social y requieren de la intervención del gobierno (Pasco, 2009, pp. 387 y 403).

<sup>18</sup> Piénsese por ejemplo en el régimen especial laboral de exportaciones no tradicionales, creado por el Decreto Ley 22342 de 1978, y que fue concebido en el marco de una política de fomento de las exportaciones no tradicionales. Pese a que existe un mercado preferencial con los Estados Unidos de América y la actividad textil ocupa los primeros lugares en las exportaciones no tradicionales, este régimen

Frente a este panorama protagonizado por el principio de eficiencia empresarial, se vuelve imperativo rescatar el papel que ha tenido el principio protector en la historia del derecho del trabajo<sup>19</sup>. En ese sentido, nuestra disciplina tiene en adelante un importante reto, consistente en adecuar los valores y principios que dieron origen al ordenamiento laboral para que permanezcan vigentes en este nuevo escenario, ante la imposibilidad de “desconocer las exigencias de un sistema económico basado en la lógica de mercado”<sup>20</sup>. Solo así, el derecho del trabajo demostrará su capacidad de amoldarse a las transformaciones y mantendrá intacta “su función de instrumento al servicio de la justicia social”, en los términos de Rodríguez-Piñero (Sanguineti, 2013, p. 43).

A todo esto, las transformaciones en el modelo económico no han demostrado ser suficientes aún para determinar la desaparición del ordenamiento laboral, por la sencilla razón de que los presupuestos que dieron origen a ella se mantienen; esto es, el vínculo estructuralmente desigual existente entre empresario y trabajador y el lugar protagónico que ocupa la relación de trabajo asalariado en el modelo productivo liberal. Debido a que la desigualdad de posiciones no responde solo a factores económicos externos y mutables en el tiempo, sino que está enraizada en la estructura misma del modelo burgués<sup>21</sup>, es difícil que ese cambio de presupuestos ocurra (Sanguineti, 2013, p. 42).

Por eso, mientras más contradictorias y agudas sean las diferencias entre burguesía y proletariado -como parece ser el pronóstico-, mayor intensidad deberá tener la funcionalidad de

---

se mantiene vigente aun cuando colisiona con principios del derecho del trabajo. Para mayor detalle, recomendamos revisar “Efectos de la política de fomento del empleo en la actividad textil exportadora” (Cuadros y Sánchez, 2020a).

<sup>19</sup> A fin de cuentas, instituciones como la primacía de la realidad e irrenunciabilidad de derechos pueden reconducirse a él, al punto de que Ackerman sostiene que, si algún principio debe subsistir, no sería otro que el principio protector (Ermida, 2011, p. 8).

<sup>20</sup> Un ejemplo de la apertura al nuevo escenario lo constituye el acercamiento fisiológico y no patológico al fenómeno de la descentralización productiva.

<sup>21</sup> De ahí que el derecho laboral no sea un “azar o capricho de los legisladores” (Palomeque, 2018, p. 4).

la disciplina en estudio; es decir, *a más capitalismo, más derecho del trabajo*<sup>22</sup>. En ese orden de ideas, toda vez que este último se ha impuesto “frente a quienes lo consideraban incompatible con el sistema capitalista”, no debe descartarse un futuro digno para él como herramienta de integración del conflicto entre capital y trabajo, “con todas las modificaciones normativas que sean menester” (Vivero, 2014, p. 295), pero sin olvidar su naturaleza tuitiva.

Y es que el derecho del trabajo es más que una técnica aséptica de regulación de las relaciones de trabajo. Es un instrumento de justicia social -nacido por la lucha de la clase trabajadora- cuyos efectos trascienden en la sociedad hasta convertirse en parte esencial de la noción de democracia, transformando la simple ciudadanía política en ciudadanía social (Pérez, 2005, p. 50). No existe, pues, sistema democrático que no reconozca estas garantías, al punto de que el capítulo laboral de las Constituciones es considerado como “la más relevante manifestación del Estado Social de Derecho” (Blancas, 2011, p. 93), que después evolucionará a Estado constitucional.



---

<sup>22</sup> Expresión que requiere de una reinención del concepto de derecho del trabajo hacia una “real homogenización social” de las condiciones de vida de todos los ciudadanos y la protección de la persona que trabaja (Arce, 2004a, pp. 157-158).

## **1.2. El Estado constitucional como marco para la ciudadanía social**

La “cuestión social” del siglo diecinueve trascendió al nacimiento del derecho del trabajo para cuestionar al mismo Estado que la provocó: el Estado liberal (Böckenförde citado en Ochoa, 2020, p. 31). En efecto, tras el reconocimiento de los derechos civiles y las libertades económicas por las primeras cartas europeas de derechos, el liberalismo apareció como emancipación política del poder religioso y como emancipación económica del poder político, respectivamente. Para ello, tuvo como pilares jurídicos al principio de legalidad de la Administración, el principio de separación de poderes y el establecimiento de garantías judiciales para la aplicación de la ley<sup>23</sup>. Se trató, según Bobbio, de un “Estado mínimo”<sup>24</sup> relegado de las relaciones económicas y los asuntos religiosos de la sociedad y centrado en evitar que los individuos se hagan daño mutuamente (1986, pp. 88-90)<sup>25</sup>.

Bajo ese modelo, el derecho de la ilustración no solo adoptó a la interdicción de la actuación arbitraria de la administración como valor supremo, sino que consagró a libertad formal como un concepto fetiche que priorizó incluso por encima de situaciones de injusticia social, so pretexto de mantener el “orden natural” económico bajo tres postulados clásicos: la mano de obra al precio de mercado, creación de dinero mediante un mecanismo automático y libre flujo de bienes entre los países (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 51). En resumidas cuentas, se estableció al mercado como la institución dedicada a la satisfacción de las necesidades sociales, lo que generó las condiciones idóneas para que la burguesía mercantil imponga su dominio económico.

### **1.2.1. El Estado social a través de sus elementos configuradores**

---

<sup>23</sup> Cabe precisar que, para el liberalismo, la función judicial se limitaba únicamente a la aplicación a rajatabla de la legalidad, lo que derivó en el calificativo de los jueces como “boca de la ley”.

<sup>24</sup> Recordemos que para la Ilustración el Estado era un “mal necesario” (Bobbio, 1986, p. 95).

<sup>25</sup> A propósito, la definición weberiana de Estado ya reclama para sí el monopolio de la violencia. La particularidad del liberalismo, entonces, reside en su intención de no transformar la realidad económica y social en la que convive.

Dado el trasfondo individualista burgués de la teoría liberal que no garantizaba el derecho a todas las personas, la fórmula del “Estado social” empezó a acuñarse a partir de la revolución de París de 1848, en el marco de la reivindicación del derecho al trabajo y su condición de derecho fundamental<sup>26</sup>. El Estado social se concibió, de este modo, como un conjunto institucional y normativo dirigido a mejorar las condiciones de funcionamiento del capitalismo oligopólico nacional, además de garantizar “la reproducción social de la clase trabajadora” y la participación privilegiada de sus representantes en los órganos y poderes del Estado (de Cabo, 2014, p. 60).

Descartados los intentos fascistas y comunistas de superación de los escenarios de desigualdad, el Estado social significó una evolución “interna” dentro de la “noción y estructura del Estado legalista”. De ahí que las cuestiones sociales en las constituciones se entendiesen en un principio como aspiracionales y orientativas, es decir, dejada su vinculatoriedad y exigibilidad a criterio del legislador (Cevallos, 2025, pp. 53-56). Para comprender este nuevo modelo de organización que va más allá de un mero pleonasma<sup>27</sup>, es necesario destacar sus tres elementos configuradores: 1) la intervención del Estado en la vida económica y social, 2) la reformulación de los derechos fundamentales y 3) el pluralismo social e institucional (Blancas, 2011, p. 89).

### **1.2.1.1. La intervención del Estado en la vida económica y social**

Respecto al primero de ellos, el Estado abandona su papel tradicional de garante negativo de las libertades individuales y asume un rol positivo para asegurar una “procura existencial” - *daseinsvorsorge*- a través de intervenciones en la vida económica y social<sup>28</sup>. Así lo afirmó el

---

<sup>26</sup> Previamente, el artículo 21 de la Constitución Jacobina de 1793 ya reflejaba la necesidad de dotar de un rostro social al Estado incipiente, al indicar que la beneficencia pública era una deuda sagrada y que, por tanto, la sociedad debía amparar la subsistencia a los ciudadanos en situación de desgracia, “proporcionándoles trabajo o garantizando los medios de subsistencia a los que están incapacitados para trabajar”.

<sup>27</sup> Acota Bernal que no es posible concebir un Estado que no sea social, si por social entendemos lo referente a la sociedad; es decir, es inconcebible imaginar un Estado sin sociedad o que carezca de individuos. Sin embargo, la teoría constitucional ha hecho suyo este pleonasma precisamente para nominar “un prototipo de Estado fundido con la sociedad” (2014, p. 441).

<sup>28</sup> Para García Pelayo, las medidas concretas en favor de la procura existencial incluyen: sistemas para el desarrollo de la vida humana y la civilización, aspectos vitales de la seguridad nacional y -en lo que nos

padre de esta categoría, Hermann Heller, para quien la dominación de unas clases sobre otras solo podía resolverse logrando que la igualdad tenga un “contenido económico mediante la socialización”, ya que la democracia social no podía limitarse a la igualdad formal al estar condicionada por las posibilidades económicas de las personas (Blancas, 2011, p. 51).

En ese entender, hace su aparición la Constitución de Weimar (1919) tras la caída de la monarquía en Alemania, texto pionero en la codificación de la vida económica de la sociedad bajo el arquetipo ordoliberalista de que es la economía la que debe estar al servicio del hombre y no al revés. Su artículo 151 establece con claridad que “el orden de la vida económica debe responder a los principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia humanamente digna”. Nace, por ende, lo que se conoce como “constitución económica” o la incorporación de normas destinadas a regular la economía en los textos constitucionales.

El nuevo rol del Estado en la economía viene asociado además con un concepto nacido en la escuela de Friburgo (Alemania) y que reposa en la armonía entre la libertad personal y un creciente bienestar social. La “economía social de mercado”, afirma García-Pelayo, postula que la libre competencia constituye el mejor sistema para lograr el bien de la sociedad, pero con una intervención pública destinada a determinadas materias económicas y sociales (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 449). No significa el abandono de las reglas del mercado capitalista, pero sí el avocamiento estatal de un rol garantista en pro de la participación de la población en la vida económica y la nivelación de ingresos y condiciones de trabajo a través de la seguridad social. En resumidas cuentas, la economía social de mercado busca eficiencia económica con justicia social, un reflejo de la ya tratada *función histórica* del ordenamiento laboral en el subcapítulo 1.1.1.

### **1.2.1.2. La reformulación de los derechos fundamentales**

---

atañe- la realización de prestaciones sociales entre las que encontramos la fijación del salario mínimo, una política de pleno empleo, oportunidades laborales para los discapacitados y el aumento de las expectativas vitales de la población a través de una distribución justa de ingresos según las circunstancias económicas, el acceso a la cultura y el acrecentamiento de los servicios sociales (Ochoa, 2020, p. 39).

El segundo componente fundamental de esta forma de organización lo constituye, en primer lugar, la positivización de un conjunto de derechos denominados sociales o de “segunda generación”, nomenclatura utilizada para distinguirlos de los derechos civiles y políticos de “primera generación”. El objeto de protección de este nuevo bloque normativo se halla en la dimensión socioeconómica de la persona; es decir, en el rediseño del concepto de igualdad abstracta del liberalismo, bajo el cual somos todos iguales ante la ley<sup>29</sup>, para transitar a una noción de igualdad material o real que busca enmendar las diferencias en la sociedad. Solo así la democracia política es viable, pues como indicó Heller “sin homogeneidad social, la más radical igualdad civil se torna en la más radical desigualdad, y la democracia formal, en dictadura de la clase dominante” (Asensi, 2014, p. 29). Ello no implica desconocer el otro adalid de la Ilustración -la libertad-, puesto que, como añade Maihofer, la legitimidad de la democracia en libertad exige que la realización de los principios de libertad e igualdad se materialice como “igualdad en libertad” y no como “libertad en desigualdad” o “igualdad sin libertad” (Blancas, 2011, p. 83).

En cuanto a la tradicional inclusión de los derechos laborales dentro de este rubro, coincidimos con Canessa en que, más allá de su origen histórico común, no todos los derechos laborales pueden ser distinguidos como derechos prestacionales -uno de los rasgos definidores de la categoría de derechos sociales-. Ejemplo de ello son la libertad de trabajo y la libertad sindical, que no tienen a la prestación estatal como obligación principal sino a la abstención del Estado o de terceros en su ejercicio. Para este autor, “los derechos sociales son derechos de libertad con raigambre igualitaria”<sup>30</sup> y, en el caso específico de los derechos laborales, nos hallamos frente a derechos cuyo objetivo es custodiar la libertad en el mundo del trabajo”<sup>31</sup>. Ello demuestra la existencia de derechos laborales con expectativas negativas -prohibiciones de lesión ante el poder del empleador- y con expectativas positivas -obligaciones de prestación- (s.f., pp. 1-3).

---

<sup>29</sup> “Una ley ciega que no distingue entre pobres y ricos, entre poderosos y débiles, entre poseedores y desposeídos”, precisa sin atenuantes Ermida (2011, p. 7). Recuérdese, asimismo, que la Ley constituía el Derecho en el modelo liberal (Cevallos, 2025, p. 53).

<sup>30</sup> En ese sentido también se pronuncia Maihofer, para quien el Estado debe buscar igualdad en libertad, no libertad en desigualdad o igualdad sin libertad.

<sup>31</sup> En lo concerniente a este punto, Blancas añade que, para Bobbio, Peces-Barba y Alexy, la libertad en su faceta promocional es el fundamento de los derechos sociales (2011, pp. 203-207).

Asimismo, es importante destacar el proceso de inclusión de los derechos laborales en el listado de derechos humanos, iniciado tras la fundación de la Organización Internacional del Trabajo en 1919 y que se ve alimentado con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los pactos de 1966 tras la segunda posguerra<sup>32</sup>. Identificamos dos argumentos que justifican su adición a este selecto listado: desde un lado antropológico, la insatisfacción de necesidades básicas comunes al proletariado -no creadas por este grupo social- genera un perjuicio generalizado independientemente de su contexto socioeconómico; desde un lado axiológico, la dignidad como bien intrínseco de las personas adquiere tal importancia que es incorporado para “asegurar la centralidad del individuo por medio de derechos básicos [...] lo que sin duda incluye al mundo del trabajo” (Canessa, 2009, p. 351).

En segundo término, el advenimiento del Estado Social significa la relativización de derechos considerados clásicos por el liberalismo. Téngase como ejemplo a la propiedad<sup>33</sup>, que pasa a ser considerada como un “servicio para el bien general” y cuyo contenido y límites deben ser fijados por las leyes, en los términos del artículo 153 del texto de Weimar. En esa misma línea, la Constitución Federal Mexicana de 1917, precursora en consagrar derechos vinculados al trabajo y a la tierra, habilita al Estado para que imponga a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público a fin de “hacer una distribución equitativa de la riqueza pública [...] y lograr el desarrollo equilibrado del país” (artículo 27)<sup>34</sup>. Constituciones posteriores han replicado esta “función social” de la propiedad que amplía la excepción de intervención por necesidad pública del Estado liberal.

### **1.2.1.3. El pluralismo social e institucional**

A todo esto, un sector de la literatura ha utilizado el término “Estado de bienestar” (*Welfare State*) para englobar a los dos componentes desarrollados del Estado Social, es decir, a “la combinación

---

<sup>32</sup> Para un listado de estos derechos, recomendamos revisar Canessa (2009, p. 350).

<sup>33</sup> Al punto de ser considerado por el artículo 17 de la Declaración de 1789 como un derecho “inviolable y sagrado”.

<sup>34</sup> En concordancia con el origen del Estado Social como emancipación política del poder religioso -Bobbio *dixit*-, la Constitución de Querétaro retiró a las iglesias la capacidad para “adquirir, poseer o administrar bienes raíces” (artículo 27.II).

entre un régimen de libertades formales y la expansión de los derechos sociales que se institucionalizan en políticas públicas de obligado cumplimiento” (Sánchez, 2014, p. 43). Sin embargo, como acota García-Pelayo, el Estado social excede a las acciones del gobierno orientadas al bienestar material de la ciudadanía para comprender una estructura de la sociedad distinta a la del Estado liberal, con modificaciones en sus funciones políticas y las referidas a la organización institucional (Blancas, 2011, pp. 55-56).

En efecto, el rol central que cumplió el individualismo en el Estado liberal tuvo implicancias no solo económicas sino también en la estructura misma de la sociedad. Hasta ese momento, se había entendido que las asociaciones eran organizaciones peligrosas para la libertad por el hecho de intermediar en la relación entre el individuo y el Estado. No es sorpresa, por consiguiente, la omisión de toda referencia al derecho de asociación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789<sup>35</sup> -uno de los primeros catálogos de derechos- y la existencia de las normas prohibitivas del fenómeno colectivo detalladas en el subcapítulo 1.1.1.

Justamente, el movimiento obrero engendrado por el capital encuentra en la organización sindical el instrumento tanto para la defensa de los intereses del primero frente a la burguesía como para exigir su participación colectiva en la vida de la sociedad. De hecho, una de las banderas del proletariado en la revolución francesa de 1848 fue la conquista del sufragio universal, que hasta ese tiempo era concebido como un deber de los propietarios dentro de una “democracia de minorías”. El objetivo, más allá de su contenido político, fue lograr una plataforma para corregir y eliminar el estado de injusticia social existente<sup>36</sup>.

Si bien la asonada no logró su objetivo refundacional de instituir una “república social” bajo el grito de “trabajadores del mundo, uníos”, sí logró incorporar a las nuevas clases sociales en la vida del Estado. En ese sentido, el Estado social rompe ese estigma y reconoce en la libertad asociativa una eficaz herramienta para el desarrollo de la personalidad del individuo con fines económicos, profesionales o incluso políticos, pues -como indica Loewenstein- “la intercalación

---

<sup>35</sup> Para un estudio de los primeros instrumentos de derechos anteriores a dicha declaración, recomendamos revisar Carbonell, 2010, pp. 63-95.

<sup>36</sup> La lucha no era contra el Estado, sino por el Estado y en el Estado, en palabras de Ferdinand Lasalle (Ochoa, 2020, p. 24).

de los grupos pluralistas opera como una limitación impuesta a los detentadores del poder” estatal (Blancas, 2011, p. 90).

Bajo el tercer elemento configurador del Estado Social, entonces, el Estado se contempla como un lugar de mediación de los conflictos de clase que dieron origen al ordenamiento laboral, así como de los diversos intereses particulares de la sociedad -cada vez más heterogéneos y contradictorios-<sup>37</sup>. Dichos intereses “compiten con el propio Estado” y actúan como grupos de presión para lograr que este último los tenga en cuenta y los satisfaga; solo de este modo, el Estado logra obtener la legitimidad que necesita (Asensi, 2014, p. 32). Nos encontramos, por tanto, ante mecanismos de participación ciudadana que amplían la base social del Estado, ya sea por medio de la libertad de asociación, la libertad sindical o el derecho a la organización de partidos políticos<sup>38</sup>.

### **1.2.2. El nuevo paradigma del Estado constitucional (pospositivista)**

El Estado social -considerado “el modelo de convivencia social más sofisticado” que se ha implementado para “paliar las desigualdades y velar por la satisfacción de las necesidades [..], respetando a la vez el mayor grado de libertad individual” (Sánchez, 2014, p. 41)- ha evolucionado a partir de la incorporación de los derechos sociales en las leyes fundamentales de las naciones, fenómeno denominado “constitucionalismo social”. Pioneras en lo mencionado,

---

<sup>37</sup> Agregan Kresalja y Ochoa que lo que debería diferenciar al Estado social del Estado de bienestar es la posibilidad del primero de “equilibrar las prestaciones sociales con las prestaciones de la democracia” (2020, p. 151). Similar postura presenta Elías, para quien el Estado de bienestar viene a constituir una primera fase del Estado social en búsqueda de bienestar a través del esquema capitalista pero sin la perspectiva de democratización económica, social y política, mientras que la segunda fase, consistente en una democratización universal que supere el paradigma capitalista, aún no se ha concretado (1963, pp. 41-42).

<sup>38</sup> Sánchez destaca, asimismo, el rol “indirecto” de las iglesias en el proceso de construcción de Estado social, pues el pensamiento demócrata cristiano europeo se inspiró en encíclicas papales como *Rerum Novarum* (1891) y *Quadragesimo Año* (1931), mediante las cuales “el catolicismo buscaba ofrecer una alternativa entre el individualismo y el socialismo” (2014, p. 48).

además de las constituciones de Querétaro y Weimar, son los textos posguerra de Francia (1946), Italia (1947) y Alemania Federal (1949)<sup>39</sup>.

Desde una perspectiva estructural, la constitución deja de ser una mera norma política para convertirse en una “norma democrática suprema”, vinculante tanto para los poderes públicos como para los ciudadanos<sup>40</sup>, lo que hace que conserve un “núcleo permanente” consistente en su categoría de “principio supremo que determina por entero el orden estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden”, en los términos de Kelsen (Landa, 2013, p. 14). Dicha supremacía, complementada con los principios *norma normarum* y *lex legis*, otorgan a la Constitución el lugar central en la pirámide jurídica que antes ocupaba la ley.

Sin embargo, el proceso de constitucionalización incorpora también en el vértice de la jerarquía de fuentes a un conjunto de derechos fundamentales y “(otros) principios morales” que forman una capa de juridicidad superior a la ley y que cuentan con una “evidente sustancia moral” (Pino, 2023, p. 377)<sup>41</sup>. No sorprende así que la teoría positivista del derecho, concebida bajo los presupuestos de supremacía de la ley y la separación entre el derecho y la moral, haya sido objeto de cuestión por juristas como Alexy, Atienza y Dworkin, quienes postulan la necesidad de un nuevo paradigma jurídico que dé cuenta de los cambios acaecidos: el pospositivismo<sup>42</sup>.

---

<sup>39</sup> Justamente, el artículo 1 de la Constitución francesa de 1946 introduce el término de República “democrático y social”, que sería replicado en el artículo 43 de la constitución peruana de 1993 para enfatizar el tercer elemento configurador del Estado social.

<sup>40</sup> Esta eficacia *inter privatos* o *drittwirkung* responde además al fenómeno de los poderes fácticos y los derechos fundamentales como normas objetivas de derecho (Blancas, 2011, pp. 282-293).

<sup>41</sup> Otros factores identificados por Guastini -tales como la fuerza vinculante de la carta magna, la “sobreinterpretación” de la misma, la aplicación directa de preceptos constitucionales, la interpretación de las leyes conforme a la constitución y la influencia de este instrumento en las relaciones políticas- expresan distintos grados de constitucionalización, pues pueden darse en mayor o menor medida (Villanueva, 2022, pp. 15-16).

<sup>42</sup> A todo esto, no compartimos el calificativo de “neoconstitucionalismo” que le ha otorgado la escuela genovesa. En efecto, de acuerdo con Atienza y Aguiló, el prefijo “neo” crea confusión ya que, en primer término, nunca ha existido un “paleoconstitucionalismo” al cual aplicarle el prefijo y, finalmente, no se sabe a qué se alude concretamente (Cevallos, 2025, p. 80).

En lo que atañe a la disciplina laboral -en especial frente al fenómeno globalizador a tratarse en el subcapítulo 1.3.-, su complejidad requiere de una visión holística que, más allá de centrarse en datos y hechos institucionales específicos, tome en cuenta también el contexto organizacional en el que reposa la relación entre capital y trabajo y los principios jurídicos aplicables a ese contexto (Miranda, 2024, p. 136)<sup>43</sup>. Por ello, la presente investigación se alinea al paradigma pospositivista del derecho y sus siguientes postulados, toda vez que explican de mejor manera la práctica jurídica del Estado contemporáneo.

### **1.2.2.1. *El derecho como práctica social y su doble dimensión***

Para el pospositivismo, el derecho no es solo una estructura compuesta por normas -estática jurídica- y actos o procedimientos jurídicos -dinámica jurídica-, sino principalmente una práctica social argumentativa, compleja y heterogénea que la desborda y en la que participan todos aquellos que utilizan el derecho: académicos, juristas y ciudadanos (Aguiló, 2008, p. 25). Esta práctica -compuesta por las pretensiones de la sociedad- está orientada a su vez a la realización de los fines y valores propios del constitucionalismo, por lo que la teoría jurídica “no puede ser neutral ni meramente descriptiva” frente a estos (Dworkin citado en Villanueva, 2022, p. 19). El derecho es, entonces, “una actividad, una empresa, una praxis: algo que se va construyendo” (Atienza, 2017, p. 134) sobre la base de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, entre otros.

Esta concepción se observa, por ejemplo, en la convocatoria del Poder Judicial hacia la comunidad jurídica para que plantee tópicos con pronunciamientos contradictorios de la judicatura en material laboral, a fin de que sean abordados en un siguiente pleno jurisdiccional nacional (Poder Judicial, 2020). En estos plenos jurisdiccionales se llevan a cabo intensas deliberaciones prácticas que van más allá de la simple aplicación de reglas, en la medida que el objetivo es lograr una solución coherente con los principios -valores- del sistema jurídico, lo que se conoce como “casos difíciles”.

---

<sup>43</sup> A pesar de que la presente investigación no pretende enmarcarse en el área de filosofía del derecho, sí consideramos necesario plantear ciertos postulados del pospositivismo que explican nuestra hipótesis.

Justamente, el pospositivismo supera la visión positivista de que el derecho viene a ser cualquier “conjunto de normas puestas o producidas por quien está habilitado para producirlas, con independencia de cuáles fueren sus contenidos y, por tanto, de su eventual injusticia” (Ferrajoli, 2012, p. 16). Incorpora así una dimensión valorativa del derecho que se expresa en los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y que no se agota en estas, habida cuenta de que el pospositivismo defiende la existencia de normas constitucionales implícitas -fuera de la constitución formal-, pues negar su existencia significaría apartarnos del Estado constitucional (Aguiló, 2021, p. 107)<sup>44</sup>.

A todo esto, estos principios pueden encontrarse recogidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, que aportarán esa “sustancia” democrática y constitucional a las leyes fundamentales internas y que dotarán de legitimidad jurídico-material a leyes fundamentales. Al respecto, el artículo 3 de la Constitución de 1993 acoge un sistema de *numerus apertus* de derechos constitucionales que no excluye “derechos de naturaleza análoga” de la enumeración de derechos del capítulo de derechos fundamentales de la persona, lo que da sentido a la advertencia de Ermida de que estos derechos “nacen constitucionales” ya que “la Constitución nacional nació grávida de estos derechos de fuente internacional, que forman parte de ella desde el comienzo” (Villavicencio, 2011a, p. 619)<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Tómese como ejemplo principios como la legítima defensa o el estado de necesidad, en los cuales puede cambiar su regulación, mas no es concebible su derogación en la carta magna (Aguiló, 2008, p. 22).

<sup>45</sup> Preferimos esta línea argumentativa en vez de la que se apoya en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, al ser esta última una “cláusula interpretativa”, lo que la hace irrelevante en comparación con la aplicación directa del artículo 3. Al respecto, recomendamos revisar a Villavicencio (2011a, pp. 626-628).

<sup>46</sup> En cuanto a las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales de derechos humanos, el Nuevo Código Procesal Constitucional ha precisado que el contenido y alcances de los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con estos pronunciamientos. Sin duda, este criterio puede extenderse a opiniones consultivas de otros órganos creados con el mismo fin -aunque sin índole jurisdiccional pura-, ya que precisan el contenido y alcance de los derechos humanos laborales. De hecho, es una consecuencia del principio *pacta sum servanda* recogido por la Convención de Viena, en la medida que “si se ha ratificado un tratado, se ha aceptado la existencia de los órganos de control por ellos previstos” (Villavicencio, 2011, pp. 630-631). Por consiguiente, consideramos que los pronunciamientos del comité de libertad sindical y comisión de expertos en aplicación de convenios y recomendaciones de

### 1.2.2.2. *La relación necesaria entre el derecho y la moral*

Autores positivistas como Ferrajoli<sup>47</sup> consideran existe una relación contingente y no necesaria entre derecho y moral que no justifica éticamente la imposición de un *moralismo jurídico*, puesto que los valores morales y políticos “no se demuestran, no se deducen y tampoco se inducen” (2019, pp. 101-105). En consecuencia, para que lo moralmente prohibido u obligatorio sea jurídicamente exigible, debe haberse positivizado previamente en el sistema jurídico, sin que ello desconozca que muchas de las normas jurídicas en la actualidad coinciden con normas morales -verbigracia, las normas del código penal-.

En cambio, para autores como Atienza, “sería inconcebible un derecho que no asegurara un mínimo ético” (2012, p. 92), que no es otra cosa que los principios y valores plasmados en los derechos fundamentales<sup>48</sup>. Y es que, si se quiere reconocer una realidad como derecho válido, debe recurrirse a la moral (justicia), dado que “la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema implica necesariamente un juicio moral”<sup>49</sup> (Atienza, 2012, p. 112). De lo contrario, cabría concluir que la fundamentación de los derechos humanos es la política, lo que implicaría admitir su eventual instrumentalización como meros medios para fines políticos (Cevallos, 2025, p. 68).

---

la OIT se integran al bloque de convencionalidad. Cabe indicar que una posición contraria ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 0025-2007-PI/TC, a raíz de las interpretaciones del convenio 87 de la OIT. El fundamento 31 califica de “*soft law* para el derecho interno” la interpretación dada por el comité de libertad sindical en materia de huelga y servicios públicos esenciales.

<sup>47</sup> Para una comprensión más profusa del modelo ferrajoliano -llamado *garantista*-, recomendamos revisar Ferrajoli (2019, pp. 56-132), además de Aguiló (2021, pp. 91-124) para una lectura crítica del mismo.

<sup>48</sup> El Estado social cobra entonces un sentido de componente agregado al constitucionalismo, dado su objetivo de erradicar -mediante los derechos sociales- “los males más característicos de la dominación política”, a saber, la exclusión política y social - En comparación con el Estado liberal, cuyo propósito era combatir solo la arbitrariedad, el autoritarismo del soberano de turno y el despotismo -(Aguiló, 2001, p. 443).

<sup>49</sup> Así lo ha entendido el TC en la sentencia recaída en el expediente 0042-2004-AI, en la que afirma que el Estado social “no puede sostenerse [en] una concepción positivista -que separa el derecho de la ética- de la Constitución” (fundamento 25).

A todo esto, lo expresado no significa un retorno al iusnaturalismo, que defiende la existencia de un derecho natural por encima del derecho positivo y que solo si el segundo coincide con el primero se puede hablar de derecho. Para el pospositivismo, en realidad, las normas que no satisfacen una “pretensión de corrección” -o pretensión de ser justas- son válidas, aunque jurídicamente defectuosas, para lo cual se prevén mecanismos de expulsión del ordenamiento jurídico como la acción popular o el proceso de inconstitucionalidad. Empero, en los casos de injusticia extrema como las normas dictadas en el régimen nazi o violaciones al núcleo esencial de los derechos humanos, la seguridad jurídica cede frente a la incompatibilidad de la norma con pretensión de corrección y la norma ya no es jurídica (Villanueva, 2022, pp. 21-25).

Ciertamente, es necesario un mínimo de objetivismo moral que atribuya valores a determinadas acciones o estados de cosas para que los individuos satisfagan sus necesidades básicas o les brinde capacidades indispensables para realizar su estándar de vida -la ciudadanía social que abordaremos en el subcapítulo 1.2.3-. Si no fuera así, se abriría un “hueco de arbitrariedad” que alentaría una práctica jurídica abusiva, especialmente la judicial y que reconocería en última instancia los “valores” del neoliberalismo del subcapítulo 1.3: el individualismo y la insolidaridad. Se trata, en suma, de “exponer [los] juicios al discurso racional”, lo que lo diferencia del escepticismo y el absolutismo moral (Atienza, 2017, pp. 137-138)<sup>50</sup>.

### **1.2.2.3. La diferenciación entre reglas y principios**

Finalmente, a diferencia del positivismo jurídico basado en un modelo de reglas -léase, Hart-, el pospositivismo postula la necesidad de considerar también a los principios para dar cuenta del sistema jurídico. Sobre la base del esquema de Alchourrón y Bulygin -que entienden a las normas jurídicas como correlaciones entre supuestos de hecho y soluciones normativas-, distingue a las reglas como normas que configuran sus supuestos de hecho de forma cerrada -sin dejar lugar a

---

<sup>50</sup> En efecto, a diferencia del absolutismo, el objetivismo moral pregona que, a pesar de que los juicios morales poseen la pretensión de corrección ya estudiada, “están abiertos a la crítica, a la discusión racional [respetando ciertas reglas más o menos idealizadas] y, por tanto, pueden ser modificados, no son absolutos”. No debe confundirse, en consecuencia, con la pretensión de verdad de los juicios científicos (Atienza, 2013, pp. 561-562).

ponderación-, a fin de reducir su complejidad y simplificar el proceso de decisión (Ruiz citado en Villanueva, 2022, pp. 33)<sup>51</sup>. Mientras tanto, los principios poseen unas condiciones de aplicación muy abiertas y su utilización, en consecuencia, son sopesados con otros principios en un ejercicio de ponderación. De ahí que sean denominados por Alexy como “mandatos de optimización” a ser realizados en diversos grados en atención no solo a las posibilidades fácticas, sino jurídicas -a diferencia de las reglas, que pueden ser solo cumplidas o incumplidas- (Atienza y Ruiz, 2004, pp. 29-31).

Ahora bien, en lo que respecta a la solución normativa, es importante distinguir también entre aquellas dirigidas a la realización o no de una determinada conducta -ya sea como obligatoria, prohibida o permitida- y las que califican deónticamente la obtención de cierto estado de cosas -esto es, un fin u objetivo-, en especial cuando la selección de los medios para producir el estado de cosas es dejada a criterio del destinatario de la norma. Surgen así las categorías de reglas de acción, reglas de fin, principios en sentido estricto y directrices<sup>52</sup>.

<b>Normas regulativas</b>	<b>Supuesto de hecho</b>	<b>Solución normativa</b>
Reglas de acción	Configurado en forma cerrada.	Acción configurada en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.
Reglas de fin	Configurado en forma cerrada.	Estado de cosas configurado en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.
Principios en sentido estricto	Confirmado en forma abierta.	Acción configurada en forma cerrada. Incorpora una medida de cumplimiento.

---

<sup>51</sup> Para efectos didácticos, las normas constitutivas -es decir, aquellas que posibilitan resultados institucionales o normativos- serán abordadas en el capítulo 3 de la investigación, sin perjuicio de su importancia, toda vez que el poder de dirección del empleador es en realidad una de ellas.

<sup>52</sup> Adicionalmente, Atienza y Ruiz (2004, p. 28) distinguen una tercera categoría de principios denominados institucionales pues recogen exigencias que derivan de los valores internos del derecho para garantizar su funcionamiento y eficacia. Es el caso del principio de legalidad y el principio de jerarquía normativa.

Directrices	Configurado en forma abierta.	Estado de cosas configurado en forma abierta. No incorpora una medida de cumplimiento.
-------------	-------------------------------	--

Cuadro 1. Fuente y elaboración: Aguiló (2012, p. 169).

Vistas así las cosas, una regla de acción obliga, prohíbe o permite una acción vinculada a las condiciones de aplicación del caso y se halla, por ejemplo, en el artículo 2 de la Ley 29245, que permite a los empleadores tercerizar actividades especializadas u obras si se cumplen determinados requisitos<sup>53</sup>. De otro lado, una regla de fin la constituye el artículo 25 de la Ley 29783, que dispone la adopción de medidas por parte del empleador para que los trabajadores y sus representantes participen en los procesos del sistema de seguridad y salud en el trabajo. Nótese el margen de discreción con el que goza el empleador para lograr dicho objetivo.

En cuanto a los principios en sentido estricto, vienen a ser “exigencias de tipo moral [...] que establecen derechos” (Atienza, 2012, p. 74) y que poseen condiciones de aplicación muy abiertas, como el principio de igualdad de oportunidades o el derecho a la salud reconocidos en los artículos 26.1 y 2.7 de la Constitución, respectivamente. Por otra parte, las directrices promueven la satisfacción de intereses de carácter social, político o económico alcanzables en distinto grado y por diversas conductas<sup>54</sup>: un ejemplo típico de ello es el principio de eficiencia empresarial, que a su vez se deriva del rol estatal de estimulación de la riqueza garantizado en el artículo 59 de la Carta Magna<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Es el artículo 1 de dicha norma el que expresamente señala que “la ley regula los casos en los que procede la tercerización”.

<sup>54</sup> A su vez, dado que los principios en sentido estricto establecen límites a la protección de dichos intereses, “los valores que satisfacen las directrices están, pues, subordinados a los valores (últimos) incorporados en los principios en sentido estricto” (Atienza, 2012, p. 82).

<sup>55</sup> Es importante añadir que, si bien para el pospositivismo no es necesario que los principios estén positivizados, el deber de que los órganos jurisdiccionales los incluyan dentro de sus fallos obedece no a su “moral social” -como propone Dworkin- ni a su “arraigo social” -como piensa Díez-Picazo-, sino a su coherencia y adecuación con principios y reglas ya positivizados en el ordenamiento (Atienza y Ruiz, 2004, p. 36).

La diferenciación entre reglas y principios no es caprichosa. Habida cuenta que los principios son valores que dotan de sentido a las reglas y las segundas son el resultado de la ponderación de los primeros<sup>56</sup>, *ergo* las relaciones entre normas no pueden explicarse únicamente en términos de deducibilidad -esto es, con la sanción de la exclusión de una de las dos reglas ante un conflicto<sup>57</sup>-. Surge así la noción de “coherencia valorativa”, por la cual dos o más normas son valorativamente coherentes entre sí “cuando presentan una unidad de sentido y/o de propósitos prácticos”. En consecuencia, las reglas pueden ser infraincluyentes o supraincluyentes si existe un desajuste entre el ámbito de aplicación que describe la regla y el ámbito justificado de aplicación de dicha regla (Aguiló, 2008, pp. 17-19).

En definitiva, el paradigma del Estado social de derecho y su incorporación al modelo de Estado constitucional han significado una transformación del papel del Estado en la sociedad y, más importante aún, una nueva forma de cómo concebimos la democracia y el rol importante de los derechos sociales -junto con los civiles y políticos- como los pilares para la corrección de las diferencias económicas y sociales de los individuos y grupos sociales (Sanguinetti, 2013, pp. 427-428). Y es que, en los términos de Bobbio, “la relación política ya no es solo analizable *ex parte principii* (desde la parte del príncipe, del llamado a mandar), sino fundamentalmente *ex parte populi* (desde la parte del pueblo, de los llamados a obedecer)” (Aguiló, 2021, pp. 20-21).

### **1.2.3. El estándar de la ciudadanía social**

A propósito, para evitar que la rigidez de la norma suprema -una de las características del nuevo modelo<sup>58</sup>- se transforme en una inflexibilidad extrema que someta a los vivos a “la tiranía de los

---

<sup>56</sup> Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 008-2005-PI/TC, al afirmar que los principios del derecho del trabajo son “reglas rectoras que informan la elaboración de normas, amén de servir de fuente de inspiración directa e indirecta en la solución de conflictos”.

<sup>57</sup> Por ejemplo, con los criterios de ley superior, ley posterior y ley especial.

<sup>58</sup> Nos referimos a su cualidad de solo ser modificada por un procedimiento de reforma estricto si se le compara con las leyes, al punto de que existe un conjunto de normas constitucionales que no son susceptibles de modificación (Villanueva, 2022, p. 15). A modo ejemplificativo, el artículo 32 de

mueritos” -en referencia a quienes elaboraron el texto constitucional-, el Estado constitucional reconoce a los derechos como fundamento de la constitución y atribuye a la práctica constitucional un rol interpretativo de ellos (Aguiló, 2021, pp. 21-22 y 58-59). Es lo que se conoce como *living constitution*, por la cual la interpretación constitucional se convierte en el mecanismo inserto para garantizar la carga axiológica del Estado constitucional sobre el Estado y la sociedad. Esta tarea no solo está referida a la expulsión de normas contrarias al ordenamiento, sino además la configuración de derechos frente a vacíos o deficiencias de las normas infraconstitucionales (Zachert citado en Boza y Aguinaga, 2013, p. 285).

En lo que respecta al derecho del trabajo, la labor interpretativa “constructiva” del Tribunal Constitucional debe entonces tener en cuenta principios relacionados con la lucha contra el mal la exclusión social -dignidad, igualdad y libertad<sup>59</sup>-, pero también valores vinculados tradicionalmente con las libertades civiles y políticas, como la ciudadanía. Justamente, este último concepto ha adquirido una nueva connotación a partir del Estado constitucional e incluye un elemento social referido a “un mínimo de bienestar económico y seguridad al derecho a participar del patrimonio social y a vivirla vida de un ser civilizado conforme a los estándares corrientes en la sociedad”. Así lo estableció el más grande teórico del Estado social en Gran Bretaña, T. H. Marshall, para quien la condición de miembro de una comunidad se vuelve inseparable del disfrute de los derechos sociales, independientemente de los mecanismos de mercado y del valor de la fuerza de trabajo en este (Blancas, 2011, pp. 211 y 213)<sup>60</sup>.

Por consiguiente, la “ciudadanía social” se convierte en un estándar para medir la calidad de la democracia de un determinado país. No bastará, pues, la tradicional participación política para detentar la condición de miembro de pleno derecho de una comunidad: se requerirá ahora la garantía del disfrute de los derechos laborales o de “aquellos aspectos de la vida de los

---

Constitución prohíbe someter a referéndum la supresión o disminución de los derechos fundamentales o los tratados internacionales en vigor.

<sup>59</sup> Esta última en su sentido positivo.

<sup>60</sup> Ya en 1933, Sinzheimer hablaba de hacer al trabajador “ciudadano de la economía” al otorgarle los mismos derechos de libertad en la vida económica que el ciudadano en la democracia política (1984, p. 97).

ciudadanos que afectan el potencial para desarrollar sus capacidades innatas”<sup>61</sup>. En ese sentido, toda vez que este concepto descansa sobre un mínimo de bienestar económico, el empleo se constituye como una vía para salir de la pobreza, así como un pilar básico de la ciudadanía social para la mayoría de la población (PNUD, 2004, pp. 118 y 120)<sup>62</sup>.

No obstante, más allá de la consagración de los derechos laborales por las constituciones del orbe, en América Latina presenciamos lo que años atrás Américo Plá denunció como la “falta de autenticidad” de los ordenamientos laborales. Es decir, mientras, por un lado, las constituciones de la región proclamaban derechos para sus trabajadores, por el otro, estas disposiciones tenían una escasa o nula aplicación en la realidad, al punto que el principal desafío del ordenamiento laboral regional ha girado en torno al desarrollo del “potencial democratizador que posee la aplicación de los derechos laborales [...] en unas sociedades profundamente desiguales como las nuestras”, a través de mecanismos que permitan su vigencia tanto efectiva como real (Sanguinetti, 2013, pp. 428-429). Lamentablemente, este divorcio entre el derecho y la realidad es una de las manifestaciones de un fenómeno más complejo que comenzó a partir de la década de los setenta y que ha involucrado no solo una crisis del derecho del trabajo, sino del arquetipo de Estado social en general.

---

<sup>61</sup> Para Arce (2004b, p. 73), por ejemplo, este concepto se define como “una igualdad de derechos en el plano socioeconómico que permita a su vez exigir a todos los que conforman la sociedad”.

<sup>62</sup> Nótese, así, que nos hallamos ante una directriz, en los términos descritos en el subcapítulo 1.2.2.3.

### 1.3. La deconstrucción del derecho del trabajo en la era de la globalización

Es consenso en la doctrina que desde la segunda posguerra hasta 1973 el mundo asistió a una edad de oro o etapa de esplendor del Estado social -y, por ende, del derecho del trabajo<sup>63</sup>-, lo que motivó a autores como Calixto Valverde a preguntarse si el derecho civil iba a sobrevivir a la dura competencia que le planteaba el derecho sindical (Ojeda, 2010, p. 45). La confrontación entre potencias europeas había destruido el capital excedentario y generó oportunidades muy rentables de inversión en un contexto de escasa competencia y de explotación de economías en desarrollo dependientes de la exportación de materias primas. Esta dinámica del capital fue campo de cultivo de políticas keynesianas<sup>64</sup> altamente eficaces para afrontar el costo de la reconstrucción de las economías europeas y que brindaron relativa paz social, apoyadas en el mentado pacto entre burguesía y proletariado. El mundo vivió una época de exitosa planificación macroeconómica basada en la mayor recaudación de los Estados y la mayor redistribución de las rentas a través del fortalecimiento de los sistemas de protección social.

Dicho éxito, empero, siempre descansó sobre una frágil base económica y política. Como explica de Cabo, el mero transcurso del tiempo generó que el capital se saturara y su tasa de ganancia se redujera con cada círculo virtuoso keynesiano, a la par que la dominación poscolonial sobre economías del tercer mundo -el “ingrediente imperial” del Estado social europeo- no resistió los avatares del alza de precios de bienes de vital importancia como el petróleo. Justamente, es el embargo anunciado por la Organización de Países Exportadores de Petróleo (ODEP) el que desencadenó una crisis de estancamiento e inflación no vista hacia décadas<sup>65</sup>. Paralelamente,

---

<sup>63</sup> En ese sentido, Vivero refiere que “el derecho del trabajo constituye la avanzadilla histórica del Estado social, al menos en lo que se refiere a su faceta de intervencionismo regulador en clave de igualdad” (2014, p. 301).

<sup>64</sup> Básicamente se compraba todo lo que se producía y se producía todo lo que la capacidad instalada permitía (de Cabo, 2014, pp. 75-76).

<sup>65</sup> Ojeda destaca además la emergencia de la industria asiática que generó malestar en las fábricas europeas y le arrebató el mercado a América Latina, Asia y África. Por ejemplo, en Japón su éxito se basó en la presencia de consorcios históricos como estructuras superiores a la gran empresa, el

por el lado de la lucha de clases, la burguesía había empezado a sentirse desplazada en un sistema con pleno empleo y salarios altos, por lo que desde el poder público socavó el acuerdo político frente al temor de una “revuelta democrática” de los trabajadores (2014, pp. 74-76).

Ante el mencionado panorama de crisis económica, el Estado social entró en crisis. Pese a que formalmente las naciones mantuvieron sus cláusulas de adscripción a este modelo de Estado, en la práctica se vieron imposibilitadas de cumplir a cabalidad con las funciones propias del constitucionalismo social y retrocedieron parcialmente a su concepción de declaración de buenas intenciones. Este “fracaso” de la cláusula de Estado social<sup>66</sup> sentó las bases para la siguiente fase del modelo capitalista, denominada globalización y caracterizada por la relativización de las fronteras territoriales producto de la tecnología<sup>67</sup> -aldea global-, lo que favorece el intercambio comercial y las inversiones -mercado global- en un contexto de protagonismo del capital internacional y detrimento de la influencia de los Estados nación (Boza y otros 2004, p. 152). Bajo la nueva dinámica, el comercio se estableció como el pivote de la economía del orbe y dejó de representar el 20% del PBI global en 1968 para tener una participación en el PBI del 63% en 2022, casi dos tercios de la producción, según cifras del Banco Mundial.

---

intervencionismo estatal a través de subsidios y la disciplina de empresa bajo la idea de “una gran familia empresarial” (2010, p. 62-66).

<sup>66</sup> Catalogado así por de la Villa (2014, p. 35).

<sup>67</sup> Como refiere Ojeda, “nunca antes se había producido tal número de inventos en tan poco tiempo, ni se habían difundido tan pronto, ni había habido tal capacidad de trasladarlos a la economía con semejante rapidez” (2010, p. 78).

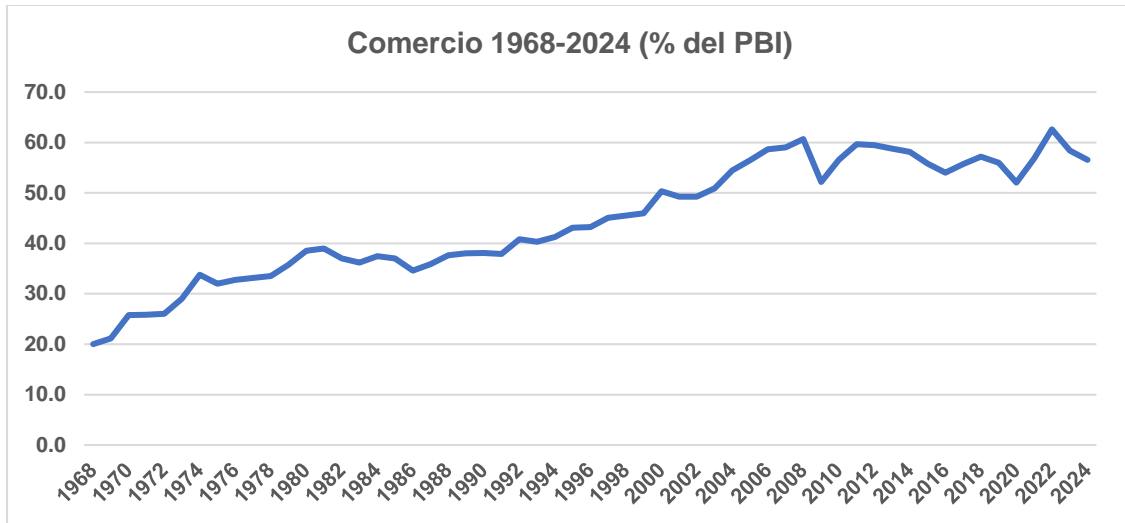


Gráfico 1. Fuente: Banco Mundial. Elaboración propia.

### 1.3.1. El rostro de Jano de la globalización

Pese a que la globalización, según Beck, es el “concepto peor empleado, menos definido, más nebuloso y políticamente más eficaz de los últimos años” (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 64), es difícil negar que se trata de un fenómeno multidimensional que ha abierto nuevas oportunidades de inversión y generación de empleo a nivel estatal y empresarial. De acuerdo con cifras del Banco Mundial, la economía global ha crecido a una tasa promedio anual de 3.14% desde 1970, estadística utilizada por sus defensores para entender que el dinamismo de la economía ha generado nuevas oportunidades para el bienestar social de la población.

Sin embargo, la apertura de la economía también ha provocado un nuevo tipo de desigualdad, tanto para naciones, sectores e individuos, esta vez con relación a su capacidad para formar parte del nuevo proceso global: los países industrializados, los sectores competitivos dentro de los países y, en última instancia, el personal calificado son aquellos que se verán beneficiados en un nuevo orden en el que todo aquello que no se integra a las redes globales de la riqueza “se desconecta de la red y [...] se descarta” (Campana citado en Sanguineti, 2013, p. 401).

En efecto, como denunció la OIT hace veinte años, los beneficios de la globalización se han distribuido de forma desigual en una polarización entre ganadores y perdedores, entre países ricos y naciones pobres (Villavicencio, 2004, p. 185). Obra de ejemplo que, al año 2024, el PBI en conjunto de los 39 países denominados “países pobres muy endeudados” equivale

únicamente al 4.1% del PBI de los Estados Unidos<sup>68</sup>, la superpotencia que ha buscado extender su influencia económica en el resto de orbe en lo que podemos entender como una continuación de la doctrina Monroe<sup>69</sup>. Nos encontramos, pues, ante una paradoja que, cual rostro de Jano, cuenta con dos caras opuestas: una deseable y promotor del crecimiento y prosperidad; la otra, indeseable al ser excluyente y favorecer la segmentación social (Sanguineti, 2013, p. 403).

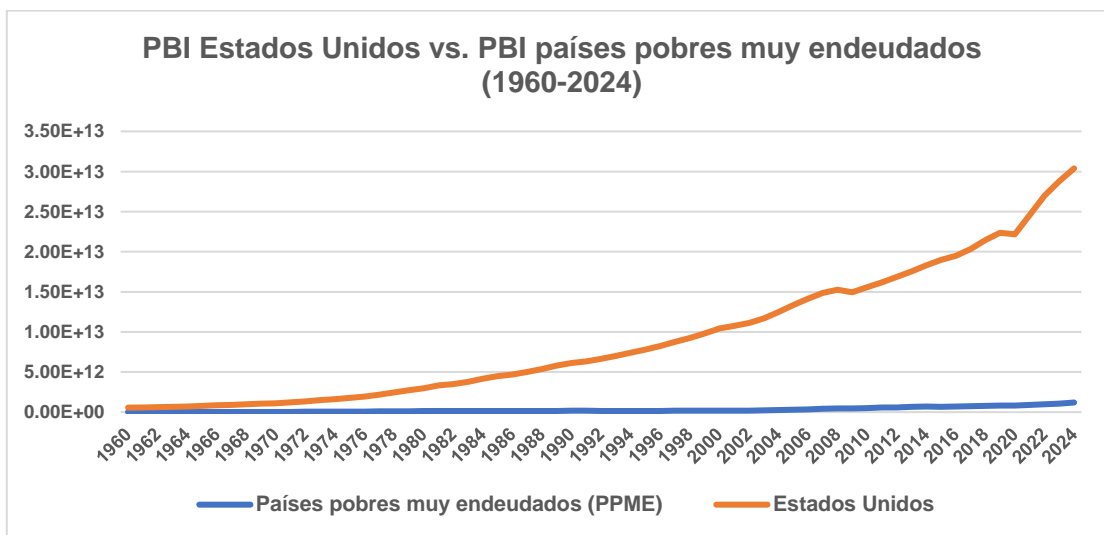


Gráfico 2. Fuente: Banco Mundial. Elaboración propia.

La respuesta a dicha contradicción la encontramos en el hecho de que la globalización, toda vez que se basa en un discurso técnico, “no es portadora de valores como sí lo es el Estado social” (Ochoa, 2020, p. 92). Y es que esta nueva corriente, al poner en un pedestal a la eficiencia económica y el mercado como mecanismo de asignación de recursos, entra en colisión directa con el postulado principal del Estado de la posguerra, que no es otro que los derechos fundamentales de la persona como base del sistema político, al punto de que se llega a afirmar que esta última forma de organización en la actualidad es un “*optional* de la democracia” (Baylos,

<sup>68</sup> Al respecto, Ortiz y Cummins destacan que “habitamos un planeta en el que el quintil del extremo superior controla más del 80% del ingreso global en contraste con un ínfimo 1% para quienes se encuentran en el extremo inferior”, lo que revela un planeta corroído por la desigualdad de ingresos (Villavicencio, 2019, p. 49).

<sup>69</sup> Ya lo había predicho Marx ciento cincuenta años atrás: “El capital debe tender a conquistar toda la tierra como su mercado, a reducir a un mínimo de tiempo el movimiento de un lugar a otro” (Pérez, 2005, p. 54).

2006, pp. 67 y 70). Bajo este panorama, la propia existencia del planeta tierra está en crisis metastásica, en vista de la emergencia ambiental que ocasiona el desarrollo desregulado y depredador del capitalismo<sup>70</sup>.

### **1.3.2. La recomposición de los elementos configuradores del Estado social**

En ese sentido, las consecuencias de la actual coyuntura plantean retos para distintas ramas del derecho, desde filosóficas hasta ambientales, habida cuenta de la naturaleza depredadora del capital, lo que nos llevará a replantear la relación entre derecho y economía a la luz de la libre competencia como mecanismo de regulación del mercado. En lo que atañe a esta investigación, conviene estudiar brevemente cómo el proceso globalizador ha significado la recomposición de los elementos configuradores del Estado social (explicados en el subcapítulo 1.2.1.), al punto que el derecho del trabajo -su construcción jurídica estrella<sup>71</sup>- es considerado ahora como un obstáculo frente a la exigencia cada vez mayor de competitividad y “flexibilidad” para los empresarios.

#### **1.3.2.1. El ocaso de los Estados-Nación frente al capital móvil e inestable**

Durante la época de oro del Estado social, las políticas de bienestar keynesianas gozaron de éxito en la medida en que los Estados-Nación se constituyeron como el ámbito por defecto de los intercambios económicos, situación que permitía la dotación de niveles de protección nacionales frente a la competencia foránea. De esta manera, se plasmó un arquetipo de relación laboral estable sintetizada por Ojeda en “la dedicación del trabajador a una sola empresa, un

---

<sup>70</sup> En las palabras crudas de Ferrajoli (2019, p. 167), “el desarrollo insostenible está dilapidando los bienes comunes naturales como si fuésemos las últimas generaciones que viven sobre la tierra”. Como el autor bien explora en su reciente obra *Por una Constitución de la tierra*, el cambio climático, más que una cuestión ambiental, representa un problema de derechos humanos, toda vez que son las comunidades vulnerables las que se verán más afectadas por sus consecuencias -cada vez más nocivas-. La lucha contra este flagelo se vuelve, entonces, una cuestión de justicia global.

<sup>71</sup> Añade Ojeda que “nunca ha habido una disciplina más “autopoyética” que el derecho del trabajo en esta etapa, pues se crea a sí misma sobre las guías de la negociación colectiva y de los acuerdos interprofesionales” (2010, p. 59).

solo contrato y un empleo de por vida” y, debido a que el éxito de la negociación colectiva sectorial europea lo alejó de otros grupos sociales vulnerables, se dio una identificación del proletario con su clase (2010, p. 56).

El libre movimiento de las inversiones y el desarrollo tecnológico promovidos en la globalización, empero, provocaron que los límites geográficos de los Estados de la posguerra sean insuficientes para una nueva dinámica de acumulación posfordista del capital en la que el empresario puede recolocar o subcontratar parte o toda su producción en países con menores niveles de protección social. El resultado es lo que Sanguinetti denomina una extrema movilidad e inestabilidad del capital que lamentablemente le permite “hacer shopping entre las varias normativas legales y convencionales locales” (2013, pp. 406-407)<sup>72</sup> y que contrasta con el carácter local del factor trabajo, más sedentario y arraigado que el primero “por razones humanas, familiares y económicas” (Ermida, 2003, p. 4).

Surgen así “poderes salvajes” que dominan la escena política y constitucional contemporánea y que marcan la pauta sobre la legislación laboral en vista de un nuevo escenario de competencia mundial que convierte el Estado social en un “Estado-Mercado” o “Estado de competencia económica” (Monereo, 2014, pp. 128 y 130). Como ya se indicó, serán los propios Estados los interesados en acelerar las consecuencias del proceso globalizador sobre sus regímenes nacionales: con ese fin, erigirán a la empresa como base del funcionamiento de la economía y centrarán su atención en liberar al mercado de regulaciones de protección social en una suerte de determinismo empresarial, y el ordenamiento laboral resistente a esta oleada autodestructiva será fácilmente prescindido por la ingeniería jurídica del empresariado -léase, la tercerización-<sup>73</sup>. En otras palabras, el Estado de bienestar en el que las naciones hacían competir a las empresas da paso a un Estado de malestar en el que las empresas son las que hacen competir a las naciones.

---

<sup>72</sup> Ello desencadena que el Estado deje de ser “el órgano de pensamiento social” (Castel citado en Ramos y Colomer, 2014, p. 182).

<sup>73</sup> En los términos gráficos de Galgano, “en este mundo absolutamente globalizado donde circulan mercaderías, licencia, producción, franquicias y diseños, el derecho estatal parece “rugido del ratón”” (Meguira, 2006, p. 157).

Entonces, si la intervención estatal en la vida social y económica fue uno de los elementos configuradores del pacto entre capital y trabajo de la posguerra, la abdicación del rol tutelar del Estado frente al gran capital internacional lo es en la era de la globalización. Para llevar a cabo este abandono dentro de una democracia cada vez menos sustancial<sup>74</sup>, se recurrirán a las normas fuera del debate parlamentario -como los decretos- y a la crisis y el miedo como justificación para la reducción de costos laborales -verbigracia, a través de la negación de la realidad-, lo que a la larga termina por crear una deslegitimación total de la política por parte de la población<sup>75</sup>. Incluso estas normas perjudiciales para la sociedad no son ajenas al Congreso, puesto que, como Barrenechea y Vergara lo han explicado, el deterioro de la representación política y del Estado de derecho en sí -mediante el empoderamiento de sectores informales e ilegales- han producido una “democracia asaltada” con congresistas que buscan complacer determinados intereses específicos como los suyos (Godoy, p. 2024)<sup>76</sup>.

### **1.3.2.2. La relativización de los derechos fundamentales laborales**

El proceso globalizador entraña, asimismo, la construcción de una ideología legitimadora que convierte a la competitividad de la empresa dentro del mercado global en el nuevo bien supremo al que deben subordinarse todos los demás (Ermida, 2003, p. 4). Esta colonización del derecho del trabajo por las categorías económicas ha significado -de acuerdo con Monereo- la remercantilización de sus instituciones clásicas; en consecuencia, el contrato se ha convertido en un instrumento al servicio de la economía y el salario se ha tornado en un elemento clave

---

<sup>74</sup> Meguira lo sintetiza crudamente: “el nuevo dilema [...] va siendo “capitalismo o democracia”” (2006, p. 151).

<sup>75</sup> Póngase como ejemplo el régimen autoritario de Nayib Bukele en El Salvador, cuyo deterioro en el respeto de los derechos humanos y la manipulación de la información pública han sido denunciados por diversos organismos no gubernamentales. Como bien indica Ana Piquer, directora de Amnistía Internacional para las Américas, se trata de un gobierno que ha promovido “violaciones masivas de derechos humanos y la evasión de mecanismos de rendición de cuentas, tanto a nivel nacional como a nivel internacional” (Amnistía Internacional, 2024).

<sup>76</sup> Al respecto, afirma Ferrajoli que la crisis de la democracia trae como consecuencia “un rol parasitario de la política y de las instituciones democráticas [...] y una crisis de la política en cuanto tal, cada vez más subordinada a la economía, cada vez más desautorizada, cada vez más lejana de las necesidades [...] por incapacidad, sometimiento ideológico o por connivencia con el mundo de los negocios” (2019, p. 143).

para la productividad en vez de ser un medio de sobrevivencia o una contraprestación digna para el trabajador (Villavicencio, 2012, p. 17).

En esa línea, somos testigos de una nueva narrativa jurídica que rompe con los “moldes identitarios del derecho del trabajo” en la búsqueda de borrar “todo lazo de dominación y explotación económica” y que, verbigracia, prefiere utilizar la noción de colaborador sobre la de trabajador como “piedra angular del [...] neoliberalismo en el espacio laboral” (Villavicencio, 2019, p. 45). Bajo esta novel concepción, la globalización presenta al empleador como el “creador” de empleo y, por tanto, protagonista de las políticas laborales, construcción que pretende olvidar al trabajador como verdadero “dador de trabajo” de la sociedad capitalista<sup>77</sup>.

Se produce así una revisión de las instituciones clásicas del derecho del trabajo. Por consiguiente, el principio protector o de igualdad será presentado en una versión acorde a la teoría económica del derecho, aquel paradigma que propugna la reducción de los costos de transacción a través de la eliminación de injerencias externas. Con ese propósito, el ordenamiento laboral -aquel derecho que nació para ser imperativo- será cada vez más dispositivo, lo que propiciará que el contrato retorne a ser el espacio por excelencia para la regulación de las condiciones de trabajo, pese al desequilibrio de poderes existente en el plano individual. De otro lado, el principio de estabilidad en el empleo -garantía para el ejercicio de otros derechos laborales- será redimensionado a través del establecimiento de modalidades temporales de contratación y la consagración de la indemnización como remedio suficiente ante el despido sin causa.

En suma, el principio de eficiencia empresarial asumirá el protagonismo que antes poseía el principio protector del derecho del trabajo. Si el Estado social relativizó derechos clásicos del liberalismo como la propiedad, la globalización ha relativizado los derechos fundamentales de los trabajadores -dado su poder de disminuir el estatus de los ciudadanos como mercancías- en

---

<sup>77</sup> Así lo desarrolla Karl Kosch, citado en Baylos (2006, p. 69): “Puesto que en la sociedad capitalista el poseedor de la fuerza de trabajo lo único que puede hacer con ella es venderla al primer propietario de bienes de producción que encuentre, finalmente, en este mundo capitalista invertido aparecerá como “dador de trabajo” (empleador) el propietario capitalista de la empresa, mientras que el verdadero dador de trabajo aparecerá como el que “recibe trabajo” (empleo)”.

un sistema posindustrial en donde priman los servicios y la especulación financiera en vez del trabajo productivo (Sánchez, 2014, p. 50)<sup>78</sup>. Surge, entonces, un “derecho del trabajo invertido” en razón a que apuesta por la razón económica por encima de la razón social y que plantea serios retos a la legitimidad sustancial de la democracia en sí, bajo un contexto en el que la competitividad ha dejado de ser exclusivamente la “fórmula mágica” de la ciencia económica para serlo ahora de la ciencia jurídica (Monereo, 2014, pp. 146-147).

### **1.3.2.3. La deslegitimación de lo colectivo**

Finalmente, la competitividad como la dinámica por defecto de interrelación entre humanos ha provocado una preferencia de los intereses individuales sobre los colectivos y, en última instancia, una crisis del fenómeno sindical. En el marco del mencionado análisis económico del derecho, el sindicato es percibido ahora como un tercero, ajeno al control del empresario, que desafía el poder de este último para establecer libremente las condiciones de su centro de trabajo, o -en el mejor de los casos- como un colectivo destinado a legitimar los ajustes peyorativos de los beneficios sociales respecto de una crisis económica cada vez más continua (Gianibelli, 2006, p. 138).

Asimismo, el poder de la clase trabajadora como actor unitario ha perdido presencia por fracturas como la descolocación de las actividades productivas y de los trabajadores asociados a ellas, consecuencias del nuevo modelo de la empresa en red -a desarrollarse en el subcapítulo 1.3.3.1.- y el viraje de la economía global hacia el sector servicios. A su vez, el reconocimiento de colectivos distintos al obrero -tales como personas con discapacidad, infantes o consumidores- ha provocado que la identificación de los trabajadores como clase se desdibuje (de Cabo, 2014, pp. 63 y 69). Peor aún, entre los trabajadores se ha introducido una “lucha hobbesiana” que ha hecho resurgir su “maldad natural” (Meguira, 2006, p. 150) y que justifica discursos de discriminación contra trabajadores de otras empresas<sup>79</sup>, trabajadores

---

<sup>78</sup> Por eso coincide Canessa en que los derechos laborales están en mejor posición de afrontar los efectos de la globalización (2009, p. 356).

<sup>79</sup> O incluso contra trabajadores formalmente de distintas empresas pero que son parte de un único proceso productivo, paradigma introducido por la tercerización.

desempleados –“el pobre es pobre porque quiere”<sup>80</sup>- y contra trabajadores migrantes, escenario último palpable tras el éxodo venezolano del siglo XXI.

Por consiguiente, si la bandera del Estado de la posguerra fue el pluralismo social e institucional como mecanismo ampliación de la base social del primero, la globalización ha dado paso a un individualismo que ha cuestionado dicha participación y ha fragmentado el mensaje sindical, con consecuencias negativas para su accionar como contrapeso ante el poder del empresario. El neoliberalismo ha depositado la asunción del riesgo del negocio en el trabajador, quien se ha convertido en un “empresario del yo” que decide invertir en su propio futuro, lo que ha eliminado a fin de cuentas la distinción entre proletariado y burguesía (Arias, 2019, pp. 229-230). No sorprende entonces la afirmación de una de las grandes impulsoras de esta corriente, Margaret Thatcher, en 1987: “la sociedad no existe, solo existen individuos y familias”<sup>81</sup>.

### **1.3.3. La recomposición del trabajo regulado por el Estado social**

Como se mencionó en el subcapítulo 1.1, el derecho del trabajo es una categoría cultural enmarcada en la prestación de trabajo asalariado y surgida en un escenario de preponderancia del modelo de producción capitalista industrial<sup>82</sup>. En esta relación jurídica arquetipo, la noción de empresa se configuró como el ámbito espacio-tiempo por excelencia para la confluencia de los poderes del empleador y los derechos del trabajador, puesto que esta entidad centralizaba y controlaba las distintas actividades que eran parte del ciclo productivo de bienes y servicios,

---

<sup>80</sup> Sobre el particular, profundiza Bauman (citado en Arias 2019, p. 233) que estar desempleado equivale ahora a pertenecer a una subclase prescindible, “destinado al basurero del ‘progreso económico’, un progreso que, en última instancia, se reduce a realizar el mismo trabajo y conseguir idénticos beneficios, pero con menos personal y ‘costes laborales’ inferiores”.

<sup>81</sup> “*There is not such thing as society*”, “*there are [just] individual men and woman and there are families*” (entrevista para *Woman’s own* en 1987, complementada con su autobiografía *The Downing Street Years* de 1993).

<sup>82</sup> Ello explica, a su vez, que los primeros convenios internacionales de trabajo hayan sido aprobados para regular las labores en la industria: Convenio 1 sobre las horas de trabajo (industria), el Convenio 5 sobre la edad mínima (industria) y el Convenio 6 sobre el trabajo nocturno de los menores (industria).

además de contar con una gestión autónoma y jerárquica (Valdés citado en Guerra, 2024, p. 384).

Empero, a partir de la década de los setenta, este modelo empezó a ser cuestionado con motivo de su escasa compatibilidad con un nuevo paradigma de competencia empresarial en el que la apertura al comercio internacional ha impulsado a los empleadores a conseguir una mayor capacidad de reacción o adaptación a las alteraciones del mercado, los recursos disponibles y la movilidad de los trabajadores. La revolución tecnológica y su impacto en la conectividad global han acelerado estas transformaciones, en un panorama en el que “la capacidad de adaptación es hoy uno de los elementos, quizás el más importante, sobre el que radica el éxito económico de las empresas” (Gorelli, 2007, p. 20). Lamentablemente, este nuevo orden mundial también se ha caracterizado por excluir de la concentración del capital a las economías en desarrollo, cuya masa obrera ha empezado a formar parte de un “ejército de trabajadores excedentes” (Arce, 2004<sup>a</sup>, p. 141).

Por ello, dada la *función histórica* del derecho del trabajo, se torna imperativo el análisis de los siguientes escenarios laborales a fin de determinar su *contenido institucional*, esto es, la interpretación de dicho equilibrio a la luz del contexto del proceso globalizador: la aparición de la empresa red, las nuevas tecnologías y el trabajo informal.

### **1.3.3.1. La empresa en red<sup>83</sup>**

A través una concepción especializada de las tareas para incrementar la productividad en serie, el modelo clásico *taylorista* disoció dentro de la gran empresa el proceso de trabajo de las capacidades de sus trabajadores, es decir, separó la concepción de la tarea de su ejecución y usó “el monopolio de los conocimientos” para controlar a detalle el proceso de trabajo y su ejecución. Si bien el trabajador se volvió homogéneo y fungible, la optimización del rendimiento del trabajador bajo la dirección científica del empleador contribuyó al éxito de este modelo (Arce, 2008<sup>a</sup>, pp. 33 y 34) en la época de oro del Estado social.

---

<sup>83</sup> Término que proviene de Albert Recio (Sanguinetti, 2013, p. 179).

No obstante, en el descrito contexto de competencia empresarial -y frente a otras alternativas a este esquema industrial de fabricación en masa<sup>84</sup>-, empezó a adquirir protagonismo el fenómeno organizacional de la descentralización productiva. Por medio de este, la empresa a cargo del proceso productivo decide no realizar por su cuenta ciertas fases de elaboración del bien final de consumo y opta, en su lugar, por encargarlo a otras empresas o personas naturales, con quienes suscribe acuerdos de colaboración de diversa índole (Cruz, 2009, pp. 19 y 20)<sup>85</sup>. Por consiguiente, si el *taylorismo* perfeccionó la técnica de desintegrar verticalmente el ciclo productivo, pero sin trasladarlo hacia el exterior -“descentralización intraempresarial”-, la descentralización productiva plantea el recurso a otras empresas para delegar estas fases concretas de la producción -“descentralización interempresarial”-. La gran empresa deja de esta forma su “corporeidad fabril” para convertirse en una “entidad articuladora de prestaciones” (Garmendia citado en Sanguinetti, 2013, p. 222)<sup>86</sup>, que no es sino “la manifestación acaso más relevante y rica de los nuevos escenarios que ofrece el sistema de relaciones laborales” (Palomeque, 2018, p. 7).

A todo esto, la crisis de la gran empresa vertical -demasiado rígida para adaptarse al nuevo panorama competitivo- no se explica únicamente con los factores citados *supra*. Poseen también mérito la “renovación de la tecnología contractual” (Goldín, 2018, p. 26), esto es, el paso de figuras contractuales clásicas -como el contrato de arrendamiento de servicios y el de agencia- a una gama de nuevas fórmulas contractuales -por ejemplo, el contrato de franquicia, *factoring*, entre otros- a manera de alternativas para el aprovechamiento del trabajo por cuenta ajena. Adicionalmente, la innovación tecnológica en el campo de las comunicaciones hizo posible el

---

<sup>84</sup> Fernández y Gauthier (1997, p. 382) destacan tres opciones alternativas: i. producir solo lo solicitado y en el tiempo solicitado (*just in time*) en vez de producir por si acaso a través de la acumulación de grandes stocks (*just in case*), ii. programas de calidad total (TQM) para enfocarse en la calidad de cada etapa de la producción en vez del control de calidad al final del ciclo y iii. El management participativo, basado en la motivación de los trabajadores para lograr su involucramiento con la empresa y, en consecuencia, el aumento de la productividad.

<sup>85</sup> Entre esos mecanismos jurídicos podemos mencionar al teletrabajo, el trabajo autónomo, el trabajo en red, los grupos de empresa y, por supuesto, la subcontratación.

<sup>86</sup> Ciertamente, la empresa en red “no es la única opción estratégica [para el empleador], pero sí la más fácil”: la empresa puede optar aún por la búsqueda de capacidades de innovación y personal altamente calificado (Ojeda, 2010, p. 79).

control de eslabones de producción de manera remota, sin que se pierda el control del proceso, ahora globalmente coordinado (Sanguinetti, 2016, pp. 2-3)<sup>87</sup>. Nacen así las cadenas mundiales de producción y suministro, sujetos típicos del fenómeno globalizador.

### **1.3.3.2. Las nuevas tecnologías**

Desde su concepción, los cambios tecnológicos han jugado un rol fundamental en la evolución del derecho del trabajo. La revolución industrial dio luz a una “primera modernidad” caracterizada por un sistema homogéneo y estático entre burguesía y proletariado y que terminó por dar origen a la llamada cuestión social. Es, sin embargo, con la aparición de las actuales tecnologías de la comunicación y la información (TIC) que somos testigos de un segundo momento de modernidad, con una velocidad de innovación sin par y ahora asentado sobre conceptos promocionados como el individualismo, el consumismo y la flexibilidad (Fernández, 2018, p. 1)<sup>88</sup>.

Bajo ese panorama, el *cibercapitalismo*<sup>89</sup> ha sido el “caldo de cultivo” ideal para un modelo económico de plataformas digitales que intenta huir del derecho del trabajo bajo el manto de una mera intermediación entre clientes y prestadores de servicios. Lo que olvidan sus impulsores es que, a diferencia de una “economía colaborativa”, empresas con fines de lucro como Uber y Rappi no solo intermedian, sino facilitan el servicio y, lo que es más relevante, organizan el modo de prestación del servicio. Peor aún, su sistema productivo que supone una multitud de prestadores “autónomos” de microtarefas ha traído como consecuencia precariedad, inestabilidad y desprotección para sus involucrados. Se llega así a “una verdadera y absurda situación de autoexplotación” (Gorelli, 2019, pp. 84 y 86).

Ahora, pese a que desde la doctrina ya se propone un nuevo concepto de trabajador y un análisis de los indicios de laboralidad en este nuevo sistema productivo posindustrial<sup>90</sup>, distinto es el caso

---

<sup>87</sup> “Taylor y Ford devienen obsoletos en la era digital”, afirma con crudeza Albuquerque (2019, p. 41).

<sup>88</sup> Y es que, como añade Arce (2004b, p. 51), la creación de mercados nacionales libres y abiertos no se trata de una simple adaptación a la crisis económica, sino de “una transformación que ha de transportar a una nueva “era” postindustrial”.

<sup>89</sup> A propósito, Natalia Radetich lo llama “Cappitalismo”.

<sup>90</sup> Sobre el particular, ver Gorelli (2019, pp. 99-105).

de la automatización del empleo, proceso que ha continuado reemplazando trabajadores en industrias clave como el transporte y la manufactura y ha significado la paulatina desaparición de profesiones tradicionales como la traducción y el periodismo. En supuestos como el descrito, las políticas públicas deberían centrar su atención en la promoción de profesiones con poca susceptibilidad a la automatización, en especial aquellas vinculadas a la informática.

La automatización también se ha manifestado en la misma gestión laboral de la empresa, al punto que ya se habla de una “dirección algorítmica” que, por medio de la inteligencia artificial, selecciona a trabajadores, evalúa su rendimiento e incluso toma decisiones en cuanto a la terminación de su vínculo laboral. Dado que es un sistema que se alimenta de los patrones identificados en sus bases de datos, la inteligencia artificial no se encuentra libre de sesgos y puede derivar en situaciones discriminatorias o estereotipadas en función de la edad, género u otros factores<sup>91</sup>. La adopción de principios como el de transparencia algorítmica, responsabilidad humana de las decisiones y *pro homine* son el punto de partida para el uso ético y justo de la tecnología en entornos laborales (Nájar, 2025, pp. 177-183).

### **1.3.3.3. El trabajo informal**

Hasta este punto, se ha intentado realizar una descripción homogénea de los cambios experimentados por los países de la economía globalizada por mor del nuevo paradigma productivo e informático. Mal se haría, empero, en omitir la participación de otros factores -como el desarrollo económico interno, la dinámica local entre capital y trabajo e incluso la cultura nacional- que, si bien no contradicen el modelo en mención, sí constituyen “puntos de fricción” que condicionan su recepción concreta en una determinada sociedad (Arce, 2004b, pp. 52-54).

Uno de esos factores importantes es la posición relegada de los países en vías de desarrollo para la captación de la inversión global y la creación de suficientes puestos de trabajo formales. Ante ello, la mano de obra excedente se ve obligada a buscar empleo por sus propios medios con fines de subsistencia. De esta manera, el sector informal -que a su vez coexiste con el sector formal- no constituye un simple problema de “costo excesivo de la formalidad”, como lo cataloga

---

<sup>91</sup> Recuérdese que las computadoras y los algoritmos no poseen capacidades semánticas. La informática, en realidad, funciona en un nivel meramente sintáctico (Aguiló, 2024, p. 114).

De Soto -escuela legalista-. Es, en realidad, un “problema estructural del capitalismo” que demuestra su incapacidad de ofrecer empleos decentes para la supervivencia del proletariado -escuela estructuralista- (Arce, 2004a, pp. 141-142).

No se pretende olvidar, por cierto, que la informalidad también se ocasiona por la voluntad de no regirse por las normas existentes con el objetivo de obtener mayor rentabilidad -escuela voluntarista-<sup>92</sup>. En la gran empresa, por ejemplo, el 9% de su fuerza laboral no cuenta con un contrato laboral dependiente, sea indeterminado o a plazo fijo, y a ello contribuye la débil o nula fiscalización laboral (Cuadros, 2025). No obstante, en el caso de las microempresas, en donde la informalidad llega a niveles de 90%, la baja productividad del sector perpetúa la exclusión de la masa trabajadora, por lo que políticas centradas en la reducción de beneficios laborales continúan teniendo mínimo efecto con miras a su formalización<sup>93</sup>.

A todo esto, la concepción estructuralista de la informalidad no debe ser óbice para la reducción de sus efectos nocivos. Desde el ámbito local, se requiere un mayor rol promotor de la productividad de las micro y pequeñas empresas mediante la simplificación de procedimientos administrativos y servicios de desarrollo empresarial como el financiamiento, la capacitación y la asistencia técnica. De otro lado, la fiscalización laboral -con miras a la desaparición de la informalidad fraudulenta- debe ser fortalecida en cantidad y calidad, además de su focalización

---

<sup>92</sup> Dicho supuesto constituye lo que se conoce como fraude de ley y será objeto de estudio en el subcapítulo 3.1. A propósito, la desconfianza en la labor del Estado -consecuencia del individualismo descrito *supra*- también contribuye a la concepción de los tributos como una carga sin mayor contraprestación.

<sup>93</sup> Inclusive, en el sector de la microempresa, la formalización termina beneficiando a empleadores que mediante el fraude optaron por incumplir las normas laborales, mientras que, para el caso de los trabajadores autónomos, el recargo de impuestos puede poner en riesgo su supervivencia, máxime si emergen nuevos informales que ejercerán una competencia desleal sobre los primeros (Arce, 2004a, p. 155-156).

en las particularidades de los sectores informales en nuestro país (Cuadros, 2020c, pp. 146-147)<sup>9495</sup>.

### **1.3.4. La búsqueda de respuestas ante el nuevo escenario**

La globalización, qué duda cabe, ha alterado el conflicto matriz del capitalismo entre capital y trabajo. Aquel pacto político-social nacido para incorporar a los trabajadores al sistema capitalista y alejarlos de la amenaza bolchevique ha fracasado producto de las transformaciones estructurales abordadas. El capital internacional, más fuerte que nunca, ha impuesto sus condiciones sobre los Estados-nación y estos, ante la presión de la competitividad global, han optado por degradar los niveles de tutela hacia sus trabajadores en la búsqueda de la ansiada flexibilidad que, opuesta a la “rigidez laboral”, se presenta como la panacea a la crisis. Los trabajadores, transformados en consumidores de bienes producidos en serie, han terminado financiando a un Estado que subvenciona las necesidades estructurales de la burguesía.

Bajo el nuevo panorama, la volatilidad de los mercados se asume como congénita al sistema económico y no como resultado de un mal manejo económico, mientras que la competitividad internacional se conduce a la mera reducción de derechos laborales y la existencia de nuevas demandas responde más a una propaganda consumista antes que generadas autónomamente (Recio citado en Quiñones, 2012, p. 314). La consecuencia última de este discurso dominante es el traslado del riesgo económico de la actividad productiva hacia el trabajador, en contra del postulado originario del derecho del trabajo que lo deposita en el empleador por consistir la relación laboral en una promesa de actividad y no de resultado. En suma, se ha producido una

---

<sup>94</sup> Desde el ámbito internacional, cobra importancia la Recomendación sobre la transición de la economía informal a la economía formal (núm. 204), de 2015, y que ofrece herramientas y criterios para la adaptación de las políticas de empleo nacionales a los objetivos de creación de empleo decente formal.

<sup>95</sup> En un importante análisis de la contratación y subcontratación informales en el denominado emporio comercial de Gamarra, Galicia (2019, p. 85) concluye que la ausencia de regulación estatal de las redes de colaboración empresarial contribuye también a la persistencia de la informalidad laboral.

“inversión de valores” que la doctrina ha denominado la *deconstrucción* del derecho del trabajo y que consiste en la revisión o desmontaje de las instituciones sobre las que descansa<sup>96</sup>.

Al respecto, resulta paradójico que, mientras más debilita la globalización a las instituciones del Estado social como el derecho del trabajo, más se requiere la intervención de estas para disminuir el riesgo de una nueva “cuestión social”, aunque distinta a la del siglo XIX<sup>97</sup>: la fragmentación contemporánea de la clase trabajadora la ha transformado en una cuestión clasista antes que obrera. Lamentablemente, en un mundo unipolar tras el colapso del bloque soviético, resultaría suicida para los Estados tanto optar por conservar sus legislaciones laborales sin considerar la nueva realidad económica y social, así como permitir su desmantelamiento en una competición entre sistemas sociales a modo de espiral descendente (Sanguineti, 2013, p. 437)<sup>98</sup>, bajo pena de deslegitimar materialmente a la democracia<sup>99</sup>.

En este triunfo del mercado global sobre los gobiernos, es importante considerar que las respuestas para afrontar los retos del nuevo contexto deben abandonar el ámbito local de los países para poseer también un alcance internacional. En efecto, si la globalización ha sido un proceso construido con la venia de los países desarrollados, son dichas potencias mundiales las llamadas a volver a ejercer control sobre el proceso de globalización, dada la tendencia natural

---

<sup>96</sup> Sanguineti (2002, pp. 112-148) identifica tres estrategias de adaptación a la nueva situación: i. la propuesta desreguladora y la tendencia a la individualización de las relaciones laborales, ii. El modelo de *laissez-faire* colectiva y la estrategia de la flexibilidad y iii. La revisión del patrimonio normativo del derecho del trabajo, que busca sustituir todas aquellas regulaciones que impidan o dificulten “más allá de lo razonable” una adaptación empresarial a los constantes cambios en el contexto de la empresa. Esta última es la opción adoptada por nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>97</sup> En ese sentido, sostiene Rojas que “en ningún caso la acción legislativa puede dismantelar el núcleo esencial del acuerdo social sobreentendido, so pena de privar al cuerpo jurídico laboral de su función legitimadora primaria” (2014, p. 269).

<sup>98</sup> Así lo estableció el Preámbulo de la Constitución de la OIT, cien años atrás: “si cualquier nación no adoptase un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que desearan mejorar la suerte de los trabajadores de sus propios países”.

<sup>99</sup> Para Monereo, toda vez que el Estado social se ha convertido en un “Estado de la competencia económica”, estamos privando a la democracia de su legitimación sustancial que no es otra cosa que la garantía de derechos (Villavicencio, 2012, p. 19).

del capitalismo de maximizar el rendimiento y el beneficio sin importarle la calidad de vida de las personas.

Conseguir gobernar el proceso globalizador implicará, en primer lugar, el establecimiento de instituciones internacionales que permitan compensar la pérdida de protagonismo de los Estados-nación sobre el capital transnacional. Sobre este punto, los convenios internacionales de la OIT fueron durante la época de oro del Estado social un esfuerzo importante hacia el establecimiento de una red normativa de alcance global. No obstante, el actual contexto plantea mayores retos que exigen la actuación de un derecho internacional del trabajo con más efectividad y que contrasta con una organización que fracasó en la adopción de un convenio internacional del trabajo sobre la subcontratación, lo que demuestra que el tripartismo que fue objeto de aplauso hace unas décadas puede convertirse también en un escollo.

Frente a lo expuesto, una iniciativa de especial interés lo constituyen las “cláusulas sociales” de los acuerdos comerciales internacionales que condicionan ventajas comerciales al respeto de un piso mínimo de derechos, entre los que se encuentran los laborales. Eso sí, resulta irónico que, ante la ineficacia de los instrumentos internacionales, se termine recurriendo a las técnicas del mercado para garantizar el principio de que el trabajo no es una mercancía, lo que Ermida denomina “fabricar una vacuna a partir del propio virus” (2003, p. 16). Adicionalmente, los códigos de conducta se constituyen a modo de expresión de la “despolitización de las reglas sobre las relaciones de trabajo” y la debilitación de su fundamento y legitimidad democráticas (Merino, 2006, p. 175)<sup>100</sup>.

En segundo término, nuestra disciplina de estudio deberá ser fiel a su “proyección universal” - Barbagelata *dixit*- y acoger en su seno a las modalidades de trabajo que han irrumpido con el modelo de empresa red, la revolución tecnológica y la fragmentación de los grupos partícipes de la cuestión social. Tómese como ejemplo a las personas que son víctimas del desempleo estructural y no voluntario, los trabajadores independientes y aquellos trabajadores periféricos con condiciones precarias de empleo. El objetivo será entonces un “derecho del y para el trabajo global” que busque proteger a este tipo de labores en la medida que detrás del mismo se

---

<sup>100</sup> Incluso, Ermida observa que muchas veces estos instrumentos responden más a una estrategia de imagen por encima de la preocupación sobre los derechos sociales (2003, p. 18).

encuentra un ser humano (Rosenbaum, 2022, pp. 32-33). Se trata, en definitiva, de la obligación del derecho de “inventar un nuevo concepto de derecho social” (Arce, 2004a, p. 157).

Desde el lado colectivo, el sindicato deberá recomponer su identidad -mediante mecanismos como la negociación colectiva por rama de actividad- para regresar a ser un sujeto activo en el gobierno de las relaciones laborales y dentro de la democracia en su conjunto. Por consiguiente, el derecho del trabajo debe reconducir la globalización hacia un mundo con justicia social que, de acuerdo con Supiot, combine una dimensión axiológica -basada en la dignidad y los derechos humanos que la respaldan- y una dimensión procesal proveniente del conflicto entre capital y trabajo que dé luz a medidas de derecho, a las que hay que añadir la ya mencionada dimensión de justicia del comercio internacional, la de justicia en las alianzas económicas y la de justicia en la organización del trabajo (Villavicencio, 2018, p. 390).

Lo expuesto no significa que las respuestas ante el fenómeno globalizador serán exclusivas del ámbito supranacional. Desde el fuero local, se requerirá desterrar el enfoque que plantea la reducción de los costos laborales no salariales como única vía para la mejora de la competitividad de las empresas. Y es que, como bien explica Cuadros, esta opción no es idónea pues no se puede aplicar indefinidamente, además de cargar el costo del crecimiento de la empresa sobre los trabajadores y reducir su poder adquisitivo. En cambio, una política de inversión en capital tecnológico y humano generaría beneficios para ambos actores sociales, ya que permitiría reducir los costos laborales unitarios de la compañía y potenciaría el valor de los trabajadores en vez de degradarlos<sup>101</sup>. El objetivo, a fin de cuentas, es competir por productividad y calidad en lugar de competir frente a gigantes como India o China por menores costos laborales (2020b, pp. 62-68).

Como refiere Ferrajoli, se deben conceptualizar a los derechos sociales como una necesidad social cuya satisfacción es motivo de la existencia del Estado; es decir, como parte constructiva de un desarrollo que debe ser algo más que la mera acumulación de capital y la eficaz asignación de recursos (Sanguineti, 2013, p. 441). Ante las olas desreguladoras experimentadas por los países de la región desde la década de los noventa, corresponderá que nuestra rama jurídica

---

<sup>101</sup> Recordemos que el costo laboral por bien producido se obtiene de dividir el costo por trabajador (la suma de sus costos salariales y no salariales) entre el producto del trabajador (Cuadros, 2020b, p. 64).

encuentre su norte en los principios de nuestra rama de estudio, muchos de ellos contenidos en el capítulo de derechos fundamentales de los textos constitucionales. De esta manera, será el Estado constitucional el que permitirá la reconstrucción parcial del derecho del trabajo para reafirmar su función protectora y una ciudadanía social globalizada -en los términos del subcapítulo 1.2.3.-<sup>102</sup>, tarea que en nuestro país ha estado a cargo del Tribunal Constitucional.



---

<sup>102</sup> Justamente, dado que la Constitución es el punto de convergencia de los distintos intereses sociales, su interpretación debe brindar cohesión social en un horizonte cada vez más fragmentado y diversificado (Arce, 2004b, p. 73).

#### 1.4. La reconstrucción parcial del ordenamiento laboral peruano

Como se ha tenido oportunidad de abordar, en Europa la génesis del Estado social respondió a un compromiso entre economía de mercado y justicia social, a un encuentro entre liberales, conservadores y socialdemócratas que en el siglo XIX parecía imposible (Asensi, 2014, p. 30). Tras el fin de la primera guerra mundial, el nuevo equilibrio de fuerzas europeo ocasionó un pacto entre capital y trabajo para la legitimación y reproducción del sistema burgués, acuerdo que traspasó las fronteras del ordenamiento laboral para involucrar la implementación de un nuevo modelo de Estado<sup>103</sup>.

Por el contrario, en América Latina el panorama hasta inicios del siglo XX fue de proliferación de Estados oligárquicos caracterizados por la falta de correspondencia entre los postulados de sus constituciones y el actuar antidemocrático de la oligarquía criolla sobre los sectores populares, herencia de la época colonial española. De ahí que el texto constitucional de Querétaro de 1917, pionero en interrumpir esta tendencia, no nació como consecuencia del pacto europeo entre capital y trabajo, sino que fue más bien impuesto por campesinos y trabajadores a la burguesía terrateniente en un contexto de guerra civil. Lastimosamente, esta asonada social no tuvo trascendencia regional y, más allá de la Constitución chilena de 1925 -que dejó de aplicarse tras el golpe de Estado pinochetista-, no existieron procesos de corte social y democráticos con cierto grado de continuidad en la región (Viciano y Durand, 2014, pp. 99 y 100)<sup>104</sup>.

Y es que, si bien experiencias como el velasquismo en el Perú (1968-1975) y la revolución de Getúlio Vargas en Brasil (1930) introdujeron una carga social similar a la mexicana, el modelo de Estado social es viable únicamente en democracia, ya que solo en ese contexto es posible el consenso entre los actores sociales para el proceso de políticas subyacente a este modelo de

---

<sup>103</sup> Con la emergencia de la Unión Soviética como superpotencia en 1945, el Estado social se convirtió en el modelo hegemónico de Europa occidental, motivado por el deseo de estabilidad en la región, la evitación de fenómenos entreguerras como el desempleo, un crecimiento económico sin precedentes y la aplicación de políticas keynesianas para la elaboración de políticas públicas (Sánchez, 2014, p. 45).

<sup>104</sup> Gran parte de esta falta de continuidad se debió al intervencionismo de los Estados Unidos en lo que consideraba su "patio trasero".

Estado (Sánchez, 2014, p. 43). Justamente, la aparición de estos movimientos revolucionarios de corte izquierdista descansó sobre el desinterés de las oligarquías latinoamericanas de establecer un pacto con los sectores populares<sup>105</sup>, lo que provocó que la cláusula de Estado social recogida en nuestros textos constitucionales continuase operando como una declaración nominal condicionada por fenómenos como la corrupción, el clientelismo y, más recientemente, el neoliberalismo.

#### **1.4.1. El Estado constitucional en el régimen constitucional peruano**

En lo que respecta al régimen constitucional peruano, coincide Ochoa en que nuestros cambios constitucionales en el siglo XX obedecieron más a eventos políticos que a transformaciones en la estructura socioeconómica de la nación producto de un acuerdo inexistente entre burguesía y proletariado (2020, p. 104).

En efecto, la Constitución de 1920, primera en acoger las ideas del modelo de Estado social, consagró algunos derechos laborales como el salario mínimo (artículo 47), la indemnización de los accidentes de trabajo (artículo 48), la remisión legal de la regulación de la organización y seguridad del trabajo (artículo 47), y el fomento de las instituciones de previsión y seguridad social (artículo 56). Con relación a la reformulación de los derechos clásicos, impuso límites y restricciones para la propiedad (artículo 40) y la libertad de comercio e industria (artículo 45). No obstante, pese a la influencia de la revolución mexicana y sucesos locales como la huelga de obreros de 1918 por la jornada de ocho horas, no hay que perder de vista que esta Constitución fue ante todo un instrumento legitimador del golpe de Estado *leguista* de 1919 que, asimismo, eliminó la prohibición de reelección del texto constitucional de 1860 (artículo 113).

Tras el colapso del oncenio, la Constitución de 1933 mantuvo su aproximación al modelo de Estado social con una notoria influencia de los textos de Weimar y Querétaro. Prueba de ello es la conservación de la facultad del Estado de establecer limitaciones a la libertad de comercio e

---

<sup>105</sup> Ejemplo de ello son los intentos fallidos para la implementación de una necesaria reforma agraria en la década de los sesenta en el Perú.

industria (artículo 40) y la consagración de la función social de la propiedad (artículo 34)<sup>106</sup>. En cuanto a las normas de corte laboral, fue pionera en reconocer a la negociación colectiva (artículo 43), además de prohibir en el contrato de trabajo toda disposición en contra del ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales (artículo 44). Entre sus demás disposiciones de avanzada se encuentra el favorecimiento de un régimen de participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas y la obligación del Estado de legislar sobre “la defensa de los trabajadores en general” (artículo 45). Finalmente, se previó la creación de un Consejo de Economía Nacional (artículo 182), conformado -entre otros- por representantes del capital y el trabajo, que lamentablemente nunca llegó a implementarse por falta de reglamentación.

No es, sin embargo, hasta la Constitución de 1979 -y el retorno a la democracia- que el Perú hizo explícita su adhesión al modelo de Estado social al proclamarse como una “república democrática y social<sup>107</sup>, independiente y soberana, basada en el trabajo” (artículo 79)<sup>108</sup>, al estilo del artículo 1 de la Constitución italiana de 1949. Con ese propósito, fundamentó su régimen económico en los “principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana” (artículo 110) y permitió la participación del Estado en actividades productivas o de servicios por causa de interés social o seguridad nacional (artículo 114). La libre iniciativa privada se garantizó en el marco de una “economía social de mercado”, por la cual el Estado reglamentó su ejercicio para armonizarlo con el interés social (artículo 115).

---

<sup>106</sup> Mediante Ley 15242 de 1964, se reformó la Constitución para establecer la expropiación por motivos de interés social en su artículo 27, norma que terminó sustentando el proceso de reforma agraria de la dictadura de Velasco en 1969.

<sup>107</sup> Es notoria la influencia del artículo 1 de la Constitución española promulgada un año atrás. Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha indicado que el término “Estado social y democrático de derecho” hace referencia a la aceptación del “compromiso de establecer, respetar y potenciar los derechos sociales y económicos de los ciudadanos basados en la solidaridad tributaria, propiciando la integración armónica entre Estado y sociedad, lo que implica la imposición de cargas sociales a los particulares y el reconocimiento de los entes intermedios entre el Estado y los ciudadanos” (sentencia recaída en el expediente 23/1983 de 25 de marzo, 18/1984 de 7 de febrero, citados ambos en de la Villa, 2014, p. 31)

<sup>108</sup> Sostuvo Andrés Townsend, constituyente coautor del Preámbulo y responsable de su “riqueza axiológica”, que “el Perú deja de ser aquella república democrática que con sequedad característica enunciaba la Constitución de 1933 para apellidarla también ‘social’” (Ochoa, 2020, p. 115).

En cuanto a la reformulación de los derechos fundamentales, la Constitución de 1979 consagró una amplia gama de derechos sociales en materia de trabajo, seguridad social, educación, salud y cultura, la mayor de nuestra historia republicana. El capítulo “Del Trabajo” proclamó a este como “fuente principal de la riqueza” y estableció la prohibición de cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad (artículo 42). En esa línea, la numeración de los derechos individuales laborales fue extensa, dentro de los que destacan el derecho de la estabilidad en el trabajo (artículo 48) y principios clásicos del ordenamiento laboral como la irrenunciabilidad de derechos, el *in dubio pro operario* (artículo 57). Asimismo, garantizó el derecho de asociación, la libertad sindical y el voto universal, rasgos típicos del pluralismo social e institucional del Estado de la posguerra (artículos 2.11, 51, 52, 54, 55 y 65) .

Lamentablemente, a pesar de que las disposiciones de ese texto constitucional buscaron construir un Estado social -aunque tardíamente-, nuestro país nunca contó con la cultura política y los recursos económicos de los países en vías de desarrollo para su implementación (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 265)<sup>109</sup>. El déficit fiscal, la crisis de la producción agraria, el terrorismo y la hiperinflación de la década perdida de los ochenta terminaron por agotar el modelo de “sustitución de importaciones” que había sido aplicado en la mayoría de los países de América Latina desde la década de 1930, hecho que terminó por reafirmar aún más nuestra condición de Estado empírico -aquel famoso calificativo de Basadre- y sentó las bases para la imposición del paradigma del neoliberalismo bajo las directrices del denominado Consenso de Washington.

Es así como, en 1993, se promulgó un nuevo texto constitucional que buscó legitimar el golpe de Estado fujimorista del año anterior y que, si bien optó por mantener la definición de república “democrática, social, independiente y soberana” (artículo 43), el contenido de la Constitución terminó -en cierta medida- por convertir al Estado social en un pleonasma similar a la

---

<sup>109</sup> Como amplían Kresalja y Ochoa, “no se sabe si fue por convicción, por ingenuidad o por evasión que la mayoría de los constituyentes adoptaron ese modelo, pero lo de lo que no cabe duda es que su letra estuvo lejos de la realidad” (2020, p. 265).

denominación del Congreso Constituyente “democrático”<sup>110</sup> que la elaboró (Ochoa, 2020, p. 125). En efecto, en lo que respecta al régimen económico, aunque se le continuó calificando como “economía social de mercado”, el Estado abandonó su rol interventor en la economía y solo permitió la actividad empresarial estatal de forma residual y con autorización expresa del Congreso (artículo 60), conforme a los postulados de la teoría económica neoliberal. Además, eliminó todo rastro de “interés social” de la Constitución anterior como limitante al derecho a la propiedad y a la libertad de empresa y más bien lo reservó para la regulación del ejercicio de la huelga (artículo 28.3)<sup>111</sup>.

Precisamente, en el campo de los derechos sociales<sup>112</sup>, la Constitución de 1993 planteó recortes cuantitativos y cualitativos en comparación con su antecesora. Póngase como ejemplo el debilitamiento del principio protector del trabajo al plantearlo ahora como “atención prioritaria” y dirigirlo hacia poblaciones vulnerables como la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan (artículo 23) o la limitación de la irrenunciabilidad de derechos para solo los beneficios reconocidos en la Constitución y la ley (artículo 26.2). En la parte cuantitativa, se optó por prescindir de la mención expresa al principio de igual remuneración por igual trabajo<sup>113</sup> y se eliminó el derecho a la estabilidad en el trabajo para sustituirlo por una remisión a la ley, la misma que debía establecer una “adecuada protección contra el despido arbitrario” (artículo 27). Finalmente, en materia sindical, además de la restricción ya mencionada a la huelga, se suprimió el derecho de los dirigentes sindicales de gozar de garantías para el desarrollo de sus funciones y se sustituyó la expresión “fuerza de ley para las partes” por “fuerza vinculante dentro del ámbito de lo concertado” para los efectos del convenio colectivo (artículo 28.2).

---

<sup>110</sup> Calificado por García Belaúnde y Planas como “el más pobre proceso constituyente de nuestra historia republicana, carente de reflexión doctrinaria” (Carrillo, 2001, p. 49).

<sup>111</sup> Al respecto, “no deja de sorprender que una constitución que se ha esforzado en borrar el concepto de “interés social” en relación con el ejercicio de las libertades económicas tradicionales, lo rescate para utilizarlo como eventual criterio restrictivo del derecho de huelga” (Blancas, 2011, p. 127).

<sup>112</sup> Era previsible que no se haya incluido a los derechos laborales dentro del capítulo de derechos fundamentales de la persona, reservado por el constituyente de 1993 para los derechos civiles y políticos.

<sup>113</sup> Cuya denominación apropiada vendría a ser “principio de igual salario por trabajo de igual valor”.

Aun así, consideramos -junto con Villavicencio (2013, p. 323)- que la mengua de los derechos sociales no logró un apartamiento total del Estado social y del modelo democrático y pluralista de relaciones laborales, toda vez que se mantuvo la consagración del trabajo como “un deber y un derecho” (artículo 22) y el reconocimiento y garantía de los derechos colectivos (artículo 28), importantes en la composición y funcionalización del conflicto entre capital y trabajo. Sin duda, hubiese sido difícil “deconstitucionalizar” los derechos laborales del ordenamiento interno, habida cuenta de su contribución a la legitimación de la norma suprema ante la sociedad y porque, en un modelo de Estado constitucional, la omisión del constituyente es suplida con la regulación del derecho internacional del trabajo -ver subcapítulo 1.2.2.-.

En realidad, la intención detrás del proceso constitucional de 1993 fue otorgar mayores cuotas de discrecionalidad al legislador a través de “disposiciones huecas” en lo referido a la regulación del derecho del trabajo. De esta manera, se pudo legitimar la ola flexibilizadora que había sido implementada desde inicios de la década de los noventa por la dictadura fujimorista y que vendría a reemplazar al opuesto régimen laboral decretado por la autocracia anterior, el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas.

#### **1.4.2. El proceso de flexibilización laboral fujimorista**

La promulgación de la Constitución de 1979 planteó la necesidad de reformar la legislación laboral militar -impuesta desde el Estado sin diálogo con los interlocutores sindicales- en la búsqueda de mayores márgenes de decisión para los actores sociales, especialmente en el plano colectivo (Quiñones, 2012, p. 325). Sin embargo, no fue sino hasta la crisis económica generalizada del gobierno aprista y el proceso de globalización que la reforma laboral se formuló también desde la perspectiva económica, ahora con la bandera neoliberal del movimiento “Libertad” liderado por Mario Vargas Llosa para las elecciones de 1990.

Tras hacerse del poder, Alberto Fujimori hizo suyos esos planteamientos y, a través de numerosos decretos legislativos<sup>114</sup>, inició una reforma laboral profusa<sup>115</sup> que involucró tanto las relaciones individuales y colectivas del trabajo como la administración del trabajo, la seguridad social y el derecho procesal del trabajo. La deuda histórica de una reforma consensuada con los actores sociales -que hubiese colocado al sujeto sindical como contrapeso ante los nuevos espacios cedidos por la intervención estatal- fue olvidada ante una “receta neoliberal”, basada en las ideas de Von Hayek y Friedman, que significó la reducción de la protección estatal del trabajador estatal hasta el límite de lo políticamente posible y la limitación de la actuación sindical bajo el mismo estándar (Ermida, 2009, p. 410).

El derecho al trabajo, en su calidad de soporte sobre el que se erige gran parte de la eficacia del ordenamiento laboral y su capacidad de mejora (Villavicencio, 2013, p. 310), fue naturalmente uno de los objetivos de la reforma desreguladora fujimorista. En lo que respecta a la estabilidad de entrada, la Ley de Fomento del Empleo -Decreto Legislativo 728- estableció un abanico de nueve modalidades de contratación temporal y, en el caso del contrato por inicio o incremento de actividades, legitimó la contratación temporal para necesidades empresariales de carácter permanente, en claro desafío al principio de causalidad que formalmente garantiza la norma<sup>116</sup>. Si a ello se añade que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) abandonó su rol contralor de estos contratos para encargarse únicamente de su registro y posterior inspección, no sorprende que el vínculo indefinido haya dejado de representar el 68% de la contratación

---

<sup>114</sup> Entre esas normas podemos citar la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (Decreto Legislativo 650), Ley de Promoción de la Inversión Privada en las Empresas del Estado (Decreto Legislativo 674), Ley de creación del Sistema Privado de Salud el cual tendrá carácter de complementario al sistema administrado por el IPSS (Decreto Legislativo 718), Ley de creación del Sistema Privado de Pensiones complementario al Sistema Nacional de Pensiones a cargo del IPSS (Decreto Legislativo 724), Ley de Fomento del Empleo (Decreto Legislativo 728) y Ley Marco para la crecimiento de la Inversión Privada (Decreto Legislativo 757).

<sup>115</sup> “La más desreguladora, flexibilizadora y abarcativa del continente”, en palabras de Villavicencio (2022, p. 901).

<sup>116</sup> Ciertamente, nada obsta a que, en el marco de la contratación por inicio o incremento de actividades, el empleador arguya que el trabajador ha iniciado una nueva actividad empresarial, sin importar si la misma es temporal o permanente. Para un estudio completo de la contratación temporal en el Perú recomendamos revisar Arce (2008a, pp. 157-240).

laboral en 1990 para significar solo el 30% en abril de 2025, mientras que el temporal pasó correlativamente del 32% en 1990 al 62% en abril de 2025<sup>117</sup>. Se configuró, así, como la principal forma de contratación laboral en el Perú.

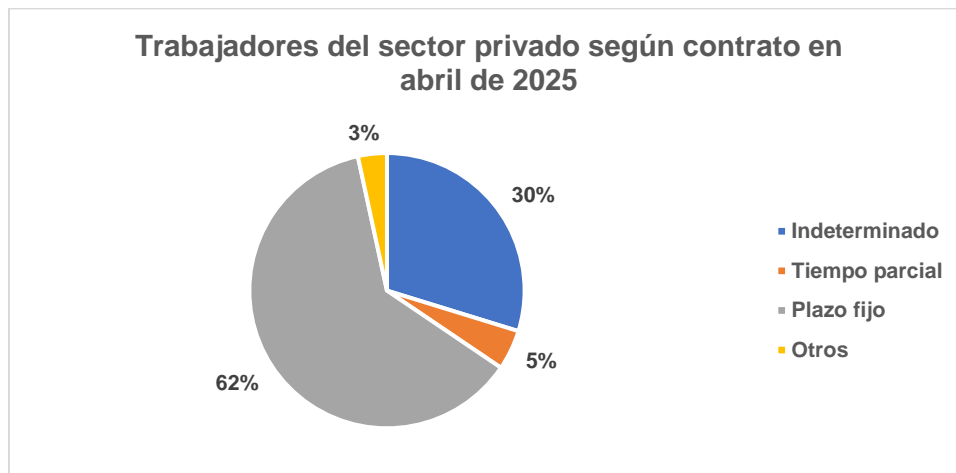


Gráfico 3. Fuente: MTPE. Elaboración propia.

Constituye una de las consecuencias de este fenómeno la brecha de ingresos entre trabajadores que, pese a pertenecer a un mismo grupo ocupacional, han sido contratados bajo contratos a plazo indeterminado y a plazo fijo. Ello ha llevado a Cuadros y Sánchez a concluir que los empresarios estarían utilizando los contratos sujetos a modalidad para aumentar su poder de negociación con el trabajador a la hora de renovar los contratos, con la finalidad de “i. acordar menores salarios con el objeto de reducir rápidamente los costos laborales ante fluctuaciones negativas de la demanda [...] y ii. trasladarle el costo de posibles incrementos en los costos laborales no salariales a través de reducción en las remuneraciones [...]” (2020b, pp. 97-98).

De manera similar, la Ley de Fomento del Empleo devaluó la reposición como mecanismo de reparación frente al despido, en clara vulneración de la estabilidad de salida. Para ello, facultó al juez para que ordene el pago una indemnización cuando la reposición no fuese conveniente de acuerdo con las circunstancias, lo que significó la prevalencia del acto jurídico del empleador

---

<sup>117</sup> Los datos del año 1990 fueron obtenidos de la tesis de maestría en Relaciones Laborales de Manuel Saavedra, “Los determinantes del trabajo a tiempo parcial en el Perú: el caso de Lima Metropolitana en 2008”, citada en Tostes y Villavicencio (2012, p. 368).

sobre el derecho del trabajador. Además, contrastó con los objetivos fijados por la Ley Autoritativa 25327, que delegó facultades legislativas al Ejecutivo para “promover el acceso masivo al trabajo de conformidad con los artículos 42<sup>118</sup> y 43 de la Constitución” y crear nuevas oportunidades de empleo “respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral y los derechos adquiridos por los trabajadores” (artículo 1)<sup>119</sup>.

Cuatro años después, ya con el nuevo texto constitucional que habilitaba al legislador para que determine la adecuada protección contra el despido arbitrario, la mayoría fujimorista dictó la Ley 26513, norma que estableció a la indemnización como única reparación frente al despido sin expresión de causa. Se consagró entonces un modelo de despido libre indemnizado<sup>120</sup> que permitió la masificación de despidos inmotivados con consecuencias catastróficas para la clase trabajadora peruana, toda vez que el empleador tenía ahora el poder de despedir o no renovar el contrato de trabajo de los afiliados al sujeto colectivo. No sorprende, pues, que en los tres años posteriores a la reforma de 1995 las cancelaciones sindicales duplicaran a las inscripciones y la tasa de afiliación sindical en 2000 se haya reducido a la séptima parte de lo que representaba en 1990.

---

<sup>118</sup> Interesa destacar el extremo del numeral en mención que señala “Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que [...] protejan [a los habitantes de la República] contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones”.

<sup>119</sup> El Tribunal de Garantías Constitucionales ya había declarado la inconstitucionalidad de los Decretos Legislativos 650 y 674, en el extremo referido al efecto cancelatorio de los pagos adelantados por concepto de compensación por tiempo de servicios. El golpe de Estado de 1992 impidió que esa instancia continué pronunciándose sobre el resto de la reforma laboral fujimorista.

<sup>120</sup> Blancas lo denomina “despido pagado” y añade que denota un poder del empleador para despedir solo con condicionantes pecuniarios y sin que constituya una facultad excepcional (2022a, p. 161).

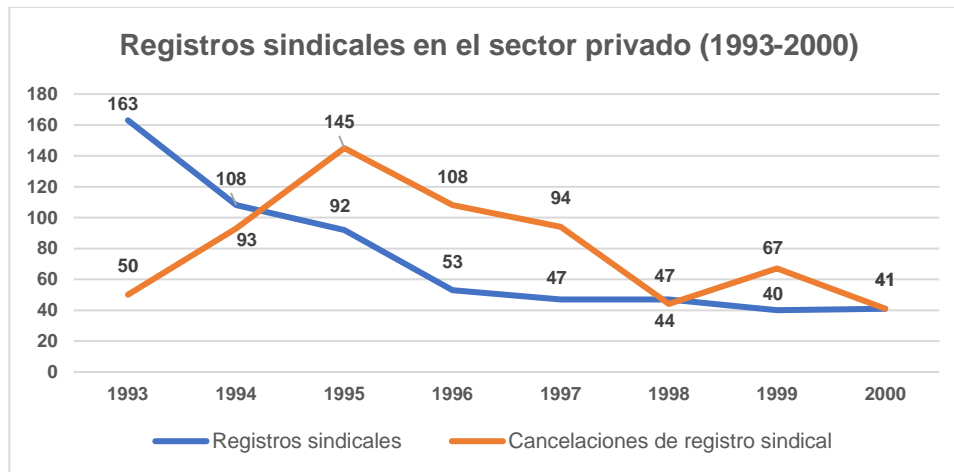


Gráfico 4. Fuente: MTPE. Elaboración propia.

Precisamente, en el campo de las relaciones colectivas, el régimen fujimorista emitió el Decreto Ley 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), norma aprobada sin consulta a los actores sociales y durante el cierre del Congreso. Se trata de una regulación reglamentarista que busca controlar todos los aspectos del sujeto colectivo y que profundiza un modelo descentralizado de relaciones laborales en el que el sujeto sindical debía girar en torno a la empresa. Con ese efecto, la norma sometió a ratificación las pocas negociaciones colectivas centralizadas existentes y sancionó que, en caso no se llegase a un acuerdo sobre el nivel negocial -lo que nunca sucedió-, este se desarrollaría a nivel empresarial. Si a ello se añade el mínimo de veinte trabajadores para conformar un sindicato que exige la ley, la presencia mayoritaria del sindicalismo peruano en las empresas de más de 500 trabajadores y la polución de microempresas en el mercado de trabajo peruano, se ha dejado sin tutela colectiva a casi nueve de cada diez trabajadores en el Perú, una de las coberturas negociales más bajas de la región (Villavicencio, 2010, pp. 31-32 y 103-104).

Aunado a ello, la involución del número de pliegos de reclamos y convenios colectivos registrados en el Perú demuestra, en primer lugar, la cantidad de conflictos que se mantuvieron abiertos debido a que no se llegó a suscribir un convenio colectivo en trato directo o conciliación o porque la huelga del sindicato -su brazo de acción- no contó con la fuerza suficiente para obligar al empleador a acudir al arbitraje. Además, manifiesta “una imagen clara de la peor década, no solo para la democracia política y los derechos fundamentales, sino para la libertad sindical” (Villavicencio, 2011b, pp. 226-227).

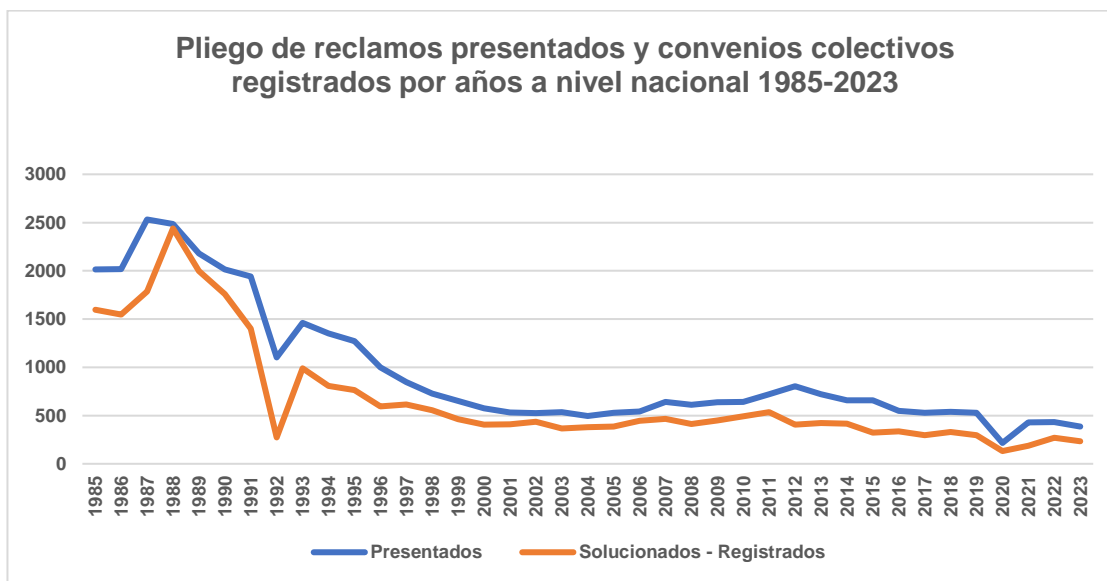


Gráfico 5. Fuente: MTPE. Elaboración propia<sup>121</sup>.

Por último, en lo referido a la huelga, la LRCT –“acabada expresión de “flexibilización salvaje”<sup>122</sup>- consagró un modelo contractual que asoció a la huelga principalmente con el procedimiento de negociación colectiva y que prohibió toda modalidad de paralización que no responda a su versión tradicional de suspensión total de labores. Asimismo, se restringió la huelga frente a incumplimientos legales o convencionales del empleador solo cuando se contase con una sentencia judicial firme al respecto, lo que la imposibilitó en la práctica. En suma, se le brindó “un espacio mínimo de expresión” al conflicto entre capital y trabajo, producto de una concepción patológica del mismo y que derivó en una caída libre del número de paralizaciones y un vergonzoso primer lugar en el número de quejas presentadas ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT (Villavicencio, 2012, p. 372)<sup>123</sup>.

<sup>121</sup> Los datos de 1992 corresponden a Lima Metropolitana.

<sup>122</sup> Así lo califica acertadamente Ermida (Tostes y Villavicencio, 2012, p. 364).

<sup>123</sup> Algunas de las cuales fueron revisadas en 2004 durante el gobierno de Alejandro Toledo, como acota Neves (Villavicencio y otros, 2012, p. 302).

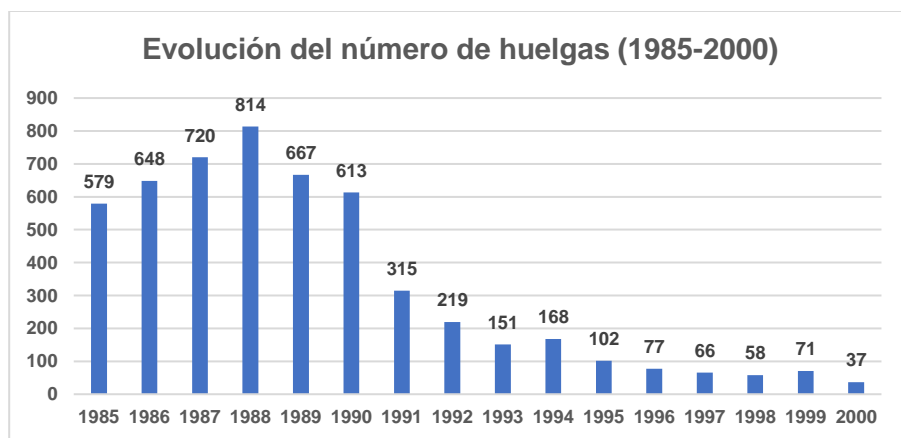


Gráfico 6. Fuente: MTPE. Elaboración propia.

La finalidad, en resumidas cuentas, fue el desmantelamiento del fenómeno sindical y el abstencionismo estatal para dejar en manos del mercado la fijación de salarios con la excepción de la remuneración mínima vital<sup>124</sup>. La consecuencia no es menor, ya que la tutela colectiva es el instrumento por excelencia para la fijación equilibrada de las condiciones de trabajo. Si a ello agregamos que en 2022 el salario promedio de los trabajadores sindicalizados fue un 41.9% superior a la de sus pares no sindicalizados (MTPE, 2023, p. 38), es posible explicar por qué las remuneraciones de los trabajadores asalariados y no asalariados no han podido recuperarse de la crisis inflacionaria de los años ochenta<sup>125</sup>.

### **Evolución de los ingresos de los trabajadores asalariados y no asalariados, 1980-2009 (Índice: 1994=100)**

<sup>124</sup> Recordemos que desde el Decreto Supremo del 24 de enero de 1913 se había establecido el arbitraje obligatorio para solucionar los reclamos de los trabajadores asociados.

<sup>125</sup> Adicionalmente, la caída en la capacidad adquisitiva de los trabajadores ha incentivado que estos busquen incrementar su jornada laboral o un segundo empleo a modo de compensación. En el primer escenario, las horas de trabajo en Lima Metropolitana en 2022 ascienden a un promedio de 51.4 horas a la semana y superan así la jornada máxima constitucional de 48 horas semanales; en el segundo escenario, el promedio nacional de trabajadores con segundo empleo alcanza el 20.4% en 2022.

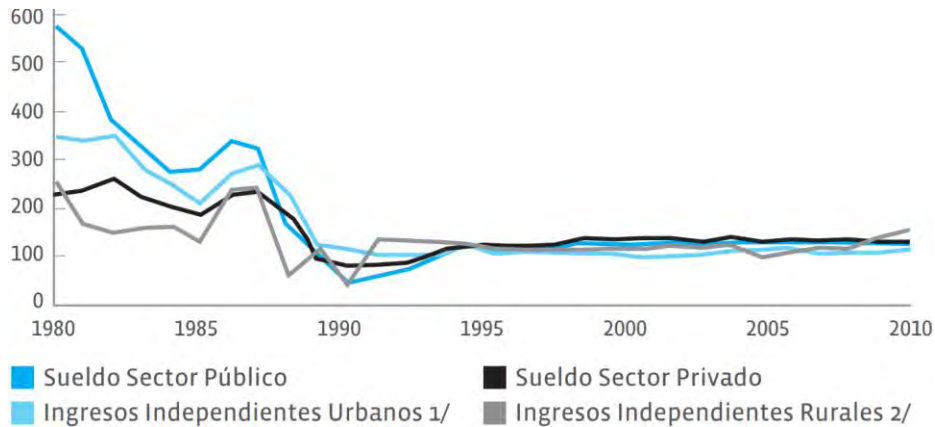


Gráfico 7. Fuente: INEI y BCRP. Elaboración: Waldo Mendoza y otros (2011, p. 34).

Por otra parte, como da cuenta Villavicencio (2022, p. 894), la brecha de ingresos entre trabajadores y empleadores ha aumentado considerablemente. Si analizamos la distribución funcional de la renta nacional entre 1991 -año de promulgación del Decreto Legislativo 728- y el año 2012, observamos que en 1991 la participación de las remuneraciones en el PBI correspondía a 30.1% y la de los ingresos empresariales ascendía a 52.7%; mientras que, en 2012, la participación de las remuneraciones decreció a 21.7% del PBI y la de los ingresos empresariales aumentó a 63.2% del PBI. Esta ampliación de la brecha -de 22.6 a 41.5 porcentuales- refleja “la incapacidad de nuestra democracia para recuperarse del desmontaje de los derechos laborales” (Tostes y Villavicencio, 2012, p. 376).

### Distribución funcional de la renta nacional entre remuneraciones y excedente de explotación

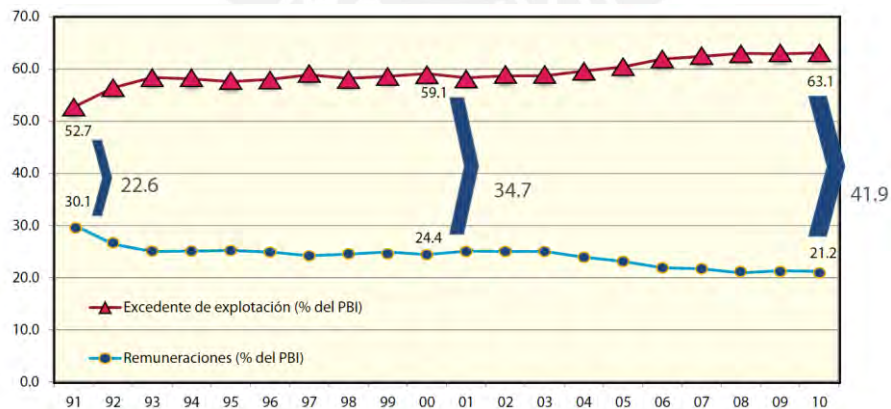


Gráfico 8. Fuente: INEI. Elaboración: Tostes y Villavicencio (2012, p. 376)

Efectivamente, habida cuenta de que la reforma de la década de los noventa desreguló las relaciones individuales de trabajo e impuso trabas a las relaciones colectivas de trabajo, el amplio margen de flexibilidad creado fue ocupado por la imposición unilateral de la voluntad empresarial en lugar de la autonomía colectiva, a diferencia de la experiencia europea. De ahí que se coincida con Neves en que -contrariamente a su objetivo en el papel- el principal efecto de la reforma fue la precarización del empleo, “tanto en perspectiva horizontal (la población abarcada es menor [...]) como vertical (los derechos de esa población están severamente disminuidos en calidad y cantidad)” (Quiñones, 2012, p. 328)<sup>126</sup>.

A todo esto, quedó en evidencia el fracaso del discurso de la flexibilidad como aliciente para la creación de empleo formal con derechos, ya que la tasa de informalidad no solo no se ha reducido desde que comenzó el régimen fujimorista, sino que incluso se ha incrementado: de 55% en 1990, a 64% en 2001 y 72% en 2023, cifra última similar a la situación de la informalidad laboral en Lima Metropolitana en ese año<sup>127</sup>. Pareciese entonces que, en una realidad en la que el sector financiero mantiene una posición de dominio relevante, lo que verdaderamente buscó la reforma fue la rentabilidad de los negocios antes que la democracia en sí (Ugarteche y Martínez-Ávila citados en Kresalja y Ochoa, 2020, p. 142).

### **1.4.3. La labor reconstructiva del Tribunal Constitucional**

De acuerdo con Blancas, uno de los rasgos característicos de la Constitución de 1993 es la “contradicción fundamental” entre la adscripción formal al modelo de Estado social del artículo 43 y la opción por un régimen económico neoliberal en su Título III (2011, p. 130)<sup>128</sup>. Esta

---

<sup>126</sup> Por eso suscribimos con Quiñones (2012, p. 326) que “las medidas de flexibilidad laboral implementadas en el Perú han sido concebidas como fines en sí mismas, aisladas y desconectadas de un proyecto nacional marco”.

<sup>127</sup> Las cifras de 1990 y 2001 fueron recopiladas por Tostes y Villavicencio (2012, p. 370), la cifra de 2023 corresponde a la Encuesta Nacional de Hogares.

<sup>128</sup> En ese sentido, Martínez García afirma que el nuevo paradigma del Perú es el *liberalismo rampante* “carente de escrúpulos [...] [que] maneja retóricamente ciertos motivos que presenta como coberturas [...] para dar la apariencia de racionalidad a sus propuestas abusivas. Aquí ya no hay derechos humanos, solo ánimo de lucro” (Ochoa, 2020, p. 141).

naturaleza contradictoria, sin embargo, ha facilitado una labor integradora del Tribunal Constitucional que ha armonizado la noción de “economía social de mercado” con los postulados del Estado social descritos en el subcapítulo 1.2.1.1. y que se ha extendido a los otros elementos configuradores del modelo de Estado de la posguerra.

En particular, la reducción del desarrollo formal de los derechos fundamentales laborales que operó en la Constitución vigente ha merecido una tarea reconstructiva parcial de las instituciones del derecho del trabajo -por su supremo intérprete- que se intensificó desde el retorno a la democracia política -mas no industrial- en 2001 y ante la pasividad de los otros poderes del Estado. Curiosamente, el mismo texto constitucional que fue instrumento de legitimidad de la autocracia fujimorista y sus reformas peyorativas terminó siendo utilizado para recomponer un sistema de relaciones laborales que no fue enteramente desmantelado<sup>129</sup>.

Por consiguiente, la especial valoración del trabajo, el reconocimiento de la autonomía colectiva y la garantía de intervención tutelar heterónoma obraron a modo de “bases constitucionales” para que, bajo una *concepción haberliana* de “sociedad abierta de los intérpretes de los derechos fundamentales”, el juez constitucional esté “en mejor condición de establecer los contenidos mínimos que el legislador” (Ochoa, 2020, p. 314). No menos importante es la identificación, por parte del supremo intérprete, de un sistema de valores que reposa sobre el respeto de la dignidad humana como fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1). Y es que, a diferencia de otros valores como la libertad y la igualdad, la dignidad como “*prius* lógico y ontológico” de los derechos humanos no posee manifestaciones concretas que permitan su desplazamiento en un ejercicio de ponderación (Atienza, 2022, pp. 34-36).

En lo que respecta a la investigación, conviene destacar brevemente la redefinición jurisprudencial hecha respecto a dos de los derechos afectados por la reforma laboral fujimorista y, posteriormente, la descentralización productiva: la estabilidad laboral de entrada -a través de la sanción a supuestos de fraude en la contratación temporal- y la negociación colectiva sectorial

---

<sup>129</sup> En realidad, como relata Sanguineti (2008b, pp. 77-78), “desconstitucionalizar” el derecho del trabajo no es una tarea sencilla. La legitimidad social que otorga dicha rama jurídica al régimen constitucional es difícilmente reemplazable, sin perjuicio del respaldo internacional de los derechos humanos laborales en instrumentos ratificados por el Perú.

-mediante la sanción del nivel de negociación de rama de actividad para los trabajadores de construcción civil y el arbitraje para la definición del mismo en el caso de los estibadores portuarios-.

#### **1.4.3.1. La redefinición jurisprudencial de la estabilidad de entrada**

Como se abordó en el subcapítulo 1.4.1., la ley fundamental vigente no consagra expresamente el derecho a la estabilidad en el trabajo -en sus variantes de entrada o de salida- a diferencia del artículo 48 de su par de 1979. Pese a ello, el Tribunal Constitucional ha interpretado que el derecho al trabajo recogido en el artículo 22 comprende, además del derecho a acceder a un trabajo en condiciones de igualdad, el derecho a conservar el puesto de trabajo siempre que no se presenten circunstancias que impidan su continuidad, exégesis que ha permitido la redefinición del contenido de la estabilidad de entrada desarrollado en la LPCL.

Es así como, en el expediente 1397-2001-PA/TC, el supremo intérprete ha reafirmado el principio de causalidad como base del régimen laboral peruano y ha determinado que la duración de la relación laboral deba garantizarse en tanto subsista la fuente que le dio origen. En otras palabras, la contratación sujeta a modalidad debe poseer naturaleza excepcional, contar con requisitos y formalidades especiales y estar habilitada únicamente para necesidades empresariales de carácter temporal (fundamento 3). Entonces, bajo un escenario de desnaturalización, la sanción no solo debe ser su consideración como un contrato indeterminado -en los términos del artículo 77 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL)<sup>130</sup>-, sino incluso la invalidación de la extinción del contrato de trabajo por vencimiento de plazo. El tribunal ha entendido, entonces, que esta ruptura tiene la naturaleza de un despido incausado<sup>131</sup> sobre el cual procede la reposición como medida restitutoria (fundamento 6).

---

<sup>130</sup> “Artículo 77º.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: [...] d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.

<sup>131</sup> Si bien esta tipología de despido no se encuentra en el articulado de la LPCL, responde a la labor de reconstrucción jurisdiccional de la estabilidad laboral de salida del Tribunal Constitucional introducida en el expediente 01124-2001-PA/TC.

En ese orden de ideas, otro pronunciamiento importante del supremo intérprete a tomarse en consideración es el recaído en el expediente 01580-2008-PA/TC, que determinó que la calificación de los requisitos de los contratos sujetos a modalidad no puede realizarse fuera del ordenamiento constitucional, aun para aquellos contratos como el de obra determinada o servicio específico en el que el artículo 63 de la LPCL solo requiere un objeto previamente establecido y una duración determinada respecto a la obra o servicio objeto de la contratación. Por consiguiente, cuando se llegue a demostrar que dicha modalidad de contratación ha recaído sobre actividades de naturaleza permanente, corresponderá considerarlos como de duración indefinida (fundamento 8).

Lamentablemente, el actuar del Tribunal Constitucional no se ha extendido al análisis de una modalidad de contratación temporal *per se* y su utilización para la satisfacción de necesidades permanentes, situación que debería ameritar -por cierto- su expulsión del ordenamiento jurídico. Es el caso del régimen laboral especial introducido por la Ley de Exportaciones no Tradicionales (Decreto Ley 22342), que permite la contratación temporal de actividades permanentes inclusive más allá del límite de cinco años que establece la LPCL para los contratos modales<sup>132</sup>. También es el caso del contrato temporal por inicio o incremento de actividades, cuya posibilidad de atender necesidades permanentes del empresario es “el gran responsable de la distorsión de nuestras relaciones laborales” (Villavicencio, 2013, p. 328).

#### **1.4.3.2. La redefinición jurisprudencial del nivel de negociación colectiva sectorial**

El principio de negociación colectiva libre y voluntaria, recogido en el Convenio 98 de la OIT -ratificado por el Perú-, ha servido de fundamento para que el Comité de Libertad Sindical establezca que “la determinación del nivel de negociación colectiva deberá depender esencialmente de las partes” antes que ser impuesto por la legislación, una decisión

---

<sup>132</sup> Al respecto, puede revisarse la sentencia recaída en el expediente 04409-2011-PA/TC, la misma que indica: “la sola suscripción de un contrato de trabajo sujeto a modalidad bajo el régimen laboral especial del decreto ley 22342 no puede ser considerada como un supuesto de desnaturalización, salvo que se demuestre que la empleadora no es una empresa industrial de exportación no tradicional”.

administrativa o la jurisprudencia (OIT, 2018, p. 266)<sup>133</sup>. Sin embargo, pese a que el artículo 44 de la LRCT manifiesta la posibilidad de que las partes acuerden un nivel negocial sectorial, en la realidad la reforma laboral de la década de los noventa se encargó de eliminar de golpe la negociación colectiva supraempresarial. Con ese efecto, su tercera disposición final y transitoria habilitó que la sola decisión patronal de negarse a continuar negociando a nivel sectorial establezca la negociación a nivel de empresa, mientras que el artículo 45 estableció que -a diferencia del primer supuesto- la voluntad de la parte sindical no era suficiente para ampliar el nivel de negociación, decretado por defecto en el sustrato de empresa<sup>134</sup>. Así, la negociación colectiva sectorial de los trabajadores de construcción civil y los estibadores portuarios, junto con otras seis negociaciones supraempresariales más, llegó a su fin en 1992.

Nueve años después, con ocasión del proceso de amparo entre la Federación de Trabajadores de Construcción Civil y la Cámara Peruana de la Construcción (recaído en el expediente 0261-2003-AA/TC), el Tribunal Constitucional determinó que, debido a la naturaleza eventual y de ubicación relativa del sector de construcción civil, era posible que el Estado establezca un “plus de tutela” para garantizar la efectividad del mandato de promoción de la negociación colectiva del artículo 28 de la Constitución. De allí que, debido a que las características especiales del sector hacían imposible una negociación a nivel empresarial, el supremo intérprete fijase la negociación colectiva en el sustrato sectorial<sup>135</sup>.

Desafortunadamente, el supremo intérprete adoptó una postura distinta con motivo de la demanda interpuesta por el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Callao contra la Asociación Peruana de Agentes Marítimos y la Asociación Marítima del Perú (expediente 03561-2009-PA/TC). Pese a la similitud de condiciones de trabajo con sus pares de

---

<sup>133</sup> Ya nos hemos pronunciado en el subcapítulo 1.2.2. sobre la vinculatoriedad de los pronunciamientos de este órgano pionero en avocarse a un único derecho.

<sup>134</sup> Como es evidente, el proletariado buscará en la mayoría de los casos una negociación sectorial que le permita abarcar a más trabajadores, lo que incrementará su poder de negociación frente al sector empleador.

<sup>135</sup> Decisión que ha probado ser exitosa en el tiempo, ya que se han celebrado ininterrumpidamente convenios colectivos sectoriales entre la Federación y la Cámara, con la dosis de paz social que se deriva de la canalización del conflicto colectivo.

construcción civil, el supremo intérprete optó en esta ocasión por una solución diferida, esto es, un arbitraje obligatorio que defina el nivel negocial. El “plus de tutela” otorgado con anterioridad -aun siendo más protector para los trabajadores- fue entendido ahora como contrario al pronunciamiento del Comité de Libertad Sindical citado *supra*, ya que lo que correspondía era que un órgano independiente sea el que tome una decisión<sup>136</sup>. En ese sentido, el Tribunal Constitucional legitimó a la vía heterónoma cuando una de las partes no cumpla con su deber de negociar de buena fe, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva que tiene el Estado, por lo que inaplicó ese extremo del artículo 45 de la LRCT al caso concreto<sup>137</sup>.

A todo esto, el rol activo del supremo intérprete no se ha agotado en la reconstrucción parcial de las descritas manifestaciones de la libertad sindical y la estabilidad laboral. En materia de estabilidad de salida, por ejemplo, es notable la construcción de la tipología del despido incausado y fraudulento como garantía del contenido esencial del derecho al trabajo recogido en el artículo 22 de la Constitución<sup>138</sup>. No se puede afirmar lo mismo, empero, de la protección contra el despido arbitrario para los trabajadores de dirección y de confianza: para el Tribunal Constitucional, la “pérdida de confianza” es una causa subjetiva válida para la extinción de sus contratos de trabajo, siempre que hayan ejercido dichos cargos desde el inicio de la relación laboral (expediente 03501-2006-PA/TC)<sup>139</sup>.

Sin perjuicio de lo expuesto, no ha sido objetivo del presente subcapítulo que se profundice el abordaje hecho a otros principios relevantes del sistema jurídico como los derechos laborales inespecíficos -léase, la libertad religiosa, libertad de expresión o intimidad personal-. En realidad,

---

<sup>136</sup> Villavicencio expresa su desacuerdo con esta línea de razonamiento en la medida que el Tribunal Constitucional “destacadamente” es un organismo independiente (Neves, 2010, p. 133).

<sup>137</sup> Cabe indicar que, en 2020, la Ley 31110 -Ley que promueve y mejora las condiciones para el desarrollo de la actividad agraria- modificó la norma en mención para establecer el arbitraje como vía de solución heterónoma ante la imposibilidad de las partes de acordar un nivel negocial, extendiendo así el criterio del supremo intérprete a nivel general.

<sup>138</sup> Para un estudio de las aplicaciones específicas del derecho al trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, recomendamos revisar a Arce (2024, pp. 87-93).

<sup>139</sup> Unos años después, el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional de 2018 terminó por confirmar el retiro de algún tipo de tutela resarcitoria para esta clase de trabajadores.

ha interesado el destaque de la labor interpretativa del Tribunal para a continuación estudiar si el objetivo de evitar la “esquizofrenia constitucional” del régimen neoliberal -Blancas (2011, p. 132) *dixit*- se ha replicado en lo que atañe a las manifestaciones de la descentralización productiva. De lo contrario, se corre el riesgo de que las normas que regulan la subcontratación y sus consecuencias perniciosas para el sistema de relaciones laborales no sean interpretadas en función de su fin esencial, que no es otro que la protección de la dignidad humana. Y es que, como ya lo afirmó el supremo intérprete, “la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable, sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecuencia de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre” (expediente 0008-2003-AI/TC, fundamento 14).



## CAPÍTULO II

# EL IMPACTO DE LA TERCERIZACIÓN EN LA RELACIÓN DE TRABAJO

### 2.1. La descentralización productiva en tiempos de globalización

Incluso antes de la aparición del derecho del trabajo que conocemos<sup>140</sup>, el ordenamiento jurídico ya contemplaba la posibilidad de que empresas contratistas ajenas a la titularidad del proceso productivo participen del mismo mediante la cesión de trabajadores al dueño de la obra. En efecto, el artículo 1792-4-2 del Código Napoleónico llegó a establecer las acciones de responsabilidad del empresario contra un subcontratista, mientras que el artículo 1798 fue pionero en determinar que, en caso los obreros cedidos presenten reclamo alguno, lo debían formular contra el dueño de la obra para la que trabajaron hasta por el monto adeudado por este a la contratista. La provisión de responsabilidad subsidiaria no fue suficiente para impedir los abusos de esta modalidad de contratación, por lo que la revolución francesa de 1848 tuvo como uno de sus primeros logros la prohibición del tráfico de mano de obra o *marchandage*. No fue sorpresa entonces, que, más de medio siglo después, la primera recomendación de la OIT haya versado sobre la prohibición de las agencias lucrativas de colocación de empleo<sup>141</sup>.

Sin embargo, en la actualidad la subcontratación de las actividades de trabajo ha abandonado el nicho ocasional y secundario en la producción nacional -principalmente de los sectores ferroviario, naval y de la construcción- para convertirse en un elemento estructural del proceso económico mundial. Los cambios introducidos por la globalización -desarrollados en los subcapítulos 1.3.2. y 1.3.3.- han trastocado el concepto tradicional de empresa como centro de

---

<sup>140</sup> Recordemos que, según Ojeda (2010, pp. 31 y 35), “el siglo XIX no existe” para el derecho del trabajo, pues fue una época en la que los países europeos comenzaron a adaptarse a la desaparición de los gremios y corporaciones. En ese sentido, el cambio de siglo marcó la aparición de nuestra rama de estudio en sus términos contemporáneos.

<sup>141</sup> Nos referimos a la Recomendación sobre el desempleo (número 1) de 1919.

imputación de derechos y obligaciones laborales para abrir paso a relaciones triangulares de trabajo que responden, en parte, a una necesidad de adaptarse a un mercado cada vez más inestable y competitivo.

Más allá de la denominación que se le brinde a este fenómeno<sup>142</sup>, nos hallamos frente a un “viejo tópico” que, se quiera o no, pareciera que tiene un “futuro promisorio” (Carballo, 2019, p. 72). Todo ello enmarcado en un proceso de internacionalización de la producción que, con independencia de sus multifacéticos aspectos y manifestaciones, “puede ser reducido, en su más íntima esencia, a la expansión y profundización de la economía capitalista y de sus postulados teóricos” -léase, el mercado, la libre competencia, entre otros- y “al predominio del capital financiero” (Ermida, 2003, p. 3).

### **2.1.1. El fenómeno de la descentralización productiva**

El modelo de producción en serie *taylorista* sobre el que se construyó el derecho del trabajo debe comprenderse desde la satisfacción de determinadas necesidades y la concurrencia de condiciones históricas específicas. En efecto, el aumento de la productividad, anhelo de todo sistema capitalista, sumado a un proceso mecanizado y a mayor escala, instituyeron a la gran empresa como una “forma específica de control económico y social”, guiada por la división de trabajo especializado y la integración vertical (Arce, 2004b, pp. 44-45).

De similar modo, la profundización del capital a nivel global trajo consigo una economía con mercados abiertos cada vez más competitiva que, sumada a la creación de nuevas tecnologías de la información, sentó las bases para la aparición de un paradigma de organización flexible empresarial<sup>143</sup>. La producción en serie -aquella bandera del *fordismo* para reducir costos- empezó a ser criticada por los protagonistas del proceso globalizador por su rigidez y lentitud

---

<sup>142</sup> Para una síntesis del debate terminológico sobre conceptos como descentralización productiva, externalización, subcontratación, intermediación, tercerización y *outsourcing*, recomendamos revisar Puntriano (2022, pp. 165-175).

<sup>143</sup> Ya lo indicaron Monereo y Perán (2018, p. 2): “el capitalismo contemporáneo manifiesta una profunda dimensión constituyente, donde el éxito o el fracaso empresarial se determina por la capacidad de las empresas de mostrarse competitivas en un marco económico altamente dinámico”.

para responder a los constantes cambios económicos, tecnológicos y hasta sociales<sup>144</sup>. Si bien desde antes de la crisis de la década de los setenta se hablaba de la flexibilidad en la producción, es con el mercado único y saturado de la globalización que adquiere un protagonismo nunca visto<sup>145</sup>.

En este escenario, el fenómeno organizacional de la descentralización productiva emerge como una alternativa atractiva para desligarse de determinadas actividades de su ciclo productivo, dada la mayor maleabilidad que representan unidades productivas de menor dimensión. En un primer estadio, delimita las actividades centrales o imprescindibles de la actividad empresarial, lo que permite externalizar aquellas complementarias o no permanentes. Con el nuevo proceso globalizador, empero, aparecen nuevas manifestaciones de las relaciones triangulares de trabajo que viran su atención hacia el resto de las actividades productivas, incluso por motivos de corte patológico. Es lo que Martínez llama “externalizaciones salvajes” (2018, p. 53).

#### **2.1.1.1. Rasgos tradicionales de la descentralización productiva**

En su concepción primigenia, la descentralización productiva posibilita que el empresario se enfoque en la ejecución de sus actividades distintivas -verbigracia, aquellas en las que tiene una ventaja competitiva respecto de sus competidores- y delegue parcelas complementarias poco eficientes o con menor rentabilidad a empresas auxiliares, lo que le permite posicionarse de mejor manera frente al consumidor final y al mercado. Como refiere Sanguinetti, el “propósito declarado” de esta técnica jurídica es incrementar la capacidad adaptativa de la empresa al concentrar sus dimensiones en el desarrollo de sus “competencias básicas o nucleares” (2013, p. 183)<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Y es que la descentralización productiva expande sus fronteras en una sociedad que normaliza el mercantilismo relacional. Así, en lo político, se atomizan y hasta abandonan las reivindicaciones colectivas, mientras que en lo ideológico emerge un “culto al mercantilismo, consumismo e individualismo” (Monereo y Perán, 2018, p. 5).

<sup>145</sup> Paralelamente, los efectos permanentes de la crisis económica se incorporan como “elemento estructural del sistema social” (Palomeque, 2018, p. 6).

<sup>146</sup> En ese orden de cosas, la clásica definición de Martín de descentralización productiva la delimita al encargo a terceros de “operaciones singulares del ciclo productivo de la empresa [...] o de aquellas

Con la finalidad de no poner en riesgo la calidad última del producto o servicio ofrecido al público, la empresa que externaliza sus actividades debe mantener un cierto control sobre el resultado de las unidades productivas a cargo de las empresas auxiliares. Para lograr ese propósito, la primera establece relaciones de coordinación y articulación con las segundas, en algunas ocasiones mediante un vínculo contractual u otras veces a través de un dominio fáctico. De esta manera, se establece un “sistema de relaciones jerarquizadas entre empresas” (Arce, 2019, p. 192), en el que la empresa principal tendrá mayor capacidad decisoria sobre las auxiliares, debido a que la que tiene el contacto directo con la clientela y por lo general tiene mayores recursos económicos y mayor acceso a la información, como sucede en el sector automotriz. Asistimos entonces a la generación de nuevas formas de dependencia -ahora entre empresas-, lo que dota de un nuevo sentido a la clásica frase de Romagnoli: “no existe la subordinación, existen las subordinaciones” (1992, p. 17).

Al igual que los postulados tayloristas, la división -interempresarial- del trabajo del titular del proceso productivo se realiza en consideración a criterios de especialización. En la dinámica originaria de la externalización de actividades, el empresario busca obtener eficiencia -entre otros- mediante la participación de empresas expertas en el nicho productivo para el que se las contrata, las mismas que, por economía de escala, estarían en condiciones de ofrecer menores costos a la primera. Y es que, en determinados productos o servicios, desaparece “la competencia en los precios propia de la producción en masa para ser sustituida por la competencia en la innovación” (Cruz, 2009, p. 55), a la cual podrá acceder el empleador sin realizar grandes inversiones.

### **2.1.1.2. Rasgos contemporáneos de la descentralización productiva**

Con el advenimiento del proceso globalizador, no solo los elementos configuradores del Estado de la posguerra sufrieron una recomposición en sus postulados. En cuanto a la organización empresarial, la revolución tecnológica hubo de transformar a la economía industrial en una aldea global que funciona como una “unidad de tiempo real a escala planetaria” o, en otras palabras,

---

actividades complementarias que no corresponde a dicho ciclo productivo pero que son indispensables en su marcha ordinaria” (Plá, 2000, p. 13).

en un “campo de batalla” mundial de la competencia. No es sorpresa, pues, que la clave del éxito empresarial responda ahora a la invención de mecanismos eficaces de aumento de la rentabilidad empresarial en un panorama de saturación de mercados y desaparición de economías sectorizadas. Este fenómeno informático, por cierto, no cuestiona el sistema de producción capitalista en sí, antes bien, lo ha reestructurado para su subsistencia y expansión en una flamante era posindustrial en donde predomina el sector terciario (Arce, 2008a, pp. 46-47)<sup>147</sup>.

Paralelamente, la terciarización de la economía y el avance de la tecnología han contribuido a que se dé con mayor facilidad la “parcelación” de actividades productivas. Así, en determinados sectores de la economía, es posible encontrar ahora un segundo modelo de descentralización productiva, basado en la cooperación de empresas en posición de relativa igualdad, sin una empresa “epicentro” y que se especializan en la fabricación de un determinado producto o el ofrecimiento de cierto servicio que no está dirigido al público final (Cruz, 2009, pp. 31-32)<sup>148</sup>. Ejemplo de ello lo constituye la proliferación de empresas de servicios especializados cuyo objeto económico está dirigido no al público en general sino a otras empresas.

Estas “empresas que sirven a empresas” son componentes de una dinámica contemporánea en la que unidad operativa actual está conformada por el entero proyecto profesional antes que por la empresa, sin intención de mantener el negocio después de conseguido el resultado productivo. En los términos de Gorelli, “la permanencia como expresión del éxito empresarial se trastoca totalmente, pues el centro del sistema productivo pasa a ser la puesta en marcha y finalización de determinados proyectos” (2007, p. 22), lo que genera un alto índice de mortalidad empresarial. Inclusive, si volvemos la mirada a la dicotomía ‘empresa principal – empresa auxiliar’ del modelo tradicional, la empresa auxiliar puede tener tal éxito y dimensiones que logra apartar del mercado

---

<sup>147</sup> Al punto que se plantea la sustitución de la clásica expresión “sociedades industrializadas” por “sociedades tercerizadas”, “automatizadas” o “de servicios” (Fernández y Gauthier, 1997, p. 380). A todo esto, creemos necesario no confundir terciarización -el proceso descrito en la oración anterior- con tercerización.

<sup>148</sup> Al respecto, Gorelli añade que, en este modelo, “si bien las relaciones se producen entre iguales, será necesario que, al menos, haya una determinación por parte de alguna de las diferentes empresas vinculadas en el sentido de tomar las decisiones estratégicas” (2007, pp. 40 y 41).

a otras competidoras de menor prestigio, en cuyo caso el control de la principal sobre la auxiliar se diluye considerablemente.

Desde esa perspectiva, la empresa deja la noción de *hacienda* del fordismo como el espacio de confluencia material de los poderes del empleador y los derechos del trabajador y se convierte en *actividad*, es decir, en un ente que no necesariamente va a ser tangible y que puede dedicarse a la mera coordinación de actividades de las empresas que conforman el ciclo productivo-. En consecuencia, esta empresa *líquida* -en base a la terminología de Bauman- pero a su vez *panóptica*<sup>149</sup> (Mercader citado en Villasmil, 2019, pp. 25-26)<sup>150</sup> buscará dejar atrás la concepción marginal y complementaria de las actividades a descentralizarse -herencia de la época industrial y presente todavía en algunas legislaciones locales- para así legitimar la tercerización de cualquier ámbito del ciclo productivo.

A todo esto, es innegable que la externalización de actividades parte de una crítica al derecho del trabajo, calificada por sus adversarios como “excesivamente uniformador o estandarizador de las relaciones laborales”. En este nuevo paradigma que convive con cambios repentinos en el mercado magnificados por la conectividad global, el discurso de la “flexibilidad” como crítica al ordenamiento laboral clásico deja el campo de la relación de trabajo y se extiende a la organización misma del negocio, bajo la premisa de que solo aquellas empresas con reacciones rápidas a los avatares de la oferta y demanda tendrán éxito económico a mediano plazo.

A fin de cuentas, la delegación de fases productivas a terceros tiene como uno de sus objetivos que “ellos asuman también el riesgo de adaptarse a las diferentes coyunturas que pueda sufrir el mercado, así como el riesgo de la gestión de su propio personal” (Gorelli, 2007, p. 52)<sup>151</sup>. En

---

<sup>149</sup> Nos referimos a aquella empresa que, pese a la paradoja de su virtualidad, redimensiona la subordinación a derechos fundamentales de los trabajadores que antes se creían indemnes como la intimidad o privacidad (Villasmil, 2019, p. 26).

<sup>150</sup> En casos extremos, la empresa ni siquiera tendrá que contar con trabajadores registrados en su planilla, ya que la labor de coordinación puede ser asignada a un administrador bajo un contrato de locación de servicios.

<sup>151</sup> En determinados casos, se abandona el modelo de producción en serie y se regresa a un modelo artesanal de producción que Arce denomina “práctica de especialización flexible” y que busca eliminar el

el fondo, el traslado de riesgos de la descentralización productiva evidencia el objetivo del empleador de un ahorro en costes económicos por medio de la sustitución de costos fijos por costos de naturaleza variable -los motivos patológicos a los que hicimos referencia *supra*<sup>152</sup>. No solo eso, sino que aquellos que avocan por este nuevo modelo productivo parecen defender la eficacia de relaciones civiles en las que la persona contratada, sea natural o jurídica, asume los riesgos de una obligación civil de resultado en vez de la obligación laboral de actividad, lo que sentencia su marginalidad del ámbito de nuestra disciplina jurídica (Ermida y Colotuzzo, 2009, p. 16)<sup>153</sup>.

Lamentablemente, bajo el “Estado de competencia económica” al que hace mención Monereo, el ahorro de costes que ofrece la contratista por su especialización e innovación tecnológica va cediendo terreno a precios competitivos a costa de un impacto en el disfrute de los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados en la operación. Téngase como ejemplo a las operaciones de subcontratación en cadena, en las que la especialización de las contratistas dejará de fundamentar la opción externalizadora y el pequeño margen de beneficios que el estiramiento de la cadena procura se convertirá en su incentivo principal. De esta manera, el “propósito declarado” de la descentralización se distancia de sus efectos en la realidad.

Y es que, independientemente del origen de su eficiencia, el capital ha impulsado a la subcontratación como la “panacea del nuevo orden económico” global, al punto que su preeminencia ya no se le califica como algo sospechoso, sino como un “mecanismo expansivo, desconcentrado y equilibrador del panorama económico de un país” (Ojeda, 2010, p. 138). Peor

---

gasto fijo y las economías de escala, basado en la experiencia de los distritos industriales del norte de Italia (2008a, p. 42).

<sup>152</sup> Al respecto, señala Kahale (2011, p. 42) que una empresa tiende a crecer en las siguientes situaciones: a) cuando los costos de organización son menores, b) cuando menos probabilidades tiene de cometer errores, c) cuando se produce un incremento en las transacciones organizadas y d) cuando menos se acelere el precio de oferta de factores de producción a las empresas de mayores dimensiones. En ese orden de ideas, la tercerización permitiría lograr el primer punto.

<sup>153</sup> En función de ello, Chacaltana evidencia un segundo tipo de descentralización productiva, denominada directa, que engloba a los trabajadores clandestinos encubiertos bajo un vínculo de naturaleza mercantil (Villavicencio, 2004, p. 144).

aún, la preeminencia del capital movable e inestable sobre los Estados-nación en el proceso globalizador ha facilitado que la descentralización no se detenga en las fronteras limítrofes; por el contrario, mediante el establecimiento de las cadenas mundiales de suministro, la economía ha puesto en jaque en nuevamente al derecho del trabajo del Estado social, edificado bajo el principio de aplicación territorial de la norma laboral local.

### **2.1.2. La subcontratación como expresión jurídica**

Si bien no es función del derecho del trabajo regular las diversas formas de organización empresarial, sí le corresponde, en virtud de su principio protector y una de sus manifestaciones, la primacía de la realidad<sup>154</sup>, “traducir sus consecuencias en el ámbito de las relaciones laborales concedidas” (Carballo, 2019, p. 82).

Al respecto, los rasgos característicos de la descentralización productiva se han materializado en una amplia variedad de fórmulas jurídicas, muchas veces en atención al grado de cooperación entre las empresas involucradas. De esta manera, para estrategias de especial control sobre el producto final, el grupo de empresas como técnica del derecho de sociedades emerge como una alternativa a ser considerada; mientras que, para operaciones sin particular interés en la transferencia al exterior, el derecho ofrece técnicas de naturaleza contractual como el tradicional contrato de ejecución de obra además de otros vínculos hasta hace poco desconocidos o utilizados como la franquicia, el *factoring* y el *merchandising*. En última instancia, se busca articular la estructura empresarial en forma de red -de ahí su denominación- y no por las empresas que de él puedan participar (Sanguinetti, 2013, p. 223).

En lo que respecta a esta investigación, al igual que autores como Villavicencio, Boza y Arce, utilizaremos la alocución subcontratación para referirnos al correlato jurídico central de la descentralización productiva (Puntriano, 2022, p. 171). A tal efecto, la subcontratación supone la

---

<sup>154</sup> A todo esto, Miranda (2024, pp. 148-149) ofrece una interesante explicación del principio de primacía de la realidad desde una perspectiva pospositivista. Para el autor, los actos discrecionales del empleador poseen una “constitutividad contingente”, esto es, una presunción de validez a la luz del principio de eficiencia empresarial, pero a su vez derrotable frente a prácticas habituales distintas o afectación a valores o marcos institucionales.

coexistencia de dos contratos, aunque en la dinámica participen tres sujetos en vez de cuatro: de un lado, un contrato de naturaleza civil entre las dos empresas involucradas -principal o usuaria y contratista- y, de otro lado, un contrato de naturaleza laboral -en el mejor de los casos- entre la contratista y sus trabajadores, quienes serán los que prestarán los servicios para la empresa beneficiaria (Ermida y Colotuzzo, 2009, p. 25). Es decir, la contratista es parte tanto del subcontrato -laboral- como del contrato base -civil- del que deriva, lo que da nacimiento a una relación triangular de trabajo.

Cabe señalar que el término subcontratación es, en sí mismo, problemático, pues es una expresión cuyo alcance difiere según la legislación interna aplicable, al punto de que se le atribuye haber contribuido al fracaso de la OIT en la aprobación del proyecto de Convenio Internacional del Trabajo sobre la subcontratación en 1997<sup>155</sup>. Sin embargo, preferimos esa noción por su origen *oitiano* y su capacidad integradora de las dos categorías generadoras -por excelencia- de las relaciones triangulares: la externalización por terceros del suministro de personal y la externalización, también por terceros, de la producción de bienes y la prestación de servicios (OIT, 2005, p. 15)<sup>156</sup>.

#### **2.1.2.1. La subcontratación de mano de obra o intermediación**

Por la subcontratación de mano de obra o intermediación laboral -que es como se le denomina en el Perú-, una empresa contratista -en virtud de un contrato civil- proporciona trabajadores a otra entidad denominada usuaria, quien tendrá a cargo la dirección y control del personal, mas

---

<sup>155</sup> En su lugar, en 2006 se aprobó la Recomendación 198 sobre la relación de trabajo, que propone que los Estados adopten políticas nacionales de protección de los trabajadores, en base al principio de primacía de la realidad, para “b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas; c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a la que tienen derecho; y d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incube la responsabilidad por la protección que prevén” (numeral 4).

<sup>156</sup> A todo esto, Sanguinetti refiere que el efecto perseguido es, en última instancia, “la sustitución del poder de dirección por otras formas de organización de la actividad ajena a través de las cuales se elude la configuración de un vínculo laboral con quienes atienden la actividad productiva, pero sin renunciar al control global de los procesos de producción” (2013, p. 185).

no su fiscalización, la que es conservada por la empresa proveedora. Se verifica así la existencia de dos empleadores: uno formal -la empresa de servicios- y uno material -la empresa usuaria- sin que exista una relación de trabajo entre el empleador real y el trabajador. Debido a que esta técnica jurídica se enfrenta abiertamente al clásico binomio empleador-trabajador, pues facilita externalizar la estipulación misma del contrato de trabajo, el derecho comparado lo ha regulado con una visión restrictiva. Como lo indica Chieco, “la fisonomía que emerge es la de un supuesto de hecho mediante el cual el usuario puede adquirir en el mercado “subordinación” sin cargarse con los pesos relacionados” (Gorelli, 2007, pp. 41-42).

De hecho, a pesar de que el trabajador involucrado es formalmente externo a la empresa usuaria, no cumple en estricto una labor externalizada de la última; por el contrario, la actividad es propia de la empresa usuaria, incluso si es excepcional o responde a necesidades extraordinarias. Por ello, si bien desde una perspectiva amplia es posible entender que la subcontratación de mano de obra significa una manera de encargar ciertas responsabilidades que, de otra manera, serían asumidas por la empresa usuaria<sup>157</sup>, podría afirmarse también que la empresa usuaria es el verdadero empleador y la labor de la contratista es limitada a la selección de personal, el pago de usuarios y, eventualmente, la fiscalización; empero, si se adopta una perspectiva amplia (Ermida y Colotuzzo, 2009, p. 29).

Bajo esta dinámica, las empresas participantes obtienen un doble beneficio: para la empresa usuaria, el hecho de no ser considerado el empleador formal significa una reducción de sus costos laborales -verbigracia, los costos de reclutamiento- y, para la empresa de servicios, su margen de ganancia se origina en la diferencia entre la contraprestación de la usuaria y los salarios pagados a los trabajadores, lo que amerite que Leguía las califique como “testaferros del verdadero empleador” (1986, p. 27). De ahí que la doctrina y la legislación admita su licitud solo ante circunstancias temporales fortuitas o de fuerza mayor, como el contrato de suplencia u

---

<sup>157</sup> En ese orden de ideas, Carballo adopta una definición amplia de subcontratación, ya no limitada al desplazamiento de actividades fuera del centro de trabajo, sino referida al “desplazamiento de las responsabilidades organizativas -y por ende patronales- de ciertas actividades necesarias para el cabal desarrollo del proceso productivo que dirige el beneficiario o contratante” (2019, pp. 71 y 72).

ocasional<sup>158</sup>, a fin de evitar su utilización como “un conjunto de maquinaciones o engaños jurídicos enderezados a defraudar los derechos de los trabajadores” (Valdés citado en Espinoza, 2008a, p. 126).

### **2.1.2.2. La subcontratación de bienes o servicios o tercerización**

En términos *oitianos*, en la subcontratación de bienes o servicios una empresa -llamada principal- confía a otra empresa -denominada tercerizadora- el suministro de bienes y servicios, a la vez que esta última se compromete a realizar dicho encargo por su cuenta y riesgo y con sus propios recursos materiales, financieros y humanos. En esa dinámica, la contratista -una empresa solvente e independiente de la principal- ofrece sus conocimientos y bienes y asume todos los riesgos del resultado de la parcela productiva asignada, lo que incluye el pago de remuneraciones a sus trabajadores<sup>159</sup>, sobre los cuales ejercerá exclusivamente el poder de dirección.

Precisamente, esta característica la distingue de la contratación civil tradicional, ya que en esta última la empresa principal obtiene bienes y servicios de forma esporádica, mientras que en la tercerización -que es como se le conoce en el Perú- se adquieren estos bienes y servicios como parte del proyecto empresarial propio (Guerra, 2013, p. 55). Se trata, en síntesis, de otorgar un valor agregado que la diferencia de la mera provisión de personal o intermediación, de ahí que no exista una figura intermedia en el derecho comparado (Espinoza, 2008a, p. 138).

A todo esto, aunque la tercerización se configura con independencia del desplazamiento del personal al centro de trabajo de la principal, las operaciones de subcontratación con movilización

---

<sup>158</sup> Lamentablemente, como se apreciará en el subcapítulo 2.3, la técnica regulativa de este instrumento es deficiente pues la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, incluye supuestos propios de la tercerización.

<sup>159</sup> Destacan Fernández y Gauthier que el pago de salarios constituye una diferencia entre la subcontratación de mano de obra y la subcontratación de bienes y servicios: mientras en el primer escenario, el precio a pagarse a la contratista dependerá del número de trabajadores destacados a la usuaria, en el segundo supuesto, el pago se realizará en función del servicio facilitado, con independencia del número de trabajadores u horas hombre involucrados (1997, p. 397).

de los trabajadores son las causantes de “las más drásticas distorsiones a la relación de trabajo”, debido a que evidencian en mayor instancia la ruptura del binomio prestador y beneficiario del servicio en la concepción tradicional del ordenamiento laboral. La tercerización, en efecto, permite que trabajadores que laboran en un mismo centro de trabajo y son parte del mismo ciclo productivo formalmente tengan distintos empleadores, por consiguiente, son objeto de una regulación especial (Ugaz, 2009, p. 180).

Sin embargo, no hay que perder de vista que -dentro de todo- la figura jurídica de la subcontratación de bienes y servicios responde a un intento del legislador de utilizar conceptos clásicos del derecho en una nueva dinámica empresarial basada en razones de corte económico<sup>160</sup>. Es por ello que a la complejidad ya expuesta del fenómeno de la descentralización productiva -por ejemplo, sobre situaciones intrincadas de autonomía empresarial-, se deben sumar dos límites inmanentes del derecho que denotan que este “está atado a sus propias invenciones”.

El primero es la tradicional identificación de las actividades empresariales con una determinada personalidad jurídica, que sirve para sancionar con fraude a válidos vínculos estrechos entre empresas participantes de un mismo ciclo productivo pero que -más allá de la solidaridad-, asigna las obligaciones laborales únicamente a la contratista, a pesar de la participación de los trabajadores en el ciclo productivo de la principal. En segundo lugar, la “dualidad simplificadora del contrato” que expone Cruz está ligada a esta consideración tradicional, toda vez que no permite que a la empresa principal se le trasladen obligaciones laborales de trabajadores con los que no suscribió un contrato, incluso si estos han contribuido a la generación de utilidades de la primera (Arce, 2008b, pp. 23 y 27).

Por lo expuesto, el derecho del trabajo debe prestar atención al fenómeno de la descentralización productiva pues, en principio, rompe la relación arquetipo bilateral de trabajo y genera una distorsión entre el fenómeno económico y su expresión jurídica. Más importante aún, a nuestra rama jurídica tuitiva le debe importar la subcontratación por sus efectos nocivos sobre el ejercicio

---

<sup>160</sup> De ahí que Arce (2008b, p. 24) se pregunte si el derecho persigue su real objeto o únicamente persigue una realidad inventada o espejismo, si persigue “un gigante o un molino de viento”.

de los derechos humanos laborales, con independencia la intención del empleador<sup>161</sup>. Como sintetiza Gorelli, “no se trata de que este fenómeno haya generado una nueva regulación laboral como consecuencia de que la realidad que debe ser regulada haya cambiado”; al contrario, si bien las empresas se han adaptado a la descentralización productiva, el derecho del trabajo aún no lo ha hecho (2007, pp. 59-60).



---

<sup>161</sup> Como refiere Neves (Villavicencio y otros, 2012, pp. 305 y 306), “una cuestión es que el móvil que lleva al empresario a tercerizar o intermediar sea el de afectar las relaciones colectivas y otra es que tenga ese efecto. Yo creo que siempre va a tener ese efecto, no siempre va a ser el móvil. Creo que frecuentemente va a ser uno de los móviles más importantes, no necesariamente el principal ni el único”.

## 2.2. El impacto de la tercerización en el derecho del trabajo

Si dirigimos la mirada a su génesis, la subcontratación como expresión jurídica de la descentralización productiva se configura como “una técnica de gestión de los procesos productivos de naturaleza y alcances puramente mercantiles, sin incidencia directa [en principio] sobre la aplicación de las normas laborales”, pues se sitúa en una etapa previa a dicha aplicación (Sanguinetti, 2013, p. 183). En otras palabras, a menos que la estrategia involucre la participación de microempresas o pequeñas empresas, a los trabajadores contratados para prestar servicios en las actividades descentralizadas se les tendría que aplicar las mismas normas estatales a las que están sujetos los trabajadores contratados por la empresa principal.

Justamente, debido a la equivalencia de la noción de subcontratación con “redimensionamiento a la baja” de la empresa titular del proceso productivo (Gorelli, 2007, p. 62), una consecuencia natural de esta operación será el aumento del número de empresas de pequeñas dimensiones, bajo la lógica de que ellas estarán en mejores condiciones de demostrar una actuación eficiente y adaptabilidad a los cambios del mercado internacional. En escenarios como el peruano, estas empresas de reducido tamaño cuentan con un régimen promocional que otorga menos derechos para sus asalariados con el objetivo de alentar -en teoría- la formalización de ese sector, por lo que la decisión de externalizar actividades a microempresas sí tendrá un efecto degradador de partida.

Más allá de ese presupuesto, la evidencia demuestra que la subcontratación posibilita que el empresario implemente una política de diferenciación *in peius* con impacto en las condiciones aplicables a los trabajadores involucrados en su proceso productivo, al punto que la literatura es unánime en denunciar la situación descrita como el “otro rostro” de la tercerización<sup>162</sup> -al estilo del proceso globalizador-. El vehículo utilizado con esa finalidad es la personalidad jurídica misma de la empresa contratista, que funciona en esta dinámica a modo de barrera entre la empresa principal y los trabajadores tercerizados y que -se desee o no- no solo tiene

---

<sup>162</sup> En ese tenor se pronuncian Plá (2000, pp. 20-21), Ermida (Ermida y Colotuzzo 2009, pp. 69-83), Ojeda (2010, pp. 138-143), Gorelli (2007, pp. 61-123), Cruz (2009, pp. 65-81), Villavicencio (2004, pp. 144-145), Sanguinetti (2013, pp. 183 -195), Arce (2008b, pp. 28-50), entre otros destacados maestros laboristas.

consecuencias importantes sobre principios clásicos del derecho del trabajo, sino sobre el sistema de relaciones laborales en general.

## **2.2.1. Impacto sobre principios institucionales del derecho del trabajo<sup>163</sup>**

### **2.2.1.1. El principio de ajenidad**

En los términos de Villasmil, el derecho del trabajo latinoamericano se edificó sobre “dos piedras fundacionales”: el trabajo por cuenta ajena como objeto de regulación y la subordinación del contrato de trabajo bilateral como elemento diferenciador respecto de otros acuerdos relativos a la prestación de servicios personales, léase, el contrato civil de locación de servicios (2019, p. 19)<sup>164</sup>. Por consiguiente, aunque nuestra legislación no hace mención expresa al trabajo por cuenta ajena como sí lo realiza el Estatuto de los Trabajadores español<sup>165</sup>, la academia ha identificado a la ajenidad como uno de los elementos del trabajo que merece la atención del ordenamiento laboral<sup>166</sup>.

---

<sup>163</sup> Como ya se tuvo ocasión de mencionar, para Atienza y Ruiz (2004, p. 28) los principios institucionales son aquellos que expresan exigencias que derivan de la “maquinaria” del derecho. Dado que no necesariamente son excluyentes de los principios sustantivos -es decir, los principios en sentido estricto y las directrices que estudiamos en el subcapítulo 1.2.2.3.-, “pueden verse [...] como dimensiones orientadas hacia el interior del sistema jurídico de ciertos principios sustantivos”.

<sup>164</sup> Al respecto, coincidimos con Álvarez de la Rosa y Palomeque en que la ajenidad no es un elemento configurador de relaciones exclusivamente laborales, ya que también puede estar presente en relaciones de otra naturaleza como las civiles (Ojeda, 2007, p. 389). Por eso, consideramos oportuna la precisión de Villasmil de complementarla con la subordinación como elemento diferenciador.

<sup>165</sup> “Artículo 1. Ámbito de aplicación. 1. Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario [...]”

<sup>166</sup> En el Perú, Neves (2009, pp. 22-24) ha destacado al trabajo por cuenta ajena dentro de los componentes de la relación de trabajo a regularse por nuestra disciplina jurídica. Ermida, por otra parte, llegó a afirmar que la ajenidad “explica todo el funcionamiento del contrato de trabajo y de las relaciones laborales individuales” (2025, p. 153).

Basado en la doctrina francesa de responsabilidad del empresario, el principio de ajenidad en los riesgos hace referencia a que el trabajador está obligado a prestar su trabajo y como consecuencia de eso percibe una remuneración cierta, mientras que el empresario -dueño de los medios de producción- es el encargado de asumir los riesgos que presenta la operación, sean ganancias o pérdidas. Así, pese a que críticos de este principio señalan que el trabajador sí participa en cierta manera en los riesgos -verbigracia, con la reducción o aumento de la jornada o con la participación en las utilidades en sí-, en líneas generales el trabajador es un “sujeto extraño” de los frutos de su trabajo y tiene derecho a su salario en función a la puesta a disposición de su fuerza de trabajo al empleador.

Entonces, por medio de la tercerización, el empresario se vale del concepto de persona jurídica de la contratista para interponerla como “diafragma” entre el primero y los trabajadores de la última, que a fin de cuentas también participan del proceso productivo de la principal. De este modo, transfiere estratégicamente a la empresa satélite los riesgos económicos relacionados “tanto a las fluctuaciones del mercado como a la gestión de la fuerza de trabajo”. En un inicio, podría parecer paradójico que se quiera ganar competitividad mediante la pérdida del control sobre el resultado final de la actividad, empero, como ya se mencionó en el subcapítulo 2.1.1.2., las herramientas de coordinación del derecho mercantil permiten superar este escollo (Sanguineti, 2013, pp. 226-227).

El principio se trastoca aún más cuando la tercerización deja de lado razones técnicas y objetivas para ser utilizada como un mero instrumento con miras a lograr eficiencia empresarial a través de la degradación de las condiciones laborales de los trabajadores tercerizados. Ante ese supuesto, la transferencia de los riesgos del negocio de la principal se hace también hacia los mismos trabajadores, quienes los asumirán -por ejemplo- en supuestos en los cuales son contratados temporalmente a pesar de la naturaleza permanente de sus funciones. Ello quiebra

la estructura del contrato de trabajo y, sobre todo, viola “su fundamento ético” (Ermida y Colotuzzo, 2009, pp. 18-19)<sup>167</sup><sup>168</sup>.

### **2.2.1.2. La bilateralidad del contrato de trabajo**

La noción de persona jurídica como elemento para la determinación de la parte empleadora está ligada a la constatación de que la relación de trabajo “ideal” para el derecho siempre ha estado constituida por dos sujetos: el trabajador -que ofrece un servicio personal y subordinado- y el empleador -que lo utiliza y retribuye- (Neves, 2009, p. 53). En este vínculo sinalagmático enseñado en las facultades de derecho, la promesa de prestar servicios del trabajador está directamente relacionada con la promesa del empleador de remunerarlo como beneficiario del servicio ofrecido. Por consiguiente, la “dualidad simplificadora del contrato” impide que una tercera parte asuma alguna de esas obligaciones; téngase como ejemplo la imposibilidad del trabajador de trasladar la ejecución de su obligación, sea parcial o totalmente, a otra persona<sup>169</sup>.

Esta concepción del empleador como mero acreedor del trabajador no es gratuita, como bien precisa Sanguineti, sino que responde a un propósito garantista: no añadir ningún rasgo definitorio del empleador para no limitar el ámbito de aplicación del ordenamiento laboral (2013, p. 218). Con ese propósito, el derecho pone su atención en las características del trabajo prestado, a saber, su ajenidad y dependencia. No obstante, a través de la subcontratación, el trabajador contratado por la empresa tercerizadora termina prestando sus servicios indirectamente para la empresa jurídica titular del proceso productivo, muchas veces mediante una subordinación fáctica con esta. Bajo esa premisa, el contrato de trabajo deviene en un “instrumento innecesario para quien requiere la colaboración de otro para producir y obtener

---

<sup>167</sup> Coincidimos con Meléndez (2024, p. 424) en que la finalidad ética de la tercerización no es una mera “cuestión deontológica”. Por el contrario, cuenta con base constitucional recogida en el artículo 23 de nuestra ley fundamental: “[...] ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador [...]”.

<sup>168</sup> No sorprende, entonces, que para Carballo (2025, p. 219), la tercerización aluda más a una transferencia de responsabilidades patronales en vez de un mero desplazamiento de actividades.

<sup>169</sup> Es menester precisar que, en supuestos excepcionales, la ley peruana permite la colaboración de familiares directos dependientes (artículo 5 de la LPCL).

ganancias sin perder el control global del proceso”, ya que solo sería necesario un acuerdo de naturaleza comercial entre las partes (Guerra, 2013, p. 104).

En otras palabras, el binomio arquetipo empleador-trabajador sobre el que se construyó nuestra disciplina<sup>170</sup> queda “enturbiado” con la operación descentralizadora, al grado que surgen dudas sobre quién es la persona jurídica que exhibe “estatus patronal”, cuáles son las condiciones que regirán y el ámbito de la negociación colectiva (Carballo, 2019, p. 74). Muchas veces, la dilución y pluralización de la figura del empleador será un medio para “abaratar la laboralidad” (Ojeda citado en Goldín, 2018, p. 31).

De ahí la necesidad de dotar de sensibilidad al derecho frente al fenómeno de la descentralización productiva y sus mutaciones en la realidad económica, social y productiva, esto es, reformular la concepción tradicional de relación de trabajo para determinar quién o quiénes ostentan dicho “estatus patronal”, con el objetivo de asignar responsabilidades en esta nueva dinámica de relaciones triangulares de trabajo.

### **2.2.1.3. El principio de causalidad**

Dentro del funcionamiento normal de una empresa, los trabajadores pueden tener asignadas la realización de tareas de naturaleza temporal o de naturaleza permanente. Mientras las primeras hacen referencia a labores de corte ocasional o eventual derivadas de circunstancias extraordinarias, las segundas -contrario a lo que se creería- están vinculadas no solo a las actividades propias del núcleo del negocio de la compañía, sino también a actividades accesorias o complementarias con vocación de permanencia, tales como la seguridad o limpieza. Con ese propósito, es importante determinar “lo estable” en contraposición a “lo transitorio”, antes que definir si la actividad empresarial es accesorio o habitual, toda vez que si la actividad es permanente “nada impide que la contratación del trabajador pueda ser también de tipo indefinido” (Arce, 2008a, pp. 158-159).

---

<sup>170</sup> Y que continúa recogiendo en gran medida nuestra legislación pese a fenómenos como la descentralización productiva y el grupo de empresas.

En ese tenor, gran parte del andamiaje protector del derecho del trabajo ha sido construido sobre el principio de causalidad, esto es, el postulado por el cual la duración de la relación de trabajo debe estar vinculada directamente con la duración de la fuente que le dio origen<sup>171</sup>. Por consiguiente, como expresión de la estabilidad laboral de entrada, determina el carácter indeterminado de la relación laboral para labores de corte permanente y la reserva de la contratación temporal a supuestos de alcance limitado en el tiempo, ya sea por su transitoriedad, eventualidad o carácter ocasional, además de estar sujeta a determinadas formalidades y requisitos que, de no cumplirse, conllevarán incluso a la sanción de su desnaturalización<sup>172</sup>. Como resultado, la duración del contrato de trabajo será una materia que escape de la libertad de contratación de las partes (Villavicencio, 2013, p. 318).

Por otro lado, a menos que existan razones objetivas como las vinculadas a la capacidad o conducta del trabajador, el principio de causalidad como expresión de la estabilidad laboral de salida fundamenta la interdicción de todo aquel despido que no se fundamente en una causa justa, esto es, que constituya un mero ejercicio unilateral por parte del empleador. De lo contrario, se contraviene la naturaleza tuitiva de nuestra disciplina jurídica y, en específico, el derecho al trabajo garantizado en el artículo 22 de nuestra Constitución<sup>173</sup>. Aunado a ello, la estabilidad en el empleo -junto con la libertad sindical- es un “derecho para obtener derechos”, en la medida que dota al trabajador “del mínimo de autonomía necesaria para establecer una relación con el

---

<sup>171</sup> Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional en la resolución recaída en el expediente 1397-2001-AA, que señala que “el régimen laboral peruano se sustenta, entre otros criterios, en el llamado principio de causalidad, en virtud del cual la relación del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen” (fundamento 3).

<sup>172</sup> Téngase como ejemplos al artículo 4 y 77 de la LPCL. El primero de ellos presume la existencia de una relación laboral de carácter indefinido en toda prestación personal de servicios subordinados y remunerados; el segundo numeral establece la desnaturalización del vínculo temporal si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento o cuando se demuestre la existencia de simulación o fraude a la ley.

<sup>173</sup> Si bien el principio de causalidad es identificado principalmente con la excepcionalidad de la contratación sujeta a modalidad, compartimos la opinión de Blancas de que el principio es plenamente vigente “como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento el despido *ad nūtum* o incausado” (2012, p. 393).

empleador, en la que al menos su libertad, no solo la formal, encuentre alguna posibilidad de expresión” (Gianibelli, 2006, p. 142).

En lo que respecta a la tercerización, esta técnica va a habilitar que la vigencia de las relaciones de trabajo ya no esté supeditada a circunstancias objetivas como la naturaleza de las labores desempeñadas por los trabajadores. En su lugar, la relación de carácter comercial entre la empresa principal y la empresa auxiliar -a fin de cuentas, la voluntad empresarial- permite su utilización para legitimar la contratación temporal de la segunda con los trabajadores de su planilla, lo que reafirma la capacidad de la tercerización de trasladar de la principal a la contratista la incertidumbre en la gestión de personal. Dentro de ese escenario, la duración de los contratos de los trabajadores periféricos<sup>174</sup> va a estar sujeta a cualquier circunstancia que pueda afectar la relación civil entre las empresas, “sin importar si las labores siguen siendo o no necesarias para la entidad titular del proceso global de producción” (Sanguinetti, 2013, p. 230).

#### **2.2.1.4. El principio de igual salario por trabajo de igual valor<sup>175</sup>**

El principio de igualdad, si bien no es exclusivo del ordenamiento laboral, “es el valor inicial que da fundamento a todo el derecho del trabajo y al resto de sus principios”. Habida cuenta de la desigualdad de poder inmanente entre capital y trabajo, el trabajador está siempre expuesto a la discriminación, lo que lamentablemente convierte al vínculo laboral en un “caldo de cultivo” para diferenciaciones arbitrarias (Ermida, 2011, pp. 7 y 14). En ese sentido, el derecho ha dispuesto un mandato general de no discriminación que se traduce en la proscripción de trato diferenciado para determinados grupos ocupacionales que han sido relegados sobre la base de prejuicios y que han sufrido como consecuencia una degradación en su salario. No es sorpresa, entonces, que las normas que regulan este postulado lo hayan vinculado tempranamente con la

---

<sup>174</sup> Bajo este término nos estamos refiriendo en estricto a los trabajadores pertenecientes a la planilla de las empresas periféricas, en contraposición a la denominación de “trabajador periférico” que recoge Ojeda y que enlaza con trabajos menores -de corta duración o a tiempo parcial-, trabajo autónomo con dependencia económica o trabajo informal (2010, pp. 357-358).

<sup>175</sup> Considerado por Atienza (2017, p. 150) como una regla: “Digamos, prohibido discriminar por razón de sexo (siempre que exista una oportunidad de efectuar un acto de este tipo), es un principio; prohibido pagar a una mujer un salario inferior al de un varón si ambos realizan el mismo trabajo, es un regla”

prohibición de segregar la remuneración por motivo de sexo, al estilo del Convenio 100 de la OIT<sup>176</sup>.

En un inicio configurado por la Declaración Universal de Derechos Humanos como principio de igual salario por igual trabajo<sup>177</sup>, su aplicación tuvo dificultades justamente por el requerimiento de identidad entre los trabajos objeto de comparación en un mercado de trabajo segregado, por lo que posteriores instrumentos jurídicos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ampliaron su ámbito comparativo a un “salario equitativo e igual por trabajo de igual valor”<sup>178</sup>. No obstante, como reconoce Montoya y Cámara, si bien esta última noción permite comparaciones más amplias, su aplicación no está exenta de desafíos vinculados con la determinación de la similitud de valor. Para ello, deberemos recurrir a criterios objetivos como las competencias para el puesto, la dificultad de las funciones, rendimientos, entre otros parámetros, con el fin de descartar algún motivo prohibido (Mejía, 2009, pp. 129-130).

Lamentablemente, el panorama de competencia empresarial ha dificultado el traslado de los costos de producción al consumidor final y, con ese obstáculo, la decisión de descentralizar el ciclo productivo depende en muchas ocasiones del diferencial de costes que se obtiene tras la operación en lugar de razones de especialización. En consecuencia, aparecen contratistas con baja calificación técnica, escasa garantía y con disposición a ser atractivos en el mercado mediante la devaluación de las condiciones de trabajo de su personal en relación con los asalariados de la principal (Ojeda, 2010, p. 139). Incluso, en circunstancias en las que existe un sindicato de trabajadores en la empresa principal, la opción descentralizadora facilita el efecto

---

<sup>176</sup> Justamente, la OIT consagra desde su fundación este principio, pues el artículo 41 del texto original de su Constitución reconocía como uno de sus principios generales “de especial importancia y urgencia”. el principio de “salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor”.

<sup>177</sup> El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en ese sentido en la sentencia recaída en el expediente 04922-2007-PA/TC: “[...] la remuneración como retribución que percibe el trabajador no debe ser sometida a ningún acto de discriminación [...] como por ejemplo otorgar a unos una mayor remuneración que a otros por igual trabajo” (fundamento 8).

<sup>178</sup> No se trata de un mero cambio nominal, pues la igualdad salarial por igual trabajo busca proteger al trabajador de supuestos de discriminación directa, mientras que la igualdad salarial por trabajo de igual valor tiene como propósito erradicar la discriminación indirecta (Marmanillo, 2021, p. 1).

precarizador sobre los trabajadores periféricos al impedir la aplicación del convenio colectivo de dicho sindicato<sup>179</sup>. En los términos de Guerra, “el salario ya no [depende] de la efectiva prestación de servicios realizada, ni de la experiencia o habilidades del trabajador, sino de su posición especial en la cadena productiva” (2013, p. 106).

Vistas así las cosas, se habilita la posibilidad de que trabajadores que realizan labores de igual valor en una misma cadena productiva perciban salarios distintos, o peor aún, que estén sometidos a jornadas más extensas o labores más riesgosas sin que puedan demandar una mejora en su situación dada la mayor debilidad del trabajador mientras más lejos está del epicentro de la producción y la mayor inestabilidad de las empresas ubicadas en los últimos eslabones de la cadena productiva. Nuevamente, la personalidad jurídica de la empresa auxiliar va a actuar como impedimento para la aplicación de las bandas salariales de la empresa principal sobre los trabajadores tercerizados, toda vez que la legislación de la materia y nuestros operadores jurídicos parten de la lógica clásica de una relación bilateral de trabajo<sup>180</sup>.

### **2.2.2. Impacto sobre el sistema de relaciones laborales**

Según cifras del MTPE (2024b, p. 36) a junio de 2024, de los 4'028,671 trabajadores formales pertenecientes al sector privado, 122,821 están registrados en la planilla de empresas tercerizadoras y 144,886 lo están en la planilla de empresas de intermediación; es decir, conforman el 3.04% y el 3.59% de la fuerza laboral formal, respectivamente<sup>181</sup>. Estas cifras, sin

---

<sup>179</sup> Otro escenario negativo que destacan Ermida y Colotuzzo (2009, p. 72) es aquel en el que es la misma especialización de la empresa contratista impide la que impide que se aplique a sus trabajadores convenios colectivos celebrados a nivel de rama de actividad que serían aplicados si estos formasen parte de la planilla de la principal.

<sup>180</sup> Tanto la Ley 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, como su Reglamento, el Decreto Supremo 002-2018-TR, desarrollan el principio de igual salario por trabajo de igual valor bajo esa lógica.

<sup>181</sup> Sobre el primer grupo, la planilla electrónica (MTPE, 2024b, p. 24) da cuenta de la existencia de 1,048 empresas de tercerización, entre las que destacan 448 empresas de tercerización de actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler, 118 empresas de tercerización de actividades de transporte, almacenamiento y comunicaciones, 101 empresas de tercerización de industrias manufactureras y 108 empresas de tercerización de otras actividades de servicios comunitarios, sociales y personales.

embargo, discrepan del análisis de la planilla mensualidad (PLAME) que tuvo oportunidad de realizar la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) dos años atrás. Para la autoridad inspectiva (2022, p. 4), 399,739 trabajadores pertenecían a la planilla de empresas que, en enero de 2022, declararon que destacaban o desplazaban personal a otros empleadores.

Sin perjuicio de esta discrepancia y de la existencia de esquemas de descentralización productiva en la informalidad, nuestro análisis del impacto de la utilización de estas figuras en el sistema de relaciones laborales debe recurrir a cifras oficiales, ya que un estudio sobre la participación de la subcontratación informal o no regulada por la Ley 29245<sup>182</sup> excede el ámbito de esta investigación.

### **2.2.2.1. La fragilidad de la empresa “satelital”**

En lo que respecta al sistema de relaciones laborales, el efecto inmediato que provoca la utilización de la tercerización es el redimensionamiento a la baja del tamaño de las empresas participantes del ciclo productivo. Como es lógico, la decisión del empresario titular de externalizar determinadas parcelas de su actividad conduce a la reducción de las dimensiones de la empresa principal; mientras que, para continuar respondiendo a las exigencias de flexibilidad, las empresas auxiliares deben mantener también un tamaño pequeño o mediano (Cruz, 2009, pp. 67-68). Entonces, de acuerdo con Albuquerque (2013, p. 43), surge un nuevo paradigma productivo “satelital” u “orbital” que deja atrás la tradicional organización vertical de la producción y que, en casos extremos, se dedica únicamente a la comercialización del producto final.

En estructuras empresariales como la peruana, la subcontratación se vale de la abrumadora participación de las microempresas y pequeñas empresas en el tejido empresarial peruano. No sorprende, entonces, que de acuerdo con cifras de 2023 del Ministerio de la Producción, estas dos categorías representaron el 99.2% de las empresas formales peruanas operativas.

### **Empresas formales según tamaño empresarial, 2023**

---

<sup>182</sup> Recordemos que la Ley 29245 regula supuestos de tercerización de servicios con desplazamiento continuo.

Estrato empresarial	N° de empresas	Part.%	Var.% 23/22	Var.% 23/19
Microempresa	2 168 708	93,9	1,9	-5,4
Pequeña empresa	121 070	5,2	6,6	47,5
Mediana empresa	4 506	0,2	2,9	53,4
Mipyme	2 294 284	99,4	2,2	-3,5
Gran empresa	14 253	0,6	3,7	49,4
<b>Total</b>	<b>2 308 537</b>	<b>100,0</b>	<b>2,2</b>	<b>-3,3</b>

Gráfico 9. Fuente y elaboración: PRODUCE (2024, p. 36)<sup>183</sup>.

Este panorama presenta al menos tres consecuencias sobre el trabajador individualmente considerado. En primer lugar, es habitual que los ordenamientos jurídicos como el peruano establezcan un régimen “promocional” para las empresas de reducidas dimensiones y que, en la práctica, significa reducir la tutela para sus trabajadores. En ese sentido, el régimen laboral para la micro y pequeña empresa (MYPE) presenta una reducción significativa de los beneficios laborales para sus trabajadores con el propósito de “promover la competitividad, formalización y desarrollo” de ellas<sup>184</sup>. Sin embargo, como lo vaticina Cuadros (2020a, p. 189), esta medida difícilmente va a tener un efecto significativo -como tampoco lo tuvo su antecesora-, toda vez que la razón subyacente a la informalidad es -en realidad- el magro nivel de productividad de ese sector, lo que les impide cumplir a cabalidad con los costos laborales y tributarios del régimen general. Asimismo, determinados derechos solo se generan una vez que la empresa cuente con un mínimo de trabajadores registrados en su planilla, como es el caso de la participación de los

<sup>183</sup> Se ha considerado a la mediana empresa como aquella con ventas anuales mayores a 1700 UIT y menores a 2300 UIT, mientras que la gran empresa es aquella con ventas anuales superiores a 2300 UIT, en concordancia con la Ley 30056, Ley que modifica diversas leyes para facilitar la inversión, impulsar el desarrollo productivo y el crecimiento empresarial.

<sup>184</sup> Este régimen, regulado ahora por la reciente Ley 32353, no contempla la compensación por tiempo de servicios (CTS) para los trabajadores de la microempresa -aquellas empresas cuyo volumen anual de ventas no supera las 150 UIT- y la reduce a quince remuneraciones diarias por año completo de servicios para los trabajadores de la pequeña empresa -aquellas cuyo volumen anual de ventas no es superior a 1700 UIT-. Para el caso de las gratificaciones, la norma no la otorga para los trabajadores de la microempresa y la limita a media remuneración en fiestas patrias y navidad para los trabajadores de la pequeña empresa.

trabajadores en las utilidades<sup>185</sup>. Se producen, por tanto, incentivos perniciosos para fraccionar la compañía con el objetivo de no compartir esta importante fuente de ingresos para los trabajadores o de acceder al régimen promocional.

En segundo lugar, la microempresa, producto de su mismo potencial económico, muchas veces no está en condiciones de ofrecer similares condiciones de trabajo en comparación con las que existen en la empresa titular del proceso productivo. Y es que, más allá de los supuestos en los que la empresa contratista llega a poseer dimensiones importantes por razones vinculadas a su especialización, la mayoría de las microempresas poseen bajos niveles de productividad y operan en condiciones precarias, dado su escaso acceso a programas de asistencia técnica y a su poca inversión en innovaciones tecnológicas y maquinarias (Cuadros, 2020a, p. 185). Por este motivo, las empresas auxiliares de este tamaño son extremadamente inestables desde un punto de vista económico, lo que supone no solo una importante dosis de inseguridad para los trabajadores, sino también una propensión al incumplimiento de las obligaciones laborales<sup>186</sup>. Se termina transfiriendo, de este modo, el riesgo del negocio a la clase trabajadora, que -como ya hemos indicado- contraviene el principio de ajenidad.

Peor aún, modelos productivos como el de Gamarra cuentan con una estructura que va “de lo macro a lo micro”, esto es, empresas grandes que proveen o distribuyen telares nacionales o chinos al por mayor y que contratan con puestos de venta de menores dimensiones, quienes a su vez lo derivan con talleres de confección para finalmente colocar las prendas de vestir en galerías o ambulatoriamente. Bajo esta dinámica local, las empresas más grandes se ubican al inicio y no al final de la cadena de suministro, lo que provoca que las opciones de fiscalización de las primeras sobre las empresas pequeñas se reduzcan considerablemente, “dado que el producto ya fue vendido” (Galicia, 2019, p. 63).

---

<sup>185</sup> Efectivamente, en virtud del artículo 9 del Decreto Legislativo 677, este derecho reconocido en la Constitución ha sido excluido para empresas que cuenten con veinte o menos trabajadores. Dado que un trabajador podría llegar a recibir hasta dieciocho veces su remuneración mensual -esto es, más de lo que percibiría en un año de servicios-. se torna atractivo para los empleadores el impedimento de su acceso para sus trabajadores.

<sup>186</sup> Relata Galicia (2019, pp. 70-71) que en los talleres de confección de la producción textil de Gamarra es común la alta rotación laboral, informalidad, condiciones míseras, clandestinidad, entre otros.

Por último, la inestabilidad descrita también va a presentar un impacto en la capacitación e involucramiento del personal de la contratista -dos axiomas de la administración de personal-, toda vez que depende en gran medida de la renovación del vínculo comercial que posee con la empresa titular de la producción. Por una parte, no es realista pretender que el trabajador se identifique con los objetivos de la contratista y los asuma con propios si conoce que existe una gran posibilidad de que en unos meses no se renueve su contrato de trabajo; de otra parte, la empresa satélite tampoco va a estar interesada en capacitar a un personal que en poco tiempo “estará fuera de la casa” (Ermida, 2009, p. 418). Ello contribuye a la alta rotación de personal de estas empresas y a la poca capacidad del primer de negociar mejoras en las condiciones de empleo ofrecidas por la contratista.

#### **2.2.2.2. La huida del derecho del trabajo**

Desde la perspectiva de la empresa principal, la externalización de sus parcelas productivas involucra una reducción de la cantidad de asalariados en su planilla y, por tanto, la caracterización de los trabajadores a cargo de las parcelas productivas a descentralizarse como “personal excedente”. A raíz de ello, este personal en algunas ocasiones es trasladado a otras actividades dentro de la empresa, en otras puede ser contratado por la empresa orbital -como se acaba de detallar- pero, inclusive, también es sujeto de desvinculación para dar paso a relaciones de naturaleza mercantil. Es el caso de determinados asalariados que pasan a “independizarse” mediante la constitución de sus propias empresas -con el propósito de prestar servicios a la principal- o, en último término, se convierten en trabajadores autónomos tras previo acuerdo entre las partes<sup>187</sup>, lo que consolida el denominado “discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en la acertada expresión de Antonio Martín (Cruz, 2009, pp. 68-69). De la huida (Villavicencio, 2012, p. 26) o del debilitamiento subjetivo (Goldín, 2018, p. 34) del derecho del trabajo se ha empezado a hablar en la doctrina.

---

<sup>187</sup> Para ello, el empresario cuenta mecanismos para incentivar la desvinculación de sus trabajadores como, por ejemplo, la suscripción de convenios de mutuo disenso con el pago de una suma graciosa que hasta puede usarse para compensar adeudos laborales a ser declarados judicialmente (artículo 57 de la Ley de CTS).

Indudablemente, el trabajo autónomo es un fenómeno que antecede al surgimiento del contemporáneo derecho del trabajo; sin embargo, con el ascenso de la descentralización productiva, la clásica dicotomía trabajo subordinado–trabajo autónomo ha cedido el paso a categorías intermedias de trabajadores que formalmente son autónomos pero que económicamente son dependientes de la empresa principal, acontecimiento similar a la ya descrita dependencia material de las empresas satélites de los diseños de la empresa titular del proceso productivo (Sanguineti, 2013, p. 186).

Se trata, en primer término, de una “proletarización” o dependencia económica de clásicas profesiones liberales como la abogacía, medicina o contabilidad y, en segundo lugar, de la aparición de nuevas fórmulas flexibles de empleo como Uber que, más que un supuesto de simulación o fraude a la ley, encierran una complejidad retadora para el operador jurídico<sup>188</sup>. En el ámbito local, la dinámica de los talleres de confección de Gamarra involucra la subcontratación de trabajadores autónomos desde sus hogares, contratados civilmente por encargos. En cualquier situación, la descentralización productiva ha estimulado la descrita mutación de relaciones de trabajo subordinadas a relaciones civiles independientes, principalmente por el deseo de ahorro de gasto de la empresa titular, ya que el empresario no asumirá las cargas sociales y de capacitación vinculadas a una relación laboral.

El problema radica en que, fuera de la autonomía en la ejecución de la prestación, el trabajador autónomo económicamente dependiente o “parasubordinado” está inmerso en una situación fáctica muy similar a la del trabajo subordinado, que no es otra que la debilidad contractual de quien está “íntimamente vinculado” a una determinada empresa y en consecuencia no tiene más opción que aceptar las condiciones impuestas sobre la manera en la que prestará sus servicios<sup>189</sup>. De ahí que la doctrina reclame la intervención del derecho del trabajo para suprimir

---

<sup>188</sup> La tecnología, como se ha tenido oportunidad de indicar, ha contribuido a la aparición de variadas y complejas relaciones entre prestadores y receptores de servicios. Sin apartarnos del ejemplo de Uber, la compañía provee pasajeros a un chofer -que hasta puede no ser el propietario del vehículo-, quien abonará una comisión a la primera sobre la tarifa pagada por los pasajeros por la intermediación ofrecida. En los términos de Villasmil, “de la uberización del empleo comienza a hablarse con más frecuencia” (2019, p. 23).

<sup>189</sup> Ello asegura “la diligencia y sometimiento” de esos trabajadores (Goldín, 2018, p. 34).

dicho desequilibrio y conducir así a una “situación de justicia material” frente a lo que Ojeda denomina “saturación del contrato de trabajo” para abarcar todas las situaciones de dependencia que pueden surgir en una prestación de servicios (Gorelli, 2007, pp. 112-115)<sup>190</sup>.

### **2.2.2.3. La temporalización de la relación de trabajo**

Las repercusiones de la subcontratación sobre el sistema de relaciones laborales no se han detenido en la fragilidad de la empresa “orbital” ni en la expulsión del ámbito del derecho del trabajo de prestaciones de servicios parasubordinadas: más importantes y relevantes son -tanto cuantitativa como cualitativamente- las consecuencias que despliega la descentralización productiva sobre las relaciones de trabajo que permanecen dentro del ámbito del ordenamiento laboral. En los términos de Sanguineti, “la externalización contribuye a reducir la seguridad, la estabilidad y las garantías que dichas normas han venido asegurando en el pasado a los trabajadores sujetos a una relación de dependencia”, por lo que el trabajo se torna “precario e inseguro” (2013, p. 187)<sup>191</sup>.

Una de las manifestaciones de la mencionada precarización es la expansión de la contratación temporal en las empresas auxiliares. Como ya se hizo referencia, el tiempo previsto para el encargo entre la principal y la contratista es usado por la segunda como justificación para la celebración de contratos de trabajo a plazo fijo que, en última ratio, atienden necesidades ordinarias y de corte permanente de la empresa principal -necesidades que de no existir la descentralización productiva deberían ser cubiertas por medio de contratos de trabajo indefinidos-. En consecuencia, la flexibilización del principio de causalidad ocurrida con ocasión de la reforma laboral de los noventa -desarrollada en el subcapítulo 1.4.2.-, toma un nuevo impulso a la raíz de la preeminencia de la tercerización en la dinámica de la economía globalizada.

---

<sup>190</sup> Complementan Ermida y Colotuzzo que, en situaciones como esta, son los trabajadores independientes los que deben asumir los costos de la seguridad social, coyuntura que denota una discriminación respecto de sus pares subordinados (2009, p. 73).

<sup>191</sup> Esta inseguridad jurídica también se proyecta sobre las empresas auxiliares y la posibilidad de prorrogar el contrato mercantil con la empresa principal, por lo que no se ven incentivadas a asumir compromisos laborales que excedan de los correspondientes al contrato con la titular (Cruz, 2009, p. 73).

A todo esto, si bien la descentralización productiva no está contemplada específicamente como una causal para la contratación a plazo fijo en nuestro país, las empresas auxiliares han venido recurriendo a la variada gama de contratos sujetos a modalidad que ofrece la LPCL. Póngase como ejemplo el contrato por obra determinada o servicio específico<sup>192</sup>, el cual, a pesar de que doctrinariamente se ha precisado su contenido para hacerlo compatible con el principio de causalidad<sup>193</sup>, es utilizado para encargos que ciertamente son temporales, pero cuyo trasfondo es la satisfacción de una necesidad permanente de la empresa principal.

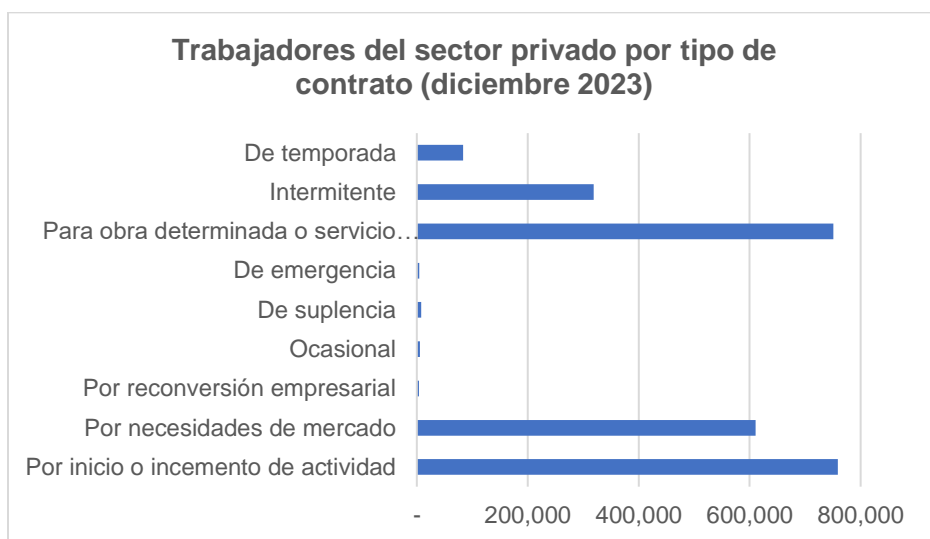


Gráfico 10. Fuente: MTPE (2024a, p. 47). Elaboración propia.

De ahí que, conforme a la SUNAFIL (2022, p. 3), el 69% de los trabajadores de las empresas de tercerización de servicios esté contratados bajo contratos sujetos a modalidad<sup>194</sup>. De esta forma, la voluntad de los empresarios -en lo que respecta a la determinación del término del encargo-

<sup>192</sup> El artículo 63 de la LPCL detalla escuetamente que es aquel “con objeto previamente establecido y de duración indeterminada. Su duración será la que resulte necesaria”.

<sup>193</sup> Al respecto, Sanguineti (2008a, p. 75) precisa que, para evitar la desaparición de la contratación a tiempo indeterminado, el contrato por obra determinada o servicio específico debe delimitarse a tareas que, a pesar de ser habituales u ordinarias para la empresa, tienen naturaleza determinada en el tiempo, como los contratos para la ejecución de obras, “cuyo carácter intrínsecamente temporal impide que los contratos con su personal puedan celebrarse a tiempo indefinido”.

<sup>194</sup> Cifras a enero de 2022.

se transforma en una habilitación para la mutación de puestos de trabajo permanentes en puestos de trabajo temporales y la empresa satélite ya no va a estar obligada a recontractar a sus trabajadores, aun cuando el contrato mercantil con la principal se renueve. Demostrar que la extinción del contrato entre las empresas se basó en causas objetivas en vez de un “capricho” - es decir, que existe un fraude de ley-, será una tarea difícil para el operador jurídico, toda vez que la actuación de la empresa se fundamentaría en la libertad contractual (Arce, 2008a, p. 173)<sup>195</sup>.

#### **2.2.2.4. La reducción del caudal sindical**

La fragmentación del ciclo productivo de la empresa principal también ha traído como consecuencia una importante reducción del caudal sindical para todos los trabajadores involucrados en el ciclo productivo de la empresa principal.

En un primer momento, la eventual transformación de contratos de trabajo a contratos de corte civil plantea retos en el ejercicio de la libertad sindical para los -nuevos- trabajadores autónomos. En efecto, la naturaleza de la libertad sindical -léase, su carácter de derecho adscrito a una actividad humana concreta- hace que la doctrina prefiera considerar como titular en estricto de este derecho al trabajador por cuenta ajena y, por ende, deje de lado al trabajador autónomo en vista de su falta de “interés antagónico sindicalizable” (Villavicencio, 2010, p. 57). Ciertamente, no se desconoce el derecho del último de constituir las organizaciones que estime pertinentes - de conformidad con la terminología *oitiana*-, pero las particularidades del trabajo asalariado no permiten que pueda ejercitar plenamente este otro “derecho para obtener derechos”<sup>196</sup>. En consecuencia, la transformación de contratos de trabajo en contratos de corte civil que hemos

---

<sup>195</sup> Incluso en ordenamientos como el español, relata Gorelli que jurisprudencialmente ya se viene admitiendo el recurso al contrato de trabajo temporal obra o servicio en base a la temporalidad de la actividad a desarrollar por los trabajadores, lo que dotaría a la actividad de autonomía y sustantividad propias dentro de la empresa (2010, pp. 97-98).

<sup>196</sup> En ese sentido, el artículo 6 de la LRCT reconoce el derecho de “los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo” de organizarse y regirse por las disposiciones de dicha norma en lo que les sea aplicable.

descrito previamente constituye un primer fraccionamiento del caudal sindical del proceso productivo.

En un segundo momento, la delegación de las parcelas productivas de la empresa titular implica la fragmentación del colectivo de trabajadores y dificultades en cuanto a la existencia de los sindicatos de empresa ya constituidos, dado que reduce su afiliación sindical incluso por debajo del número mínimo de veinte trabajadores que exige nuestra legislación para constituir o mantener una organización sindical de nivel empresarial<sup>197</sup>. Nótese además que la mano de obra más calificada y cercana a la dirección de la empresa es la que usualmente se mantiene en la planilla de la principal tras la externalización, y justamente estos asalariados son los que menos interés tienen en conformar o preservar un sujeto colectivo, habida cuenta de su mayor poder de negociación individual (Ugaz, 2008, p. 118). Desde la perspectiva de las empresas auxiliares, en aquellas con reducidas dimensiones sus trabajadores no pueden conformar un sindicato e inclusive cuando se supere ese número es difícil imaginar un escenario en el que todos los trabajadores deseen afiliarse al sujeto sindical, principalmente por el ambiente de inestabilidad laboral que produce la ruptura del principio de causalidad, no solo ante la posibilidad de no renovación de los contratos de los trabajadores, sino por experiencias en las que el capital ha decidido finiquitar el negocio ante victorias sindicales<sup>198</sup>.

En un tercer momento, la mermada capacidad de negociación de los sujetos sindicales sobrevivientes deja de lado la función organizacional de la negociación colectiva, que permitiría negociar -y legitimar- las condiciones en las que operaría la subcontratación, para reconducirla

---

<sup>197</sup> Ello no significa que se prive de representación sindical alguna a las empresas con una planilla menor a ese número, pues como refiere el artículo 15 de la LRCT, en estos supuestos los trabajadores podrán elegir a dos delegados que los representen ante el empleador y ante el MTPE.

<sup>198</sup> Como da cuenta PLADES en su informe denominado “Conducta empresarial responsable (CER) y cumplimiento de derechos laborales en la cadena de minería – 2021”, la minera peruana Buenaventura optó por cerrar su unidad de producción en Uchucchacua tras un revés judicial que implicó la incorporación de 300 trabajadores a su planilla. El argumento de la empresa para la paralización de las operaciones y la correlativa resolución de los contratos con todas sus contratistas fue la baja producción del mineral y el conflicto con la comunidad de Oyón (Cavero, 2023, p. 37).

a una mera función de intercambio<sup>199</sup>, en ocasiones a través de convenios colectivos *in peius* de eficacia limitada<sup>200</sup> a cambio de mantener activa la fuente de trabajo. Por consiguiente, la tercerización brinda al empleador la facultad de decidir qué convenios colectivos son aplicables a su personal, pues le basta usar su poder de dirección para modificar el ámbito de sus trabajadores. Como bien anota Tribuzio, se establece “una suerte de *dumping* convencional [...] con arreglo a criterios que oscilan entre el precio del trabajo, la mayor flexibilidad de las condiciones laborales y la docilidad/tolerancia del sujeto sindical que administra el convenio conjuntamente con la patronal” (Guerra, 2013, pp. 114 y 116).

En un cuarto momento, la tercerización plantea desafíos en relación con el ejercicio del derecho de huelga, ya que el éxito de la acción reivindicativa depende en gran medida del porcentaje de paralización del proceso productivo, posibilidad que se diluye con la fragmentación del ciclo de fabricación. En lo que respecta a la empresa principal, la subcontratación permite que el empresario titular no detenga completamente su producción, debido a la delegación realizada y la prohibición de las huelgas de solidaridad entre sindicatos en nuestro ordenamiento jurídico. En lo concerniente a las empresas contratistas, el ambiente de inestabilidad y precariedad que rodea a sus trabajadores es un gran detrimento al momento de analizar la medida de autotutela; peor aún, existe la posibilidad de que la empresa principal recurra a otras auxiliares para que se hagan cargo de la actividad suspendida, pues la prohibición de esquirolaje no alcanza a relaciones civiles (Guerra, 2013, p. 117).

De este modo, queda en evidencia el potencial de la tercerización de profundizar el modelo descentralizado de relaciones laborales basado en la unidad negocial a nivel de empresa y que, en vista del tejido empresarial peruano, ha excluido de la tutela colectiva a la gran mayoría de trabajadores en nuestro país en vista. Con la fragmentación del ciclo productivo en empresas de reducidas dimensiones, el único recurso a disposición para los trabajadores participantes es la

---

<sup>199</sup> También denominada función de compraventa por Sanguinetti, es una de las seis funciones que el autor identifica sobre la negociación colectiva (2013, pp. 260-264).

<sup>200</sup> Nos referimos al requisito del artículo 46 de la LRCT, que otorga eficacia general solo a los convenios colectivos de las organizaciones sindicales que representen a la mayoría absoluta de las empresas y los trabajadores del respectivo ámbito. Dada la anotada fragmentación del colectivo de trabajadores, es difícil que se logre dicha tasa de afiliación.

representación no institucionalizada, es decir, la elección de delegados de personal. No es sorpresa, entonces, la magra tasa de sindicalización de 5.04% para el sector privado<sup>201</sup> y la importante participación de los delegados en el registro sindical, muchas veces por encima de los sindicatos en sí.

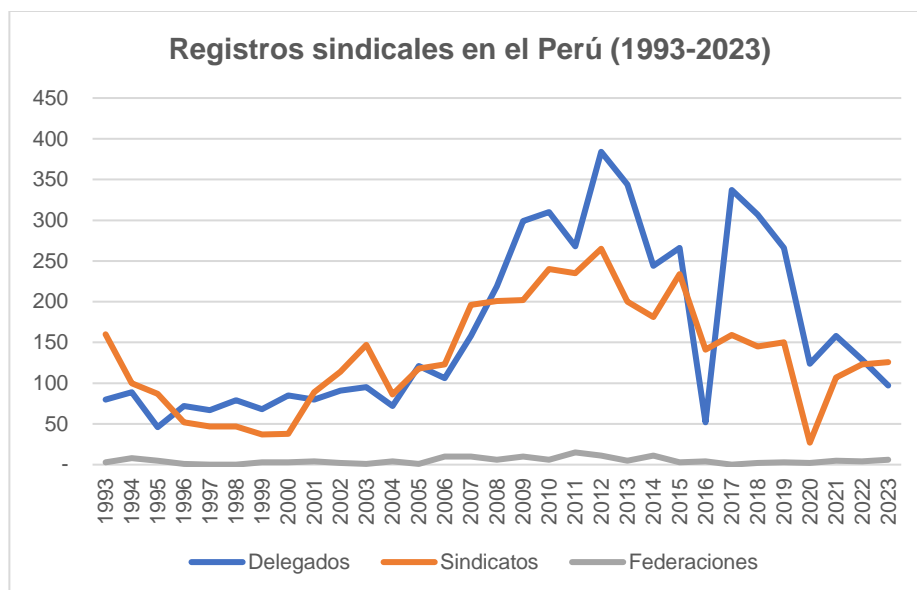


Gráfico 11. Fuente: MTPE (2024a, p. 172). Elaboración propia.

### 2.2.2.5. Dificultad para la consolidación de la comunidad de intereses

Si la globalización ha contribuido al desdibujamiento de la identificación de los trabajadores como clase -en los términos del subcapítulo 1.3.2.3.-, la segmentación del ciclo productivo de la empresa ha terminado por dismantelar al colectivo de asalariados clásicamente uniforme. La empresa *taylorista* que contrataba a sus trabajadores a plazo indefinido y con condiciones de trabajo similares ha cedido el paso a una complejidad de relaciones con diversos empleadores en un mismo centro de trabajo, con distintas modalidades de contratación y con diferentes salarios, no pocas veces en función de la cercanía del trabajador con el núcleo del negocio de la

<sup>201</sup> Cifras a junio de 2024 (MTPE, 2024b, p. 31) que encasillan al Perú en la “maldición del 10%”, expresión usada por Villavicencio para denominar a los países latinoamericanos que no pueden superar ese porcentaje de trabajadores colectivamente organizados (2015, p. 334).

compañía, lo que naturalmente es incentivo para la polarización. La unidad sindical<sup>202</sup>, aquella táctica del sindicalismo obrero de la era industrial, se ha debilitado<sup>203</sup> y ha aparecido un derecho colectivo del trabajo de “geometría variable”, en constante adaptación a los nuevos supuestos de trabajo con el fin de cumplir su función equilibradora (Villavicencio, 2008, p. 554).

En cuanto a la comunidad de intereses dentro de la empresa contratista, habida cuenta de su objeto social de prestar servicios a otras empresas, los asalariados inscritos en su planilla están dispersos con motivo de su destaque. Bajo ese escenario en que los trabajadores de una misma compañía no se conocen entre sí, la identidad colectiva sin duda se diluye, sobre todo por la alta rotación como consecuencia de la utilización de contratos sujetos a modalidad y la poca cualificación requerida para el puesto<sup>204</sup>. Como sintetiza Valdés, la tercerización hace que se pierda aquella “cohesión social que procura la agrupación de trabajadores en un mismo espacio físico” (Guerra, 2013, p. 119).

En lo que respecta a los trabajadores de la empresa principal, su permanencia en la misma tras la externalización de actividades y la contratación de trabajadores periféricos representa un elemento que contribuye a aumentar su sensación de seguridad en la empresa, pues son los periféricos los que constituyen una fuerza de trabajo “parachoques” que será la primera en ser prescindida ante una crisis o disminución de la demanda (Ubaldo, 2000, p. 51). De esta manera, el trabajador de la empresa titular no comparte un interés en agruparse con sus compañeros de las empresas contratistas, ya sea porque detenta un poder de negociación -individualmente

---

<sup>202</sup> Ya desde el Manifiesto de 1848 se había consagrado a la integración como un valor del sindicalismo “que es parte de su propia aspiración histórica como organización a fin de cimentar la solidaridad”. No obstante, nos encontramos ante una nueva realidad con una “cada vez más heterogénea fuerza de trabajo que incide también en una estructura de clases diferentes y que diluye objetivos, vivencias y problemáticas en el seno de los trabajadores” (Gamarra, 2024, p. 214).

<sup>203</sup> Recordemos que, en palabras de Ojeda (2010, p. 119), la empresa principal exterioriza sus actividades no solo con motivo del consiguiente ahorro en la reducción de la planilla, sino también por la eliminación de “causas de conflictividad”.

<sup>204</sup> Es por ello que Ubaldo afirma que “para estos trabajadores, el trabajo prestado en régimen de subcontratación puede ser la “única oportunidad” que tengan para prestar un trabajo remunerado y solo esta posibilidad compensaría todas las posibles desventajas que podría acarrearle tal situación” (2000, p. 51).

considerado- superior al de ellos o porque simplemente los ve como “ajenos”, lo que debilita “el poder sindical que sigue reposando, entre otros factores, en la unidad y el número” (Ermida y Colotuzzo, 2009, p. 74).

Ya en un escenario de negociación colectiva a nivel empresarial, la fragmentación de la comunidad de intereses dificulta la homogeneidad en las pretensiones del sujeto sindical de la empresa contratista, puesto que cada unidad destacada “supone la existencia de unos intereses laborales de grupo que gozan de la suficiente autonomía para ser susceptibles de gestión independiente” (Olmo citada en Guerra, 2024, p. 390). Así, de acuerdo con Ubaldo, se vuelve difícil el establecimiento de una estrategia común a todos los trabajadores, más allá de algunas cláusulas de “doble escala salarial” que fijan condiciones menos favorables para los trabajadores con ingreso posterior a la vigencia del convenio, en una especie de “derecho a la insolaridad” que contrasta con el sustento del sindicalismo (2000, p. 54). El resultado no es otro que el establecimiento de convenios de mínimos que no pueden reducir las brechas existentes entre trabajadores del mismo ciclo productivo<sup>205</sup>.

#### **2.2.2.6. Dificultad para identificar a la contraparte negocial**

La compleja estructura empresarial que se conforma con ocasión de la descentralización productiva no solo hace más difícil la penetración del sindicato, sino también complica la identificación del sujeto que adopta las decisiones en materia de condiciones de empleo, con independencia de lo que suceda en el plano jurídico-formal (Cruz, 2009, pp. 78-79). Y es que, en un escenario postindustrial que ha dejado atrás el axioma de “un trabajador, una empresa, un contrato” (Ojeda citado en Gorelli, 2007, p. 58), la figura del empresario se ha difuminado al punto que personas jurídicas que no son titulares de los medios de producción son beneficiarias de los

---

<sup>205</sup> Como precisan Ermida y Colotuzzo (2009, p. 18), de la segmentación y debilitamiento de lo colectivo al empeoramiento de las condiciones de trabajo hay un solo paso “que no solo se da muy frecuentemente, sino que, además, en muchas ocasiones es el objetivo perseguido o uno de los objetivos perseguidos”.

resultados del ciclo productivo y son partícipes del control de la prestación, de tal manera que los trabajadores no pueden deducir con certeza cuál es su empresario<sup>206</sup>.

Debido a que el escenario en que los sindicatos nacieron y se desarrollaron ya no existe, empiezan a evidenciarse las consecuencias del nuevo panorama en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo. En efecto, aunque los trabajadores periféricos pueden constituir las organizaciones que estimen convenientes -de acuerdo con la nomenclatura de la OIT-, tienen que dejar de lado el criterio de afiliación basado en el vínculo con la contratista si desean acceder a negociar con la empresa principal, en aplicación del principio de congruencia (Guerra, 2013, p. 129)<sup>207</sup>. Esta decisión se basa en el hecho de que, en muchas ocasiones, los ingresos que ofrece la contratista a sus trabajadores dependen de la retribución pactada en el contrato mercantil con la empresa principal<sup>208</sup>. Por consiguiente, los trabajadores van a tener dificultades para emplazar su pliego de reclamos a una empresa con la que, a pesar de estar formalmente vinculados, no tiene mayor posibilidad real de hacer concesiones.

---

<sup>206</sup> En los términos de Supiot, los trabajadores tercerizados “se encuentran hoy en día frente a un patrono solamente aparente, mientras que no se sabe dónde se encuentra la realidad del poder de decisión económica” (citado en Guerra, 2013, p. 133).

<sup>207</sup> De por sí, los ámbitos de organización sindical que establece el artículo 5 de la LRCT (“de empresa, de rama de actividad, de gremio y de oficios varios”) refleja que nuestra legislación se ha estancado en el modelo de empresa tradicional, es decir, aquel en el que para cada actividad empresarial existe una persona jurídica (Arce, 2008b, p. 45). Felizmente, el Decreto Supremo 014-2022-TR ha recogido el criterio del Convenio 87 de la OIT y ha precisado que los trabajadores pueden agruparse en el ámbito que lo estimen conveniente, lo que incluye organizaciones sindicales “de redes de subcontratación” (artículo 4.6).

<sup>208</sup> Incluso, en supuestos de subcontratación de mano de obra, el contrato entre la empresa de servicios y la empresa usuaria determina -a través de la estructura de costos- el monto exacto que percibirá cada trabajador destacado como salario. De ahí que Ugaz refiera que “es poco probable que los trabajadores organizados puedan acceder a mayores beneficios si el otorgamiento de estos no depende de su empleador sino de la principal, con la que no tienen la más mínima relación jurídica o contractual” (2008, p. 119).

Ya en la etapa de la huelga, la tercerización dificulta la identificación de la empresa o empresas a las que se busca perjudicar con la medida de presión<sup>209</sup>, toda vez que, por el contexto de interdependencia empresarial presente, la paralización del sindicato de una contratista involucra un impacto en la empresa principal a cuya sede se destaca el personal de la primera. Ante ello, la empresa titular puede optar por resolver el contrato mercantil que la vincula con la auxiliar, hecho que a su vez provoca que esta última extinga los contratos de los trabajadores a su cargo, en especial si en ellos se hubiese consignado que la finalización del encargo era causal válida para la terminación de la relación laboral. Pese a que judicialmente se puede ordenar la readmisión de los despedidos a la contratista, la sentencia será de difícil ejecución por mor de la desaparición de los puestos a raíz de la decisión de la empresa principal<sup>210</sup>.

#### **2.2.2.7. El efecto nocivo cardinal: la dualización del mercado de trabajo**

Las consecuencias descritas sobre el sistema de relaciones laborales con ocasión de la descentralización productiva confluyen en el siguiente efecto pernicioso principal: la tercerización produce una “dualización” del mercado de trabajo en base a factores meramente organizativos, esto es, en relación con la pertenencia del trabajador a la planilla de la empresa titular del ciclo de producción o a las de las empresas satélites. Así, dentro de un mismo proceso productivo van a convivir trabajadores contratados a plazo indefinido -los adscritos a la principal- con trabajadores contratados temporalmente por empresas de baja productividad para realizar labores de corte permanente, con salarios bajos, condiciones de empleo precarias y dificultades para ejercer sus derechos colectivos. En casos extremos, los trabajadores serán contratados por medio de instrumentos del derecho civil, con la renuncia a la protección de la seguridad social que ello amerita.

---

<sup>209</sup> El objetivo de hacer daño al empleador parte de una concepción funcional antes que patológica del conflicto laboral, en la medida que la huelga restablece el equilibrio entre los actores sociales alterado por el poder económico del empresario. Con gráfica precisión, entonces, Ermida califica a la huelga como “el fenómeno más atípico de la parte más atípica del derecho más atípico” (1996, p. 14).

<sup>210</sup> Es el caso de las sentencias del Tribunal Constitucional español 75 y 76/2010, ambas del 19 de octubre, que ordenan al juez de instancia que se pronuncie sobre si la admisión al empleo es posible o no en situaciones como esta, para lo cual deja abierta la posibilidad de la reparación pecuniaria (Sanguinetti, 2010).

El motivo detrás de la creación de esta nueva categoría de trabajadores<sup>211</sup> no es otro que la peculiar habilidad de la tercerización de poner “entre paréntesis” o “puentear” la aplicación de la legislación laboral para el empresario titular con respecto de los trabajadores que formalmente prestan servicios para las empresas satélite. De esta manera, se ve facultado a convertir puestos permanentes en temporales, a justificar la extinción de contratos de trabajo por causas ajenas a su actividad productiva y a degradar los salarios siempre que no sean inferiores a la remuneración mínima vital, al extremo de negar la participación en las utilidades<sup>212</sup>. Ya lo indicó sin atenuantes Sanguinetti: con la tercerización se obtiene un resultado más favorable que el que se conseguiría con una nueva reforma flexibilizadora de la legislación laboral, pero sin los costos políticos que implicaría su aprobación (2013, pp. 191 y 194)<sup>213</sup>.

Se genera así un círculo vicioso en el cual la precariedad laboral coetánea a la tercerización desalienta la afiliación sindical y la falta de ejercicio de la última consolida a la primera, pues como sentencia Arce, “[...] sin organismos de representación, sin espacios de diálogo que puedan terminar en acuerdos o sin posibilidades reales de autotutelar sus intereses mediante medidas de conflicto colectivo, los trabajadores de la contratista o de la empresa de servicios serán por siempre trabajadores periféricos o de segunda clase” (2008a, p. 139). Y es que, ante la ineficacia de la heteronomía estatal, los trabajadores tercerizados deberían tener a su disposición la autonomía colectiva con el propósito de obtener tutela para sus aspiraciones, no obstante, la subcontratación acrecienta la diferenciación entre trabajadores del mismo proceso

---

<sup>211</sup> Así lo manifiestan Fernández y Gauthier (1997, p. 383).

<sup>212</sup> En base al contractualismo bilateral presente en nuestra legislación, cada empresa reparte sus utilidades solo a los trabajadores formalmente registrados en su planilla, con independencia de si otros trabajadores contribuyeron al proceso productivo.

<sup>213</sup> A manera de ejemplo, tráigase a colación la promulgación en diciembre de 2014 de la Ley 30288, Ley que promueve el acceso de jóvenes al mercado laboral y a la protección social o “Ley pulpín”, que estableció un régimen laboral con recorte de derechos laborales para los jóvenes de entre dieciocho y veinticuatro años. Después de cinco grandes marchas en contra de la norma a nivel nacional, el presidente Ollanta Humala se vio obligado a convocar a legislatura extraordinaria del Congreso para abordar su derogación, la que finalmente se dio el 26 de enero de 2015.

productivo, en la medida que dificulta el ejercicio de sus derechos colectivos para los trabajadores desplazados.

Por lo expuesto, la tercerización es una técnica que hace expedita la mejora de la competitividad de la empresa principal a través de la reducción de los costos laborales no salariales respecto de los trabajadores de las empresas contratistas, que no es otra cosa que una “dualización” del sistema de relaciones laborales. Si bien no se afirma que toda tercerización genera efectos perniciosos o que su utilización siempre responda a razones distintas de las técnicas o productivas, es innegable que este mecanismo ha venido siendo utilizado por las empresas con ese propósito degradador. Bajo ese escenario, no podemos sino coincidir con la denominación de empresa *escueta* y *mezquina* que formula Sanguineti (2013, p. 192).

En esos supuestos, la tercerización se configura como una estrategia del capital para ganar control del proceso productivo en detrimento del trabajador, ya sea a través de la precarización del empleo o el desmantelamiento de las expresiones organizativas de la clase trabajadora. Como afirmaron Sulmont, Quintanilla y Ospina en 1986, la razón fundamental por la que las empresas utilizan el sistema de contratas no sería entonces la productividad o la reducción de costos, sino el sometimiento de la fuerza laboral involucrada; por consiguiente, el abaratamiento es en realidad una consecuencia de la neutralización del sujeto sindical. “De ahí el fuerte componente político de esta estrategia empresarial, algo que niega la perspectiva economicista, centrada únicamente en sus ventajas técnicas” (Cavero, 2023, pp. 21, 40 y 42) y que se aprecia con claridad en el sector minero peruano.

### **2.2.3. Impacto sobre la relación de trabajo: la “cuestión minera”**

Con una participación ascendente al 9.0% del producto bruto interno de 2024 (MINEM, 2025a, p. 3), la actividad minera ha sido crucial para el tesoro peruano y la aplicación de los planes de reducción de pobreza de los gobiernos de turno, así que poco ha importado que su dependencia haya posicionado al Perú como una economía exportadora de *commodities* dentro del modelo capitalista globalizado<sup>214</sup>. Ahora bien, fuera del hecho de que el número de contratistas dedicadas

---

<sup>214</sup> De acuerdo con Lust (2020, p. 74), la continuidad del modelo extractivista no puede atribuirse únicamente a “la función del país en la división internacional del trabajo”. Similares importancias tienen la

a la explotación de minas y canteras constituye solo el 3.4% del total de empresas de tercerización en el país<sup>215</sup>, el sector minero peruano es aquel donde se juega “el centro de acumulación capitalista del país” (Cavero, 2023, p. 42) y, por la misma naturaleza depredadora del capital, sus efectos no solo se manifiestan sobre el medio ambiente y los entornos poblacionales, sino también sobre la clase trabajadora.

Desde el punto de vista legal, el “boom minero” de la década de los noventa impulsó diversas reformas a la Ley General de Minería de 1981 y, en virtud del Decreto Legislativo 868 de 1996, se añadió el atributo de los titulares de las concesiones para “contratar la ejecución de los trabajos de exploración, desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería (artículo 37.11). Ello ha sido móvil para que un sector del Poder Judicial concluya que “la actividad minera cuenta con una regulación especial” que le permite tercerizar su actividad principal, siempre que cumpla con los requisitos formales de la norma<sup>216</sup> (fundamento cuadragésimo sexto de la sentencia recaída en el expediente 00756-2022) y bajo el presupuesto de que “prácticamente, no hay área o actividad que no pueda ser materia de una descentralización productiva, en tanto se aprecien los elementos constitutivos de esta institución” (Toyama y Salvador, 2010, p. 152)<sup>217</sup>.

Debido a la alegada potestad de delegar su actividad permanente a terceras empresas, la dinámica de la concesión minera tiene la posibilidad de convertir al empresario en un mero capitalista inversor, dedicado principalmente a la coordinación de actividades y sin titularidad sobre otros medios de producción -por ejemplo, la maquinaria requerida para el ciclo minero, la

---

estructura empresarial peruana, la debilitada “fuerza de la izquierda política, el movimiento laboral [tras la reforma de los años noventa] y los movimientos sociales contra el capital minero”.

<sup>215</sup> Cifras a diciembre de 2023. Cabe precisar que el sector peruano con más empresas auxiliares registradas en ese período es el de actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler con un 43.4%, seguido del transporte, almacenamiento y comunicaciones con un 12.7% (MTPE, 2024a, p. 30).

<sup>216</sup> Para la inscripción en el registro de empresas especializadas de contratistas mineros, se requiere que las contratas tengan un capital suscrito y pagado mínimo de 100 UIT y suscriban una declaración jurada por la que declara contar con equipo propios o arrendados, contratar el seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR), contar con un mínimo de personal de seguridad, entre otros.

<sup>217</sup> Hacemos la acotación de que los autores se refieren a los elementos constitutivos de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.

que será de propiedad o estará bajo la administración de las contratistas-. Por consiguiente, en la “cuestión minera” confluyen dos de los rasgos característicos de la globalización -el capital movable e inestable y la legitimación de la tercerización de cualquier ámbito del ciclo productivo-, los que, sumados a la peligrosidad de labores involucradas, constituyen una realidad compleja de los efectos de la subcontratación en el Perú.

### 2.2.3.1. Distribución de la fuerza de trabajo

Habida cuenta de su condición de actividad intensiva en capital, el empleo directo generado por la minería representó solo el 1.38% de la población económicamente activa (PEA) a nivel nacional en junio de 2025, es decir, 256 573 trabajadores (MINEM, 2025b, p. 18). Sin embargo, los puestos de trabajo que origina esta actividad son los mejores remunerados del Perú, ya que ascienden a un promedio anual de S/ 55,400, más de tres veces el ingreso promedio anual de S/ 16,800 del trabajador peruano, según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) (MINEM, 2019, p. 9).

Con respecto al tipo de empleador, los trabajadores pertenecientes a la planilla de las empresas contratistas mineras representaron el 70.6% del total de empleo minero en junio de 2025, un aumento del 9.8% si lo comparamos con los resultados de junio de 2024. Por su parte, el empleo del personal contratado directamente por los titulares de la concesión representó un 29.4% del empleo total del sector minero, un aumento interanual de 3.3% (MINEM, 2025b, p. 18).

#### Empleo minero según tipo de empleador (número de trabajadores a junio 2025)

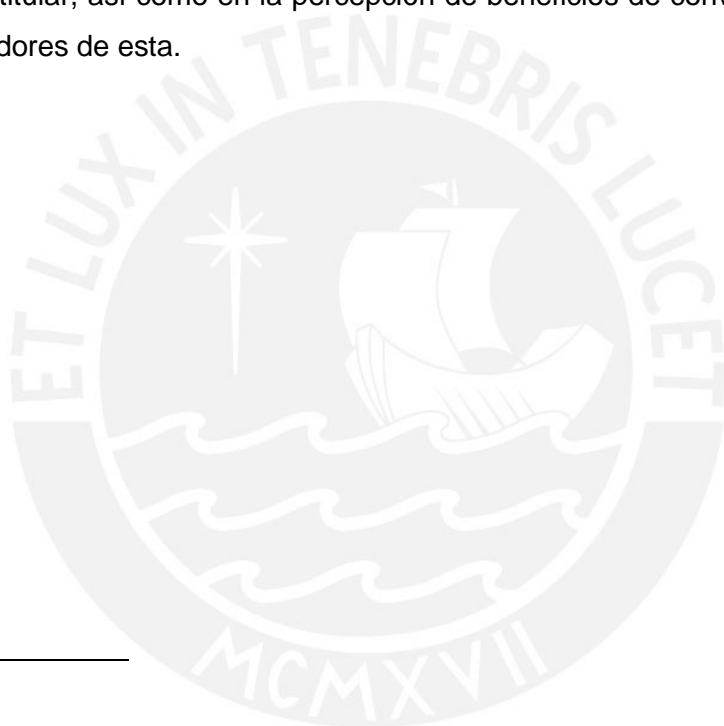
EMPLEADOR	JUNIO				PROMEDIO ANUAL			
	2024	2025	Var. %	Part.%	2024	2025	Var. %	Part.%
Compañía	73,025	75,417	3.3%	29.4%	73,252	74,040	1.1%	29.6%
Contratistas	164,953	181,156	9.8%	70.6%	166,309	175,710	5.7%	70.4%
<b>TOTAL</b>	<b>237,978</b>	<b>256,573</b>	<b>7.8%</b>	<b>100.0%</b>	<b>239,561</b>	<b>249,750</b>	<b>4.3%</b>	<b>100.0%</b>

Gráfico 12. Fuente y elaboración: MINEM (2025b, p. 18).

En el sector minero, entonces, prevalece y se viene incrementando la contratación de mano de obra a través de las empresas tercerizadoras, que en 2012 representaba solo el 53.2% y en la década de los ochenta solo un 25% del total, de acuerdo con una estimación de Sulmont, Quintanilla y Ospina (Cavero, 2023, p. 27).

### 2.2.3.2. *Diferenciación salarial*

De conformidad con información proveniente de la planilla electrónica, a diciembre de 2020 la remuneración promedio mensual de los trabajadores contratados por la empresa principal minera era de S/ 6,321, mientras que el salario mensual de los trabajadores de las empresas contratistas mineras solo promediaba S/ 2,900 para el mismo período (Marmanillo y Sánchez, 2024, p. 444)<sup>218</sup>. Se trata de una brecha salarial, basada *a priori* en factores organizativos, que alcanza el 118% y que se alimenta de la distinción en la participación de los trabajadores tercerizados en las utilidades de la titular, así como en la percepción de beneficios de convenios colectivos por parte de los trabajadores de esta.



---

<sup>218</sup> El panorama descrito se refleja en los testimonios de dirigentes de la Federación Nacional de Trabajadores de las Empresas Especializadas y Contratistas de la Actividad Minera y Metalúrgica del Perú (FENTECAMP). Los entrevistados calcularon que en la gran minería la remuneración promedio de los trabajadores mineros de la empresa principal se situaría entre S/ 7,000 y S/8,000, más del doble de los S/ 2,800 a S/3,000 que percibirían los trabajadores de las contratistas. En la mediana minería, los primeros recibirían entre S/ 2,000 y S/4,500 en promedio, por encima de los últimos que solo ganarían de S/ 1,800 a S/2,500 al mes. Por último, en la pequeña minería, los trabajadores de la titular tendrían un salario mensual de S/ 2,500, dos veces el promedio de remuneración de S/ 1,250 para los tercerizados que estiman los dirigentes sindicales. “A pesar de que los trabajadores de la principal hacen lo mismo, le doblan el sueldo a los tercerizados”, sentencia uno de los dirigentes consultados (Cavero, 2023, p. 30).

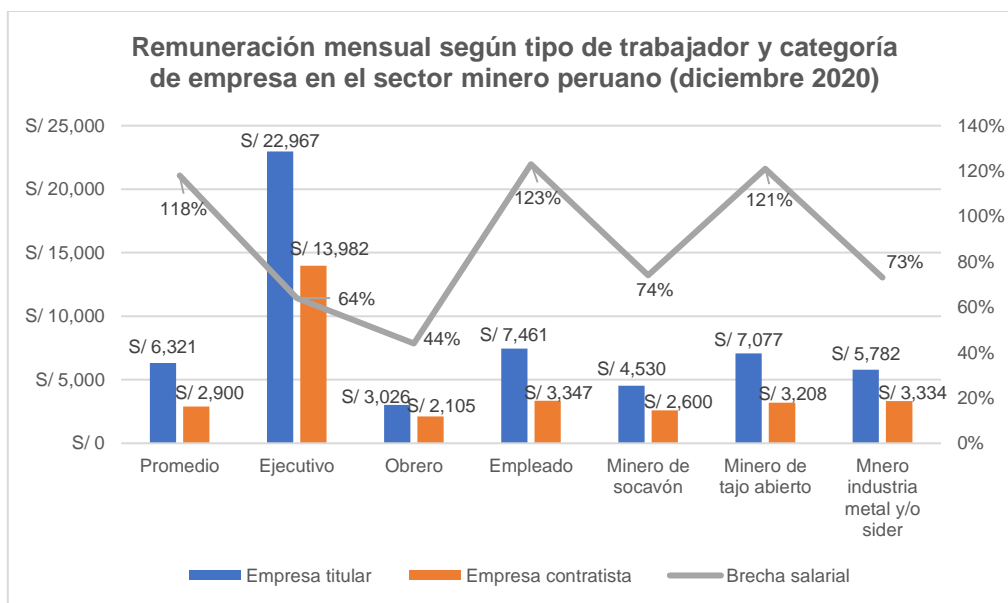


Gráfico 13. Fuente: MTPE y MINEM. Adaptado de Marmanillo y Sánchez (2024, p. 444).

Se hace visible, así, la aptitud de la tercerización de restar eficacia a una legislación laboral diseñada para la clásica relación bilateral de trabajo. En específico, esta herramienta pone en suspenso la efectividad del establecimiento de bandas salariales que garanticen una igual remuneración a los trabajadores de un mismo ciclo productivo minero y que desarrollen labores de similar valor, como lo es aquel basado en criterios como la capacidad, cualificaciones y responsabilidades.

### 2.2.3.3. *Inestabilidad laboral*

El encargo a terceros de parcelas productivas del ciclo minero ha propiciado la contratación a plazo fijo de los trabajadores desplazados. Por mor del vínculo mercantil temporal entre la titular de la concesión minera y las empresas contratistas, el capital ha justificado el vínculo transitorio de las últimas con sus trabajadores, incluso para el desarrollo de actividades de corte permanente. En efecto, de conformidad con cifras del MTPE y el MINEM (Marmanillo y Sánchez, 2024, p. 443), el porcentaje de trabajadores mineros tercerizados con contrato indefinido solo alcanzó el 11% en 2020, un tercio del promedio nacional de trabajadores con contratación indeterminada -ver gráfico 3- y menos de la quinta parte del porcentaje de trabajadores mineros de la empresa principal con estabilidad laboral (58%).

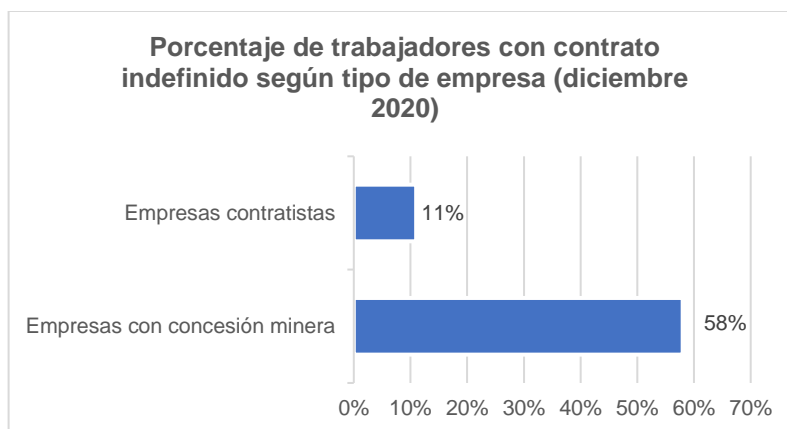


Gráfico 14. Fuente: MTPE y MINEM. Adaptado de Marmanillo y Sánchez (2024, p. 443).

El panorama de inestabilidad en el empleo se vislumbra en minas como Andaychagua, en donde Mujica encuentra que el 99.2% de los trabajadores tercerizados son contratados temporalmente y, de ese universo, el 76.7% son vinculados con contratos cuya duración no excede de tres meses, plazo sumamente inferior al intervalo de contratación entre la titular y las auxiliares, que en promedio ronda los cuatro o cinco años y suelen ser objeto de renovación. La dinámica de poder subyacente a relación laboral se expresa al momento de analizar la posibilidad de judicializar la desnaturalización del vínculo temporal, puesto que, a diferencia del trabajador tercerizado, la principal o contratista cuenta con importantes estudios de abogados y tiempo para afrontar un proceso judicial cuya duración no es menor de cuatro años (Cavero, 2023, pp. 32 y 39)<sup>219220221</sup>.

<sup>219</sup> Cavero además identifica la influencia de ciertas empresas mineras sobre el personal de las Direcciones Regionales de Trabajo y Promoción del Empleo (DRTPE), en base a testimonios de los dirigentes de la FENTECAMP. Así, uno de ellos relata que estos funcionarios “observan cosas que no son y no registran fácilmente a sindicatos de terceros. Demoran meses y ahí a los dirigentes o bien los compran, o bien los tumban, o bien los botan. Buscan la manera de deshacerse de ellos porque la autoridad no resuelve rápidamente” (2023, p. 40).

<sup>220</sup> Justamente, un informe del estudio Vinatea y Toyama sobre las relaciones laborales en la minería dio cuenta que, a pesar de un sector que comprende el 3% del empleo formal nacional, “la cantidad de juicios que presentan las compañías mineras [ante el Poder Judicial] es material [léase, significativa]” (Vinatea y Toyama).

<sup>221</sup> Las negociaciones colectivas también son objeto de retraso. Como denunció la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (CUT-Perú) ante el Comité de Libertad Sindical -caso 3009-, empresas

En cuanto al impacto de la tercerización más allá del sector minero, el Informe 410-2022-SUNAFIL concluyó que, de 9047 empresas satelitales objeto de inspección, el 68% de sus trabajadores se hallaban contratados bajo una modalidad temporal (SUNAFIL, 2022, p. 2). En suma, se verifica a “la sustitución de empleo fijo por temporal como uno de los principales efectos de la descentralización productiva” (Sanguinetti, 2013, p. 189).

#### **2.2.3.4. Mayor grado de siniestralidad**

En la dinámica minera, las labores con mayor riesgo usualmente son asignadas a los trabajadores tercerizados. En Andaychagua, Mujica halló que el 95% del personal de dos de las doce empresas contratistas tienen puestos de operarios, operadores de máquinas y ayudantes de equipos pesados y que el 32.2% de los trabajadores tercerizados tuvo problemas para conseguir equipos de protección personal (EPP) en correcto estado. Los entrevistados por Caveró coinciden en que los EPP otorgados al personal de la principal son de buena calidad, pues dichos trabajadores están mejor organizados y sus reclamos tienen mayor respaldo, mientras que las condiciones para los tercerizados son “sub-estándar”, lo que, sumado a la penosidad de sus labores, hace que adquieran “una muerte lenta” (2023, pp. 30 y 31)<sup>222</sup>.

---

tercerizadoras de Telefónica empleaban actos dilatorios, una vez emplazadas, para perjudicar el ejercicio de los derechos de sus trabajadores (Marmanillo y Sánchez, 2024, p. 445).

<sup>222</sup> Verbigracia, el 6 de mayo de 2023, veintisiete personas que trabajaban en la minera Yanaquihua en Arequipa fallecieron asfixiados tras un incendio producido en el socavón “Esperanza I”. La titular minera, mediante los alegatos que presentó ante el Consejo de Minería del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), rechazó cualquier responsabilidad en el accidente en tanto los trabajadores, a pesar de que prestaban servicios para su ciclo productivo, formalmente tenían un vínculo laboral con la empresa contratista Sermigold y era esta última la encargada del cumplimiento de las normas en seguridad y salud ocupacional. De acuerdo con la Gerencia de Energía y Minas del Gobierno Regional de Arequipa, en la noche del suceso no se encontraban presentes el ingeniero de seguridad y salud en el trabajo de Sermigold ni el supervisor de seguridad de la minera Yanaquihua, lo que habría puesto en inminente riesgo grave o situación de alto riesgo no controlado a los trabajadores (Convoca).

No es sorpresa, por tanto, que, entre enero de 2018 y julio de 2022, el 60% de víctimas mortales en la minería correspondan a los trabajadores de las empresas contratistas, de acuerdo con cifras del MTPE y el MINEM (Cavero, 2023, p. 31).

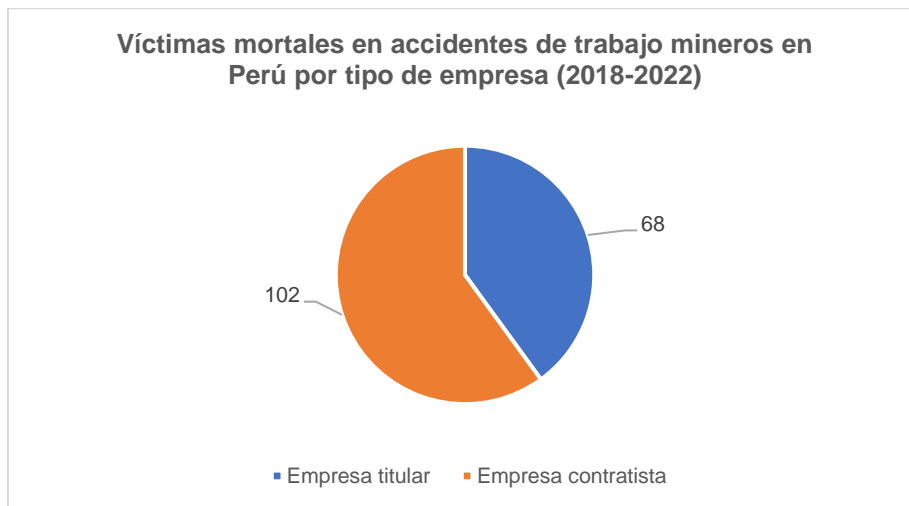


Gráfico 15. Fuente: MTPE y MINEM. Adaptado de Cavero (2023, p. 31)<sup>223</sup>.

### 2.2.3.5. *Dificultades para la sindicalización*

La sindicalización ha sido la respuesta por excelencia de la masa trabajadora a un sector productivo con tantas contradicciones como la minería. A partir de la nacionalización de las principales compañías extractivas en la dictadura de Juan Velasco, el sindicalismo minero peruano alcanzó su cenit al afiliarse a aproximadamente el 95% de su clase trabajadora para 1978 (Sulmont citado en Cavero, 2023, p. 31)<sup>224</sup>. Con la penetración del fenómeno globalizador en nuestro país, la tasa de sindicalización nacional se desplomó al 5% que mantiene en la actualidad, aunque el ámbito minero siempre conservó un índice superior, como lo demuestra su porcentaje de afiliación sindical en 2022 ascendente a 20.1% (MTPE, 2023, p. 32). Estas cifras,

---

<sup>223</sup> La estadística del MINEM diferencia a las empresas contratistas (cincuenta y dos víctimas) de las empresas conexas (cincuenta víctimas), no obstante, habida cuenta que ambas prestan servicios de tercerización, las hemos agrupado en el cuadro bajo el rótulo de “empresas contratistas”.

<sup>224</sup> Al respecto, Saco (2008, p. 368) refiere que una de las características del sindicalismo latinoamericano fue el “matrimonio de intereses” que celebró con el Estado, por el cual el último le brindaba garantías existenciales. Ello llevó al sindicalismo a expandirse, como sucedió en el sector minero peruano.

sin embargo, no reflejan la brecha existente entre los trabajadores sindicalizados de la empresa titular de la concesión y los trabajadores de las empresas contratistas afiliados a un sindicato: a diciembre de 2020, los primeros presentaban una tasa de sindicalización de 35% en comparación con el 12% de los segundos (Marmanillo y Sánchez, 2024, p. 443).

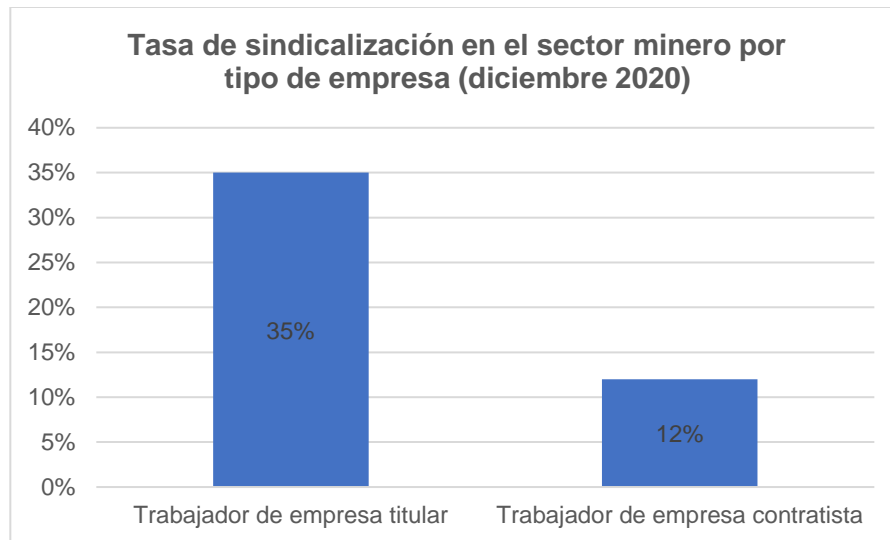


Gráfico 16. Fuente: MTPE. Adaptado de Marmanillo y Sánchez (2024, p. 443).

La diferencia anotada descansa sobre las transformaciones que la tercerización ha significado para el sistema de relaciones laborales y el derecho del trabajo en sí. En primer término, la temporalización de la relación de trabajo es utilizada como recurso para desalentar la formación de nuevos sindicatos o la afiliación a los ya existentes bajo pena de no renovar el contrato al sindicalista. Esta y otras conductas antisindicales relacionadas por parte de los empresarios mineros son usuales y se valen de la falta de recursos de los trabajadores tercerizados -sea tiempo, dinero o la falta de pruebas- para evitar su impugnación<sup>225</sup>.

---

<sup>225</sup> Los dirigentes mineros entrevistados por Cavero dan cuenta de casos de intimidación y vigilancia para evitar la afiliación sindical en las contratistas mineras. Sobre la intimidación, denuncian la existencia de charlas antisindicales “francamente amenazantes” que equiparan la sindicalización con una conducta desleal que pondrá en riesgo el empleo de todos los trabajadores de la contrata. Respecto de la vigilancia, acusan la presencia de trabajadores leales a la empresa que hacen de informantes sobre reuniones o diálogos que pudiesen promover la sindicalización. De ahí que el 46.3% de trabajadores de Andaychagua consideren que su contratación está condicionada a no sindicalizarse (2023, pp. 33-34).

En segundo lugar, la expuesta diferenciación salarial y de equipos de trabajo contribuye a la dificultad de consolidar una comunidad de intereses entre los trabajadores de la principal y los trabajadores de las empresas contratistas que permita la fundación de un sujeto sindical supraempresarial. En efecto, por parte de los primeros existe un desánimo por compartir sus privilegios -como la participación en las utilidades-, lo que reafirma al individualismo y la pérdida de identidad de la clase trabajadora como elementos del Estado social en tiempos de globalización<sup>226</sup>.

Finalmente, la fragilidad de la empresa contratista favorece supuestos de disolución de esta o de resolución del encargo por parte de la principal ante intentos de sindicalización o inclusive victorias de los trabajadores frente la SUNAFIL o el Poder Judicial. Se trata, en definitiva, del esfuerzo “imprescindible” del capital de “debilitar al sector sindical tradicionalmente más organizado y politizado” (Cavero, 2023, p. 42) y de la desvirtuación de la tercerización, que pasa así a convertirse en un instrumento para la degradación de las condiciones laborales de la clase trabajadora.

Ante ese panorama desalentador, urge la búsqueda de un equilibrio entre la flexibilidad que la descentralización productiva proporciona, “imprescindible dentro del mundo en el que nos movemos” y la tutela de los derechos de los trabajadores afectados por ella (Sanguinetti, 2013, p. 195). Para ello, no solo es importar precisar las garantías a la eficacia de los derechos de los trabajadores subcontratados, sino estudiar los supuestos de habilitación de la tercerización para las empresas principales. De lo contrario, nos aproximamos al estallido de una “cuestión minera” que ya en 2008 motivó la promulgación de nuestra actual Ley de tercerización de servicios.

---

<sup>226</sup> En esta fragmentación, alentada también por las empresas, juegan un rol clave aspectos como la utilización del comedor en el campamento minero, ya que, mientras los trabajadores de la empresa principal cuentan con uno, los trabajadores tercerizados “tienen que comer durante sus labores”, hecho que impide su socialización (Cavero, 2023, pp. 34-35).

# CAPÍTULO III

## HACIA UNA TUTELA EFICAZ DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA TERCERIZACIÓN

### 3.1. La tercerización compatible con el Estado constitucional

Una de las transformaciones más importantes del Estado constitucional fue la positivación de las pretensiones de la persona referidas al campo de sus relaciones económicas, sociales y culturales. Además de su inclusión en el catálogo sustancial de las constituciones, estos derechos -denominados sociales- pertenecen a la categoría de fundamentales en la medida que “emanan [...] del ser humano” (Bastida citado en Ochoa, 2020, p. 313)<sup>227</sup>. El núcleo de esta segunda generación de derechos lo constituyen los derechos fundamentales laborales que son, ni más ni menos, el “fundamento y límite del derecho del trabajo” para sus dimensiones autónoma y heterónoma. En otras palabras, la Constitución posee un “carácter conformador” de nuestra disciplina jurídica que estructura y delimita los principios y derechos reconocidos en ella. Las relaciones laborales, por tanto, quedan “enmarcadas constitucionalmente” y la autonomía privada ya no puede desconocer el piso normativo que conforman estos bienes jurídicos (Blancas, 2013, pp. 75-76).

Dicho ello, la respuesta efectiva del ordenamiento a los efectos perniciosos de la tercerización sobre los derechos fundamentales de los trabajadores siempre ha sido una tarea pendiente y no exenta de complejidad, pese a la regulación fisiológica de este fenómeno a nivel regional. En un panorama contemporáneo de “neoliberalismo en el espacio laboral” (Pierbattisti citado en Villavicencio, 2018, p. 383), que pretende reducir la intervención estatal a las funciones de “vigilante nocturno” -con el fin de maximizar la riqueza y el intercambio mercantil-, urge sentar las bases jurídicas para una tutela efectiva de los derechos fundamentales dentro de las relaciones

---

<sup>227</sup> Ribotta incluso sostiene que los derechos sociales son “los más fundamentales de los derechos” (Ochoa, 2020, p. 313). Se descarta, entonces, la teoría local que les negaba esa cualidad por el mero hecho de no haber sido incluidos por el constituyente en el capítulo I del título I de la Constitución política de 1993.

triangulares de trabajo. De lo contrario, se corre el riesgo de que los textos constitucionales se conviertan en meras declaraciones de buenas intenciones, subordinados a la competitividad sin límites como bien supremo del nuevo milenio<sup>228</sup>.

Con ese efecto, es necesario partir, en primer lugar, del reconocimiento de la relación de trabajo -sea bilateral o trilateral- como una relación habilitada por una regla de poder para que, mediante la actuación con lucro del empresario, tanto este como los trabajadores vean satisfechos sus intereses. Desde este axioma constitutivo, es importante entender a la tercerización de servicios como una herramienta para ganar eficiencia por medio de la cesión del poder normativo a una tercera contratista. Finalmente, la ponderación de bienes jurídicos en las relaciones triangulares de trabajo va a permitir abordar el fin legítimo de la tercerización de servicios en el Estado constitucional.

### **3.1.1. La relación de trabajo como relación de poder normativo**

En la clásica afirmación de Kahn-Freund (1987, p. 52), la relación de trabajo es una relación “entre un detentador de poder y quien no detenta poder alguno”. A diferencia de lo que ocurre en una prestación de servicios autónomos y contraprestativos, la doctrina es unánime en que, en una relación laboral, el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para que este lo dirija, fiscalice y, eventualmente, sancione. Así, el correlato de la subordinación -el poder de dirección- se distingue de otras prestaciones civiles con menor grado de dirección en la medida que no se manifiesta en indicaciones “sino en órdenes [...] respaldadas en un eficaz sistema sancionador y de controles” (Román citado en Blancas, 2013, pp. 97-98)<sup>229</sup>.

Debido a que dentro de una economía capitalista la minoría de la población es titular de los medios de producción, el motivo por el que los despojados de esos medios deciden someterse

---

<sup>228</sup> En palabras de Harvey, en el Estado neoliberal “la frontera entre el Estado y el poder comparativo se ha tornado cada vez más porosa. Lo que queda de la democracia representativa se encuentra si no totalmente asfixiado, al menos legalmente corrompido por el poder del dinero” (Monereo, 2014, p. 131).

<sup>229</sup> A ello debemos añadir que la subordinación relevante para el derecho del trabajo tradicionalmente ha sido la jurídica y no la económica, aunque en las últimas décadas se han identificado esfuerzos de protección para aquellos trabajadores autónomos pero dependientes económicamente.

a los primeros es -después de la satisfacción de las necesidades mínimas de subsistencia- el desarrollo de su proyecto de vida. Ciertamente, si los derechos fundamentales son los que conducen al “nivel de humanización máximo posible” -y, por lo tanto, se les considera como “pretensiones morales justificadas” (Peces-Barba citado en Bustamante, 2018)-, entonces podemos inferir que una vía que poseen los trabajadores para la materialización de sus derechos fundamentales es el trabajo asalariado (Miranda, 2023, p. 32). Desde la otra orilla, el empresario busca ejercitar sus libertades económicas para satisfacer sus propios intereses privados y los de la organización empresarial, entre los que destaca la acumulación de capital.

No obstante, si el derecho del trabajo es una rama jurídica cuya finalidad histórica es legitimar el modelo de producción burgués, se vuelve necesario que retrocedamos a la premisa *hobbesiana* de que la conducta humana es egocéntrica y que el objeto de la voluntad del hombre no es otro que su propio beneficio<sup>230</sup>. De lo contrario, desconoceríamos que, con anterioridad al andamiaje normativo tuitivo que representa el Estado social, el afán de lucro del empresario ya demostró su capacidad para producir condiciones miserables sobre la clase trabajador sin una oposición que impidiese el sometimiento total del trabajo a las reglas de las mercancías.

Por consiguiente, al sentar las bases normativas para el encauce de este sistema productivo, el derecho del trabajo no puede obviar el hecho de que el poder de dirección es, a fin de cuentas, una habilitación para gobernar a otros con el objetivo de acumular capital o, mejor dicho, un permiso para actuar egoístamente en un modelo constitucional que pregona la igualdad material entre los seres humanos. Peor aún, a diferencia del poder del Estado sobre sus ciudadanos - ampliamente regulado para evitar actos de discrecionalidad a la luz de principios generales-, el poder de dirección del empleador responde a fines privados y goza de un considerable margen volitivo. De ahí que, más allá del consentimiento necesario de las partes para la suscripción del contrato de trabajo<sup>231</sup>, se afirme que este instrumento viene en realidad a recoger, formalizar y

---

<sup>230</sup> De esta manera, se justifican los tres factores esenciales del capitalismo que identifica Salvat: “1. actividad económica tipificada por el afán de lucro, 2. Espíritu de empresa y 3. Racionalización creciente de la producción, el comercio y el negocio” (Kresalja y Ochoa, 2020, p. 49).

<sup>231</sup> En el caso del trabajador, este consentimiento puede estar parcialmente viciado por sus necesidades de supervivencia, por lo que asumiremos el término en su vertiente formal, como se explicó en el subcapítulo 1.1.

juridificar una estructura económico-social previa a él: la sociedad capitalista (Blancas, 2013, p. 97).

De esta forma, es importante comprender al poder de dirección como un poder institucional otorgado por una regla para que los actores sociales satisfagan sus intereses, incluso opuestos entre sí: de un lado, el trabajador con su anhelo de lograr una mejor remuneración y condiciones para él y su familia y, del otro, el empleador con su deseo de lograr la mayor rentabilidad posible. En terminología pospositivista (Atienza y Ruiz, 2006, p. 71), frente a los intereses concurrentes descritos (estado de cosas *X*), los actores sociales (*Z*) manifiestan su consentimiento para iniciar una relación laboral -sea verbalmente o por escrito- (acción *Y*), lo que produce que, desde ese momento, se configuren como empleador y trabajador (resultado normativo institucional *R*). Entonces, esta “regla que confiere poder” legitima la capacidad de afectar los intereses de la clase trabajadora por parte del empresario, que no es otra cosa que el poder de dirección.

Ciertamente, los derechos fundamentales de los trabajadores se constituyen, al lado de las reglas que los determinan, como bienes jurídicos para delimitar y legitimar el poder de dirección del empleador, lo que a la postre sirve para canalizar adecuadamente el conflicto arquetipo de intereses descrito en el subcapítulo 1.1. Por ello, superado el antiguo debate sobre la eficacia horizontal de los derechos fundamentales<sup>232</sup>, la tarea consiste ahora en garantizar “el ingreso de [los derechos fundamentales de] la Constitución en la fábrica”, en los términos gráficos de Baylos (Sanguineti, 2013, p. 51). O, si utilizamos la formulación humanitaria del imperativo categórico kantiano, el objetivo es tratar al trabajador como fin y no como medio, es decir, tutelar a este ya no solo por su estatus económico sino -principalmente- por mor de su estatus personal<sup>233</sup>.

### **3.1.2. La libertad de empresa como presupuesto del poder de dirección**

---

<sup>232</sup> Sobre dicho punto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que el artículo 38 de nuestra Carta Magna establece la vinculatoriedad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (sentencia recaída en el expediente 1121-2001-AA/TC). Sobre el particular, recomendamos revisar Blancas, 2011, pp. 281-308.

<sup>233</sup> Blancas (2013, p. 76) identifica así una función conformadora del derecho del trabajo por parte de la Constitución, por la cual las relaciones laborales quedan “enmarcada constitucionalmente” y solo pueden desenvolverse en el marco de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La libertad económica surgió como reacción de la burguesía triunfante del siglo dieciocho ante el modelo gremial colectivista predominante y la fuerte regulación de la época: su configuración se produjo como “uno de los grandes principios de orden económico de la civilización occidental y [que] jurídicamente inspiró a todo el derecho patrimonial” (Martin-Retortillo citado en Kresalja y Ochoa, 2020, p. 465). La evolución jurídica que tuvo hacia la noción de libertad de empresa -tras ser referida antes como “libertad de comercio e industria”- revela la predominancia de la unidad económica empresarial en el modelo económico contemporáneo, que supera el simple intercambio de mercancías. Esta libertad consiste, por lo tanto, en “la posibilidad de manejar libremente la actividad empresarial”, siempre con respeto del marco constitucional y legal (Rubio citado en Blancas, 2013, p. 100).

Tras reconocer el carácter de derecho fundamental de la libertad de empresa, recogido en el artículo 59 de la Constitución de 1993<sup>234</sup>, el Tribunal Constitucional ha establecido que el contenido esencial de este derecho está determinado por cuatro tipos de libertades, a saber: i. libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, ii. la libertad de organización, iii. la libertad de competencia y iv. la libertad para cesar las actividades de la empresa (sentencia recaída en el expediente 0011-2013-AI/TC, fundamento 31 y sentencia recaída en el expediente 3330-2004-AA/TC, fundamento 13). Sobre la libertad de organización, además de su encuadre dentro del régimen de economía social de mercado desarrollado en el subcapítulo 1.2.1.1., Blancas ha apuntado que incluye a la contratación de personal y la administración de las relaciones laborales, por lo que el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador formaría parte esencial de dicha libertad (2013, p. 101).

Lo expuesto no debe justificar, sin embargo, que se examine al poder de dirección desde la óptica de libertades como la de empresa o, en otras palabras, que se analicen como actos de libertad lo que son actos que conforman un poder normativo privado. En realidad, aunque es innegable que el interés del empresario en satisfacer sus intereses motiva la supervisión, fiscalización y

---

<sup>234</sup>Al respecto, Kresalja y Ochoa (2020, p. 472) reconocen que se trata de un derecho fundamental porque es “la garantía de la existencia de una economía de mercado” y por su relevancia para el libre desarrollo de la persona. Sin embargo, advierten que autores como Ferrajoli no lo consideran dentro del listado de derechos económicos, sociales y culturales.

sanción del personal, los axiomas jurídicos difieren: mientras el de la libertad es de no restricción, el del poder es de habilitación-restricción (Miranda, 2023, p. 36 y 2025, p. 139).

Para entender esta diferencia, expresada en terminología *hohfeldiana*, es preciso ahondar en que una libertad se manifiesta cuando una persona *A* tiene la libertad o privilegio para hacer *X* y siempre que otra persona *B* no tenga derecho a exigir que *A* efectúe o se abstenga de efectuar *X*<sup>235</sup>. Así, por ejemplo, decimos que una persona tiene la libertad de fumar en espacios públicos si otra persona no está habilitada para exigirle o impedirle hacerlo. Ahora bien, en cuanto a la libertad de organización, esta se configura en el privilegio que tiene el empresario de establecer sus propios objetivos y dirigir su actividad en atención a ellos, sus recursos y las condiciones del mercado (sentencia recaída en el expediente 03075-2011-PA/TC, fundamento 4). En atención a ello, el empresario puede fijar libremente su objeto, nombre, domicilio, tipo de sociedad o asociación, entre otros, sin que terceros o el mismo Estado pueda exigirle o impedirle que lo hagan de determinada manera, a menos -claro está-, que viole normas de interés público<sup>236</sup>.

Por otro lado, nos hallamos ante un poder cuando una persona *A* tiene la capacidad de afectar los intereses de *B*, aunque siempre con restricciones a manera de derechos fundamentales - principios en sentido estricto- que buscan evitar que cualquier interés los pueda dañar (Atienza y Ruiz, 2004, pp. 39 y 41)<sup>237</sup>. La subordinación, para tal efecto, constituye un poder para el empleador, ya que lo habilita a producir normas con cierto grado de generalidad y abstracción generales para normar las relaciones que tiene con sus trabajadores<sup>238</sup>. Adicionalmente, el poder de dirección implica una habilitación al empleador para emitir actos no normativos encausados a

---

<sup>235</sup> Hohfeld afirma que “una libertad [...] tiene que significar [...] precisamente la misma cosa que privilegio”, no obstante, el autor prefiere usar la segunda acepción por ser la más apropiada para designar “la mera negación del deber” (s/f, pp. 56 y 58).

<sup>236</sup> Las comunidades laborales impuestas en 1970 por el *velascato*, cuyo objetivo era la participación de los trabajadores en distintos aspectos de la vida empresarial, significaron una importante limitación a esta libertad.

<sup>237</sup> Como añaden Atienza y Ruiz (2004, p. 41), estos valores pueden entrar en conflicto entre sí, para lo cual se deberá recurrir a la ponderación.

<sup>238</sup> Ejemplo de ello es el Reglamento Interno de Trabajo (RIT), el cual, debido a su nivel terciario, solo podrá ocuparse de aquellos tópicos no regulados por normas de rango superior o, en todo caso, hacerlo con motivo de precisión o mejora.

la dirección, fiscalización y sanción de los trabajadores, al punto que el control y vigilancia sobre los trabajadores es uno de los temas en boga para la academia<sup>239</sup>. Desde la otra esquina -si cabe el término-, el sujeto pasivo de la relación de trabajo ocupará una posición de sujeción o sometimiento a las órdenes de su par activo (Hohfeld, s/f, pp. 78 y 80).

Establecida esa diferencia, cuando el operador jurídico analiza el poder de dirección desde el axioma de la libertad de empresa -bajo el argumento de que la segunda es fundamento del primero-, lo que en términos deónticos está afirmando es que “A tiene la libertad de gobernar a B”. De acuerdo con Miranda, empero, si el poder es considerado una libertad, “no hay pretensión de corrección [...] ni funciones de contrapeso”, es decir, los derechos fundamentales de los trabajadores ya no son necesarios en un sentido de habilitación-restricción. El poder, bajo esa lógica de libertad, deja de ser un medio que busca concretar fines y se convierte en un fin mismo, de modo que el empleador -más allá de los límites de otros derechos fundamentales- podría hacer todo aquello que no ha sido prohibido. Como denuncia el autor, ello configura en última instancia un derecho “estamentario y arbitrario” para el empleador que va en contra no solo del derecho del trabajo, sino del Estado constitucional en sí (2023, pp. 34, 38, 48 y 51).

Este nuevo enfoque, ciertamente, no intenta desconocer a la libertad de empresa como derecho constitucional. Por el contrario, lo que la teoría pospositivista del derecho nos facilita es el entendimiento de la libertad de empresa como un derecho mercantil que permite que el empresario organice sus actividades como estime conveniente, pero siempre en un estadio previo al ejercicio del poder de dirección. Una vez que se constituye una relación de poder, independientemente de que la misma provenga de un negocio jurídico bilateral, el axioma a aplicarse será el negar la juridicidad del poder sin límites. En consecuencia, bien se trate del poder de dirección recaído en una relación bilateral o en una relación trilateral de trabajo, se deberá analizar si la función de ese poder es considerada valiosa por la comunidad -justificación

---

<sup>239</sup> Como señala Vida (citado en Blancas, 2013, p. 108), las nuevas tecnologías han ampliado la esfera de intromisión del empleador sobre la esfera privada del trabajador, con la respectiva reducción de vigencia de derechos fundamentales como la intimidad o privacidad.

externa- y los principios que debe satisfacer ese poder para actuar -justificación interna- (Miranda, 2023, p. 36)<sup>240</sup>.

### **3.1.3. La ponderación de derechos fundamentales en la relación laboral**

Se ha señalado que, dada la “fuerte implicación” del trabajador en la ejecución de la prestación laboral, el poder de dirección constituye “una real amenaza para los derechos de la persona del trabajador” (Romagnoli citado en Blancas, 2013, p. 116). En efecto, la posición de sujeción del trabajador en la estructura de la relación laboral, así como el interés del empresario de actuar egoístamente para acumular capital, son latentes presupuestos para la pérdida de eficacia de los derechos fundamentales de la clase trabajadora<sup>241</sup>. Desafortunadamente, el denso contenido material de nuestro modelo de Constitución -compuesto por reglas y principios- genera contradicciones entre sí, sin que el constituyente haya establecido soluciones a todos esos conflictos<sup>242</sup>.

Frente a esa problemática que está presente en el seno de la relación de trabajo, en un primer momento la doctrina recurrió al principio de neutralidad, según el cual el empresario, en virtud de la libertad de organización, no está obligado a modificar las obligaciones derivadas del contrato de trabajo para posibilitar que el trabajador ejerza sus derechos fundamentales. Dicho de otro modo, el ejercicio de estos últimos debe subordinarse a los términos contractuales -enfoque contractualista- o al interés de la propia entidad empresarial de acumular capital -enfoque organicista-, en una especie de “organización monárquica de la empresa” que hace temblar las

---

<sup>240</sup> Nos encontramos, en definitiva, ante un símil de la legitimación del poder estatal, por medio de la racionalidad jurídica del procedimiento democrático -legitimación formal- y en la realización de la cláusula del Estado social -legitimación sustancial- (Monereo, 2014, p. 138).

<sup>241</sup> Sin perjuicio de ello, es menester señalar que un ejercicio absoluto de los derechos humanos laborales puede asimismo vaciar de contenido los poderes directivos del empleador, al punto de paralizar la actividad empresarial.

<sup>242</sup> O, incluso, pese a que se ha establecido una regla, esta establece una solución axiológicamente inadecuada, por lo que el juez debe intervenir para “hacer justicia a través del derecho” (Atienza, 2017, p. 157).

bases sobre la que se construyó el Estado social (Arce, 2013, p. 88)<sup>243</sup>. Por consiguiente, en los términos gráficos de Baylos, la situación jurídica del trabajador se escinde en dos ciudadanías: una fuera y otra dentro de la empresa (Blancas, 2013, p. 114).

En nuestro país, esos enfoques se encuentran proscritos habida cuenta que el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución refiere con claridad que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Sin embargo, es importante considerar a este postulado como un punto de partida en la construcción de una respuesta frente a las situaciones de conflicto originadas entre el poder de dirección de empleador y los derechos fundamentales laborales. Debido a que ningún derecho fundamental tiene carácter absoluto, su ejercicio debe darse en armonía con otros derechos o principios en sentido estricto, incluso aquellos vinculados al interés privado del empleador como el de eficiencia, en respeto al principio de unidad de la Constitución. Con ese fin, es necesario precisar las condiciones que deben cumplir las limitaciones a los derechos humanos laborales para que sean legítimas, es decir, para no vaciar de contenido la cláusula constitucional citada.

Descartado el principio de neutralidad, en un segundo momento la doctrina se inclinó por la determinación del “contenido esencial” de los derechos fundamentales laborales como regla de solución de conflictos. Mediante la identificación de lo disponible e indisponible, se buscó “criterios mínimamente orientadores para delimitar lo que de esencial tiene un derecho fundamental” (Prieto citado en Romero, 2024, p. 149). Empero, debido a la naturaleza abierta e indeterminada de los derechos<sup>244</sup>, se torna difícil determinar *a priori* el contenido definitivo de los mismos y, adicionalmente, es pertinente añadir que este método no aporta repuestas para aquellos supuestos en los que la compatibilización entre los derechos fundamentales y el poder del empleador no es posible: cítese, a manera de ejemplo, la petición de un trabajador de no

---

<sup>243</sup> Básicamente, la lógica detrás de este razonamiento es la menor eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados frente a las relaciones jurídico-públicas (Molina citado en Blancas, 2013, p. 109).

<sup>244</sup> Recordemos que los principios en sentido estricto, a diferencia de las reglas, se configuran de manera abierta.

laborar los sábados por razones religiosas, en el que es difícil llegar a una respuesta satisfactoria para ambas partes<sup>245</sup>.

Por ello, una tercera respuesta por los juristas viene a considerar a ambas pretensiones como válidas desde la perspectiva constitucional, con la salvedad de que ahora se deberá determinar cuál de ellas denota una aplicación más intensa de los contenidos de la Constitución en el caso concreto. A partir de ello, se crea una nueva regla -no existente previamente- que se subsume a la situación a resolver, dadas las circunstancias concurrentes (Atienza, 2017, pp. 154-155)<sup>246</sup>. Es lo que Prieto denomina “jerarquía móvil” o “axiológica” y del cual se deriva el test de proporcionalidad o ponderación (Blancas, 2013, p. 123).

Para tal efecto, la doctrina y jurisprudencia han desarrollado los tres subprincipios del test introducidos por Alexy: el de idoneidad -por el que la intervención debe ser adecuada para la obtención del objetivo perseguido-, el de necesidad -en el sentido de que la medida a aplicarse debe ser menos gravosa para el derecho intervenido en comparación con otras opciones idóneas- y, por último, el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación -que exige que el grado de realización de la finalidad de la intromisión deba ser equivalente, por lo menos, a la afectación del derecho fundamental-.

Ciertamente, este examen tendrá que ser aplicado de manera adecuada con el fin de no validar cualquier tipo de restricción a los derechos fundamentales. Como identifica Sanguineti, ante el esfuerzo argumentativo y analítico de la ponderación, en diversas ocasiones el operador jurídico se detiene a juzgar únicamente si la medida bajo escrutinio es idónea para satisfacer el interés empresarial y que no existe otra menos restrictiva para atenderlo. No obstante, si analizamos las

---

<sup>245</sup> Al respecto, en la sentencia recaída en el expediente 00895-2001-PA/TC, el Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por un trabajador adventista del Séptimo Día que, tras haber tenido por trece años una jornada laboral con descanso los días sábado, su empleadora le exigía ahora que asista a trabajar en esos días. El Tribunal concluyó que, debido a que la empleadora conocía de antemano la confesión religiosa del trabajador, no podía legítimamente cambiar de decisión sin un mínimo de razonabilidad, requisito que no se cumplió en dicho caso.

<sup>246</sup> Como bien señala Alexy (2007, p. 349), “el fundamento [...] de la ponderación es la diferencia entre reglas y principios”, uno de los pilares del pospositivismo estudiados en el subcapítulo 1.2.2.3.

medidas restrictivas de derechos fundamentales bajo esa óptica, entonces se termina por atribuir prioridad al interés del empleador sobre la expectativa legítima del trabajador de disfrutar el derecho fundamental sin restricciones en los casos en los que no existe otra manera menos lesiva de satisfacer la pretensión del empresario (2014, pp. 279-280): se termina por analizar el poder de dirección desde el axioma de libertad.

Por consiguiente, para evitar que el test de proporcionalidad se trastoque y se convierta en una suerte de principio de “intervención mínima” o de “imprescindibilidad”, es vital efectuar el examen de ponderación, pero siempre bajo la premisa -desarrollada en el subcapítulo 3.1.1.- de que la relación de trabajo nace de una “regla que confiere poder”, la misma que habilita al empresario a gobernar a otros para satisfacer su propio interés. En ese orden de ideas, la proporcionalidad en sentido estricto debe considerar el axioma de habilitación-restricción del poder institucionalizado del empleador, por el cual los derechos fundamentales de los trabajadores son condiciones de validez para la satisfacción del lucro del primero, por lo que no se les debe vaciar de contenido<sup>247</sup>. Se trata, en suma, de trasladar los presupuestos de la función histórica del derecho del trabajo al seno de la aplicación del examen de proporcionalidad, con el objetivo de no vaciar de contenido al Estado constitucional por medio de la interpretación jurídica de sus valores.

Como ya se indicó, la argumentación expuesta no pretende que las medidas del empleador que limiten los derechos fundamentales de los trabajadores se encuentren de plano proscritas, pues, por el contrario, el principio de eficiencia empresarial justifica *a priori* la toma de decisiones con miras a sostener económicamente a la empresa -ver subcapítulo 1.1.2.-<sup>248</sup>. Sin embargo, la

---

<sup>247</sup> Desde la óptica del axioma de la libertad, podemos llegar a la conclusión de que no existe “ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva”, basado en el postulado de que lo que no está prohibido, está permitido (STS de 27 de octubre de 1994, AR 8531, citado en Gorelli, 2007, p. 45).

<sup>248</sup> Complementa Miranda (2025, pp. 146 y 148) que esta elevada dosis de discrecionalidad empresarial origina a su vez un alto grado de inseguridad jurídica para los trabajadores, por lo que su constitutividad debe ceder (“ser contingente”) frente a prácticas habitualizadas distintas, afectaciones a derechos o a marcos institucionales.

pretensión de corrección del derecho<sup>249</sup> va a establecer que el poder de dirección -que el derecho habilita y restringe- sea ejercido con “una responsabilidad intensa” (Miranda, 2023, p. 51), a diferencia de lo que ocurriría si analizásemos una libertad. En consecuencia, una vez determinado que la limitación es idónea y necesaria para satisfacer un legítimo interés empresarial, debe analizarse si este interés es lo suficientemente preponderante en el caso concreto sobre el derecho fundamental afectado.

Para ello, la ponderación debe reposar sobre dos parámetros complementarios. El primero de ellos, de índole cualitativa, está referido al peso abstracto de los principios en pugna, esto es, a la importancia material atribuible a ellos en base a su conexión con valores considerados como nucleares por el ordenamiento constitucional. El segundo parámetro, por su parte, es de naturaleza cuantitativa y está vinculado a la intensidad o peso concreto de la intervención sobre el ejercicio del derecho fundamental. Así, mientras más intensa sea la limitación que sufre un derecho humano laboral, mayor debe ser el interés que se satisfaga por el empleador que pretende afectarlo o, en todo caso, más grave el sacrificio que se le impondría si no fuese posible satisfacerlo. En resumen, el test de proporcionalidad no es otra cosa que “una adecuada ponderación entre la mera racionalidad económica y la racionalidad social” (Rodríguez-Piñero citado en Sanguinetti, 2014, p. 283).

### **3.1.4. La tercerización compatible con el Estado constitucional**

Conforme se ha demostrado en el subcapítulo 2.2., la decisión del empleador de tercerizar su actividad productiva tiene efectos perniciosos -deseados o no- sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de la clase trabajadora. El principio de igual salario por trabajo de igual valor, la libertad sindical y el derecho a la estabilidad en el empleo son quizás los principios laborales que más se ven afectados con la implementación de dicha estrategia empresarial. Por ello, más allá de que la tercerización se ha consolidado como elemento estructural de la economía globalizada, urge analizar desde una perspectiva constitucional las medidas que componen a esta técnica jurídica para determinar su legitimidad con el modelo de Estado

---

<sup>249</sup> En concordancia con lo expresado en el subcapítulo 1.2.2., asumimos en este aspecto la postura pospositivista del derecho que, según Alexy, incorpora la pretensión de los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales de ser correctos o ser justos (Villanueva, 2022, p. 22).

constitucional. De lo contrario, lo adecuado sería transitar hacia un enfoque prohibitivo o patológico, como ya lo hacen algunos países de la región.

Al respecto, si bien la asignación de parcelas productivas a terceras empresas tiene como presupuesto el ejercicio de la libertad de organización del empresario principal, lo cierto es que sus efectos nocivos se sitúan en el seno de la relación de trabajo como poder institucionalizado. Y es que -ya sea por las dificultades para organizarse colectivamente, por las diferencias salariales en base a la ubicación en el organigrama empresarial o por la temporalidad del vínculo pese a realizar labores de corte permanente-, afirmamos que la dualización del mercado de trabajo no hace sino aumentar el poder indirecto económico del empleador titular sobre los trabajadores tercerizados, incluso pese a que formalmente ya no es parte de la relación laboral entre estos últimos y la contratista<sup>250</sup>. Bajo esa premisa, el análisis debe efectuarse a la luz del axioma de límite al poder y el fin legítimo de la tercerización, conjugado con el test de proporcionalidad ya descrito, pues como indica Blancas (2013, pp. 129-130), la eficacia del examen no se agota en el conflicto entre derecho constitucional y norma legal limitadora, sino que “se proyecta sobre las colisiones entre derechos fundamentales que pueden suscitarse entre particulares”<sup>251</sup>.

#### **3.1.4.1. Los intereses empresariales que motivan la tercerización**

Identificados los principios del derecho del trabajo afectados, es preciso determinar también los principios empresariales a satisfacer con la “triangularización” de la relación de trabajo<sup>252</sup>. Dentro de las estrategias alineadas a la concepción tradicional de la descentralización productiva, la

---

<sup>250</sup> Para Sanguinetti, estamos ante un “inspirador o inductor de la dirección y organización de la prestación de trabajo” (2018, p. 145).

<sup>251</sup> Este test de proporcionalidad será materia de revisión en el subcapítulo 3.4., a propósito de la prohibición de tercerizar el núcleo de negocio implementada por el Decreto Supremo 001-2022-TR y el examen hecho por la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03).

<sup>252</sup> El objetivo es, en los términos de Plá (2000, p. 21), distinguir la descentralización productiva auténtica y legítima de aquella que no lo es, para a continuación estudiar los medios disponibles para combatir su utilización ilícita, lo que sin duda es un reto “para los laboristas que no quieren abandonar los principios que inspiran nuestra disciplina”.

tercerización destaca por facultar a los empresarios a acelerar el proceso de obtención de beneficios por medio de la delegación de actividades periféricas a terceros especializados. Por ejemplo, posibilita que la empresa principal acceda a los conocimientos, maquinaria y avances tecnológicos contemporáneos sin realizar grandes inversiones -bajo el supuesto de que la contratista sea una empresa especializada-. De otro lado, persigue la posibilidad de expandir su presencia por medio de alianzas estratégicas que ahorren costos de instalación. En suma, mediante la concentración en las actividades que mejor saben hacer, la subcontratación de bienes y servicios permite que el empresario titular aumente su eficiencia (Cornejo, 2008, pp. 111-113), todo ello enmarcado en el deber del Estado de estimular la creación de riqueza, de conformidad con el artículo 59 de la Constitución.

Sin embargo, como se hizo hincapié en el subcapítulo 2.2.1.4., el panorama de competencia internacional en el contexto de la profundización del proceso globalizador ha impulsado a los empresarios a la búsqueda de nuevas estrategias para su adaptación a los constantes cambios del mercado global, ante la imposibilidad de trasladar los costos de producción al consumidor final. Frente a estos nuevos requerimientos que no podrían haber sido atendidos eficientemente en el modelo clásico de producción *taylorista*, la decisión de la empresa principal de tercerizar sus actividades va a depender ahora “casi exclusivamente del diferencial de costes” (Cruz, 2009, p. 71). Dado que gran parte de esa diferencia va a residir en los salarios reducidos de los trabajadores tercerizados, hacen su aparición contratistas con baja calificación técnica cuyo atractivo reside en sus bajos costos antes que en su especialización o *know how*.

Nos hallamos, entonces, frente a dos formas distintas de reducir el costo laboral unitario como estrategia para aumentar competitividad laboral de la empresa principal. El primer enfoque se vale del incremento de la productividad a través de políticas de desarrollo empresarial, las que, por cierto, puede darse con ayuda de terceras empresas que aporten un valor agregado, ya sea con sus maquinarias, su tecnología, conocimientos, entre otros. El segundo enfoque, por el contrario, está dirigido a la reducción de las remuneraciones o beneficios laborales, estrategia

que en la práctica implica distribuir el riesgo de la empresa a los mismos trabajadores (Cuadros, 2020b, pp. 42 y 64), en claro desafío al principio de ajenidad de la relación laboral<sup>253254</sup>.

Por consiguiente, tras determinarse que el principio de eficiencia empresarial fundamenta la decisión de tercerizar actividades, la tarea consiste, en adelante, en distinguir los supuestos patológicos en los que dicha decisión se basa -principal o únicamente- en una reducción de los beneficios laborales de los trabajadores, habida cuenta que ello entra en colisión con el andamiaje jurídico dirigido a evitar que el trabajador sea tratado como una mera mercancía. Y es que la mercantilización de la fuerza de trabajo atenta contra la dignidad de la persona, principio tutelar absoluto del Estado constitucional y razón de ser de esta arquitectura de derechos de corte tuitivo, al punto que ningún examen de proporcionalidad puede fundamentar el desconocimiento o rebaja de la dignidad del trabajador. Como ha indicado el Tribunal Constitucional, si bien “ningún derecho fundamental es absoluto, [...] en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad [...]. La dignidad, en conclusión, constituye un *mínimum* inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover” (sentencia recaída en el expediente 0010-2002-AI/TC, fundamento 218)<sup>255256</sup>.

#### **3.1.4.2. La tercerización como cesión del poder normativo de la principal**

Desde una perspectiva estrictamente formal, la tercerización de servicios genera un vínculo laboral únicamente entre la empresa contratista y el trabajador tercerizado, sin que participe la persona jurídica que -curiosamente- motivó dicha contratación: la empresa principal. Con independencia de algunos contrapesos establecidos por las legislaciones -léase, la

---

<sup>253</sup> Profundiza Cuadros que las políticas enfocadas únicamente en la reducción de los costos laborales reducen también la capacidad adquisitiva de la clase trabajadora, con los efectos perjudiciales sobre el consumo y la demanda interna que ello acarrea (2020b, p. 65).

<sup>254</sup> Por cierto, estos enfoques pueden superponerse o ser parte de la misma estrategia.

<sup>255</sup> En ese sentido, Peces-barba afirma que “el fundamento de los derechos humanos es ético y parte de la dignidad humana”, por lo que esta es “el referente moral último, el hombre centro del mundo y centrado en el mundo” (Ochoa, 2020, p. 179).

<sup>256</sup> Se hace manifiesta la ya mencionada afirmación de Atienza de que la dignidad no posee manifestaciones concretas que permitan su desplazamiento en un ejercicio de ponderación.

responsabilidad subsidiaria, solidaria o patronal<sup>257</sup>-, la tradición jurídica basada en la personalidad jurídica y la relación jurídica bilateral ha impedido que traslademos apropiadamente el fenómeno de las relaciones triangulares de trabajo al campo jurídico. De ahí que, conforme lo señala Arce (2008b, p. 23), el hecho de que la decisión de tercerizar sea más económica que jurídica condiciona y en mucho la actuación del derecho en general.

No obstante, con independencia de si las parcelas productivas son encargadas a terceras empresas, se mantiene incólume el hecho de que todas ellas -es decir, sus trabajadores- contribuyen a un único proceso productivo cuyo beneficiario es la empresa principal. En consecuencia, por más que en el papel el trabajador ya no pertenezca a la planilla del empresario titular, no es posible desconocer que el primero continúa ejerciendo un poder económico indirecto sobre el primero<sup>258</sup>. Efectivamente, si bien la empresa tercerizadora asume por su cuenta y riesgo la parcela productiva respectiva, es el contrato entre la principal y aquella el instrumento que determina los objetivos que deberán ser cumplidos para salvaguardar el éxito del proceso productivo y que, en última medida, se terminan trasladando en órdenes hacia los trabajadores de la contratista. Además, la contraprestación acordada entre la principal y la contratista condiciona los salarios de los trabajadores, ya que sobre ese monto la tercerizadora definirá sus salarios, tras la sustracción de su margen de ganancia.

---

<sup>257</sup> Al respecto, Carballo formula una clasificación de cuatro consecuencias iuslaborales (indemnidad, responsabilidad subsidiaria, responsabilidad solidaria y responsabilidad patronal) en función de la entidad que detenta o ejerce el poder de dirección en la actividad confiada: i. si la contratista carece de autonomía, la responsabilidad deberá ser patronal en concordancia con el principio tuitivo; ii. cuando la contratista desarrolle actividades del núcleo del negocio, la responsabilidad será, por lo menos, subsidiaria, sea directamente o en virtud de los incumplimientos de esta; y iii. responsabilidad o incluso indemnidad de la empresa principal -a elección del legislador- si se demuestra autonomía funcional y el desarrollo de actividades fuera del núcleo del negocio (2019, pp. 85-86).

<sup>258</sup> Conforme lo señala la magistrada Ledesma en el voto singular a raíz de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de tercerización de servicios, que el trabajador sea contratado por la principal o la contratista “no es relevante, [...] toda vez que ese dato no incide en el contacto que tiene dicho trabajador con la actividad productiva de la empresa principal ni tampoco con la exposición a los riesgos (sentencia recaída en el expediente 0013-2014-PI/TC, fundamento 12).

En ese sentido, si los trabajadores tercerizados son aún parte del proceso productivo que beneficia al empresario titular, entonces postulamos que la tercerización de servicios consiste, en una cesión -presente o futura- de la regla que confiere poder -de dirección- desde la empresa principal hacia los contratistas, por medio de otra “regla que confiere poder”. Como ya se ha hecho mención, esta “cesión de posición contractual”<sup>259</sup> no elimina el poder del empresario titular sobre los trabajadores tercerizados; en realidad, los efectos limitativos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales de estos trabajadores demuestran que el referido poder ya no va a tener oposición, hecho que muchas veces es deseado por el empresario titular<sup>260</sup>.

Manifestación de ello es que la tercerización afecta en especial a aquellos derechos que dotan a la clase trabajadora del mínimo de autonomía para que “al menos su libertad, no solo formal, encuentre algún tipo de expresión” frente al empleador: la libertad sindical y la estabilidad laboral (Gianibelli, 2006, p. 142). En el caso del primero, la proliferación de pequeñas empresas frágiles y la huida de los autónomos del derecho del trabajo, entre otros factores, han reducido el caudal sindical, dificultado la conformación de una comunidad de intereses y obstaculizado la identificación de la contraparte negocial para el asalariado externalizado. En el segundo supuesto, es importante traer a colación que la tercerización de servicios “lleva en su seno el fomento de la contratación temporal”, habida cuenta que genera la posibilidad de fragmentar jurídicamente la labor de naturaleza permanente del trabajador tercerizado (Arce, 2008b, p. 40) en base a la voluntad del empresario principal.

Con estos dos “derechos para obtener derechos” fuertemente limitados, se vuelve difícil que los trabajadores reconstruyan lo que la externalización ha dejado como “herencia a repudiar” (Gianibelli, 2006, p. 138), que no es otra cosa que la dualización del mercado de trabajo<sup>261</sup>.

---

<sup>259</sup> Se utiliza este término en un sentido amplio, sin que esté necesariamente referido a lo regulado en el artículo 1435 del Código Civil.

<sup>260</sup> Apreciamos, entonces, cómo el problema de informalidad del poder al que hace referencia Miranda (2023, p. 45) se trasluce en esta operación.

<sup>261</sup> Peor aún, aquellos afectados por la huida del derecho del trabajo pierden gran parte sino toda la tutela de la que gozan los asalariados regulares. Y es que, como refiere Gorelli, “si el fordismo supuso la expansión del trabajo subordinado, el sistema posfordista ha generado una pluralidad de vías a través de

Lamentablemente, la tercerización de servicios -y su limitación a los derechos fundamentales de la clase trabajadora- ha facilitado la existencia de una dualidad de planillas dentro del mismo proceso productivo: la primera conformada por trabajadores con vínculo estable y directo con la principal; la segunda, por trabajadores periféricos, de cantidad fluctuante, sin vínculo directo con la empresa principal y generalmente con peores condiciones de trabajo, pero prestos a ser utilizados como “carne de cañón” ante las fluctuaciones del mercado<sup>262</sup>.

En otras palabras, mediante la cesión del poder de dirección hacia la empresa tercerizadora, el empresario principal no solo traslada el riesgo del negocio hacia los trabajadores externalizados -lo que atenta contra el principio de ajenidad-, sino que, a fin de cuentas, interpone la personalidad jurídica de la empresa contratista para “puentear” la aplicación de una legislación diseñada para una relación bilateral de trabajo (Raso citado en Sanguinetti, 2013, p. 194). Esta legislación, ni más ni menos, es la que desarrolla el contenido de los derechos fundamentales de la clase trabajadora, los mismos que habilitan, delimitan y limitan el poder institucionalizado existente entre empleador y asalariados.

Por ello, la tercerización de servicios, si bien significa una cesión del poder de dirección del empresario titular sobre trabajadores que contribuirán a su ciclo productivo, constituye -no en pocas ocasiones- una estrategia para limitar el ejercicio de los derechos fundamentales de estos trabajadores, lo que indirectamente incrementa el poder del empresario sobre ellos<sup>263</sup>. Nos encontramos, a todo esto, ante un estado de cosas inconstitucional, dado que la relación de poder tercerizado es utilizada como un medio para afectar la igualdad -de salario-, la libertad -sindical- y la dignidad de la clase trabajadora en lugar de servir a su concreción. Así, el poder

---

las cuales se puede contar con mano de obra”, como el trabajo autónomo o parasubordinado (2007, p. 113-114).

<sup>262</sup> A propósito, dicha multifragmentación de la clase trabajadora no es extraña a la sociedad desmembrada -dividida en clases internamente fragmentadas- en la que vivimos (Pérez, 2005, p. 63).

<sup>263</sup> Póngase como ejemplo a los trabajadores tercerizados que deciden organizarse colectivamente para obtener mejores en sus condiciones de empleo -como se detalló en el subcapítulo 2.2.2.4.-. El empresario principal, ante ese escenario, puede optar por no renovar el contrato con la empresa tercerizadora y aplastar así cualquier intento de sindicalización.

institucionalizado, debido a que no satisface determinados principios jurídicos, configura lo que se denomina “fraude de ley” y termina produciendo cambios sin legitimidad en la realidad.

### **3.1.4.3. El fraude de ley en la tercerización**

La teoría pospositivista del Estado constitucional distingue entre principios que incorporan valores consideramos como últimos por el sistema jurídico y reglas cuya justificación se determina por su adecuación a los primeros. Bajo esa premisa -desarrollada en el subcapítulo 1.2.2.-, Atienza y Ruiz (2006, p. 25) clasifican a las conductas contrarias a estas normas en ilícitos típicos -si el acto es contrario a una regla- o ilícitos atípicos -si se opone a un principio-, en clara referencia al principio de tipicidad propio del derecho penal.

Habida cuenta que el poder de dirección empresarial deriva de un poder normativo que permite a los actores la satisfacción de sus intereses mediante su configuración como empleador y trabajador -resultado normativo *R*-, hemos afirmado también que el negocio jurídico de tercerización de servicios entre la empresa principal y la contratista viene a ser una cesión o una nueva “regla que confiere poder” entre la última y los trabajadores tercerizados -resultado normativo *R1*-. Pues bien, aunque este tipo de reglas “no pueden infringirse, simplemente puede usarse bien o mal”, no es menos cierto que existen otros estados de cosas vinculados de forma convencional o causal a *R1*, sea a través de la aplicación de otras normas regulativas o la producción de consecuencias fácticas, ambas prohibidas por principios que “dan sentido y justificación a las reglas” (Atienza y Ruiz, 2006, pp. 73-74 y 76).

Tráigase a colación, a tal efecto, la ya tratada función integradora del derecho del trabajo y su manifestación en el equilibrio estructural que debe existir entre el principio protector y el principio de eficiencia empresarial: si bien la interpretación histórica de este equilibrio es contingente, no es posible tampoco vaciar su contenido. Así, una operación descentralizadora sostenida únicamente en la afectación de los derechos fundamentales de los trabajadores para ganar eficiencia empresarial estaría prohibida por los principios que justifican la existencia del ordenamiento laboral. La nueva “regla que confiere poder” entre la tercerizadora y los desplazados -que sujeta a los trabajadores a nuevas normas regulativas centradas en la satélite- o las consecuencias nocivas listadas en el subcapítulo 2.2. vienen a desencadenar lo que la doctrina denomina ilícitos atípicos

Al respecto, Atienza y Ruiz identifican tres clases de ilícitos atípicos: el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder. Conviene diferenciar especialmente el primero de los otros dos, pues si el abuso del derecho gira en torno al ejercicio de un derecho subjetivo -para dañar los intereses de los otros o con un daño ocasionado excesivo-, el fraude de ley y la desviación de poder parten del uso de un poder normativo, *prima facie* lícito, pero que ocasiona un estado de cosas ubicado más allá del alcance justificado de ese poder (2006, pp. 55-56 y 87). Descartada la desviación de poder -ya que involucra a poderes normativos públicos-, postulamos que la tercerización sostenida única o principalmente en el traslado del riesgo del negocio a los trabajadores desplazados constituye un uso fraudulento de la “regla que confiere poder” otorgada por el ordenamiento<sup>264265266</sup>.

A propósito, a pesar de que el Tribunal Constitucional entiende que el fraude de ley consiste en una conducta conforme con una norma de cobertura, pero con un resultado contrario a otras normas (sentencia recaída en el expediente 00018-2009-PI/TC, fundamento 12)<sup>267</sup>, es conveniente precisar que la norma defraudada solo puede ser un principio. Y es que el fraude de ley, conceptualmente, supone siempre una imprevisión por parte del legislador -aunque sea parcial- de que se produzca un estado de cosas que suponga un daño injustificado o un beneficio indebido o que ello se vaya a materializar por medio de un poder normativo (Atienza y Ruiz, 2006, p. 79). De lo contrario, nos hallamos ante una simple colisión entre derechos.

---

<sup>264</sup> Si bien existen supuestos que puedan ser calificados simultáneamente como abuso del derecho y fraude de ley, el hecho de que la relación laboral nazca de un poder normativo ubica su uso ilícito en el ámbito del fraude de ley. Por ello, no compartimos la postura de Carhuatocto (2022, p. 26) de catalogarlo como abuso del derecho.

<sup>265</sup> En ese sentido, la “regla que confiere poder” resulta supraincluyente -en terminología de Frederik Schauer-, pues abarca casos que, consideradas todas las cosas, no debería abarcar. “La figura [del fraude de ley] resulta, así, un mecanismo de corrección del Derecho” (Atienza y Ruiz, 2006, p. 58-59).

<sup>266</sup> Como se apreciará en el siguiente subcapítulo, este análisis recae en un delicado ejercicio de ponderación, de ahí que no descartemos que algunas operaciones descentralizadoras con cierto grado de afectación a los derechos humanos laborales no sean *per se* fraudulentas, si de la evidencia se observa la satisfacción de intereses empresariales válidos.

<sup>267</sup> Este órgano colegiado lo denomina “fraude a la ley”.

Justamente, debido a que el sentido de la figura del fraude de ley es “la coherencia del Derecho [y el] ajuste entre las reglas y los principios que las fundamentan y las limitan”, debe coincidir con Atienza y Ruiz en que su utilización se admite incluso en aquellos supuestos en los que el daño injustificado hacia los trabajadores o el beneficio indebido obtenido por el empleador se da sin que exista intención por parte del último (2006, p. 77). Solo así se dota de coherencia al sistema jurídico, para lo cual el órgano de control tiene el deber de realizar el análisis de proporcionalidad correspondiente y anular los resultados obtenidos, de ser el caso. El objetivo, en la ya citada frase de Atienza, es hacer justicia a través del derecho.

#### **3.1.4.4. El fin legítimo de la tercerización**

Al ser un instrumento con un importante potencial para la elusión de responsabilidades empresariales -algo poco novedoso en la historia de nuestra rama jurídica-, se torna esencial el debate sobre el fin legítimo de la tercerización de servicios. Inclusive dentro un escenario de competitividad internacional que ha llevado a la mayoría de los países del orbe a admitir su licitud, los preceptos estudiados *supra* nos permiten estudiar sus distintos aspectos para compatibilizarlos -si acaso fuese posible- con los principios del Estado constitucional<sup>268</sup>. Sin que se olvide que la realidad es más tozuda que el derecho<sup>269</sup>, el reto es, sin duda, lograr que estos valores de justicia social permanezcan vigentes en un escenario distinto al que los vio nacer.

En el Perú, si bien la Ley 29245 se encarga de regular los supuestos de tercerización de servicios, es innegable que esta regla de nuestro sistema jurídico no ha provisto una respuesta adecuada al caso. La grave afectación de los principios en sentido estricto que gobiernan el derecho del trabajo demuestra la existencia de una laguna axiológica que el operador jurídico debe atender para garantizar el ingreso efectivo de la Constitución en la fábrica<sup>270</sup>. Ante estos “casos difíciles”,

---

<sup>268</sup> El objetivo no es otro que contribuir al debate “constante y profundo” (Escudero *dixit* en Pérez, 2005, p. 63) sobre las consecuencias de la flexibilidad laboral que demanda la globalización y su adecuación a la cláusula de Estado social.

<sup>269</sup> O, en términos marxistas, que el derecho es una superestructura reflejo de la economía “que no puede impedir el avance de las fuerzas productivas” (Alburquerque, 2019, p. 55).

<sup>270</sup> Descártese, junto con Atienza (2017, p. 157), algún intento de ajustar la regla con principios morales no incorporados por el ordenamiento jurídico.

la ponderación con criterios de racionalidad práctica es la llamada a reestablecer los equilibrios constitucionales entre capital y trabajo.

Ahora bien, este examen de proporcionalidad no solo requiere la identificación y desarrollo de los principios en juego, sino también un estudio de las reglas contenidas en la propia Ley 29245, a fin de estudiar sus supuestos de aplicación y garantías fisiológicas. A tal efecto, es posible que las garantías establecidas en la norma estén dirigidas a evitar una consecuencia *E* -la degradación de las condiciones laborales de los desplazados-; no obstante, también existe la posibilidad de que otros supuestos no contemplados en la ley produzcan asimismo la consecuencia *E*. Por consiguiente, hemos reservado su estudio para el subcapítulo 3.4.1.1., tras la aproximación hecha a la regulación de la tercerización en nuestro país.

Sin perjuicio de ello, conviene adelantar que el ejercicio de ponderación no puede vaciar de contenido el andamiaje tuitivo construido durante décadas por el Estado de bienestar. Incluso con el escenario de competencia internacional del proceso globalizador, la recurrencia a la tercerización no puede convertirse en una excusa para “saltarse” la aplicación directa de garantías laborales como la libertad sindical, la estabilidad en el empleo y el principio de igual salario por trabajo de igual valor. Aunque una lectura extremadamente formalista concluiría que estos derechos pueden ejercitarse ahora contra la contratista, lo cierto es que su ejercicio no será el mismo que aquellos trabajadores pertenecientes aún a la planilla de la principal y que contribuyen al mismo proceso productivo.

De ahí que propugnemos que la eficiencia empresarial buscada por el empleador con este tipo de operaciones debe tener como justificación subyacente el acceso a los recursos y especialización -valor agregado- de la empresa tercerizadora. En otras palabras, el fin legítimo de la subcontratación compatible con el Estado constitucional debe sostenerse en el acceso eficiente a las habilidades y recursos financieros, técnicos o materiales de la contratista, a un coste más económico para la principal en comparación con la adquisición directa de dichos bienes por la última<sup>271</sup>. De esta manera, la externalización sería armoniosa no solo los postulados

---

<sup>271</sup> Nótese que se hace referencia al término “acceso”, pues, como bien señala Arce (2006, pp. 27-28), la tercerizadora puede contar con recursos propios que decida no utilizar en ciertos negocios jurídicos, lo que

constitucionales contenidos en el régimen de economía social de mercado y el estímulo estatal a la creación de riqueza, sino también con los requisitos habilitantes de la Ley 29245.

Por el contrario, dado que su implementación elimina todo rastro de legitimidad para la relación de trabajo como relación de poder institucionalizado, consideramos que la búsqueda de eficiencia sostenida en la mera degradación de las condiciones de la masa trabajadora no supera el análisis de ponderación. En efecto, si la relación de poder es un medio para lograr fines constitucionales, la tercerización sustentada en la degradación de derechos de los trabajadores vulnera el principio de dignidad de la persona -entendido en términos *kantianos*<sup>272</sup>- en la medida que convierte a los asalariados en medios para lograr el lucro privado del empresario titular. Si la relación de poder ha sido institucionalizada para facilitar que cada individuo participante pueda desarrollar sus potencialidades -en la línea con el contenido jurídico de la dignidad<sup>273</sup>-, entonces concluimos que la externalización de actividades para ganar competitividad a costa del ejercicio de los derechos humanos laborales no es compatible con el Estado constitucional.

Así lo entiende además el supremo intérprete de la Constitución -aunque para los supuestos de subcontratación fraudulenta-, pues concluye que “una operación [...] que no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales, a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores (y no mediante la búsqueda real de la eficiencia empresarial) se encuentra completamente vedada” en el Estado constitucional. En ese orden de ideas, el supremo intérprete de la Constitución señala que el fraude en la subcontratación representa un supuesto de “instrumentalización” de la dignidad de los trabajadores que desaparece la finalidad

---

denotaría su actuación como “prestamista laboral”. Nos encontraríamos, por tanto, ante una “empresa de pantalla” coyuntural.

<sup>272</sup> Para Kant, se debe obrar “de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Atienza, 2022, p. 78)

<sup>273</sup> Atienza (2022, pp. 81-82) entiende que a pesar de que la dignidad puede “hacerse residir en el derecho”, es importante no confundir la idealidad del derecho con su real funcionamiento. Por ello, “la función del derecho no puede ser la de asegurar la completa realización de la moral, sino [...] facilitar que cada individuo [...] pueda desarrollar al máximo sus potencialidades”.

constitucional y legal de la tercerización (sentencia recaída en expediente 0211-2010-PA/TC, fundamento 15)<sup>274</sup>.

Lo expresado no pretende ignorar la intervención nociva que esta herramienta ejerce sobre la esfera jurídica de la clase trabajadora y que el Tribunal ha tenido oportunidad de calificar como “inevitable” (fundamento 15). Efectivamente, dada la presencia intensa en nuestra rama en estudio de principios clásicos como la bilateralidad y la personalidad jurídica, la dinámica trilateral de la tercerización impone retos *ab initio* a la tutela de la esfera jurídica del proletariado -ver subcapítulo 3.2.3.2.-. Por ello, aun en los supuestos en los que se acredite el fin legítimo de la tercerización -requisito *sine qua non* para su procedencia-, el operador jurídico está llamado a evaluar cuidadosamente el balance entre el principio de eficiencia empresarial y la afectación a los principios tuitivos laborales -buscados o no-. Es lo que Palomeque llama “operación contingente” y que debe tomar en consideración además factores extrajurídicos como el escenario político o la situación económica, pero sin que ello signifique “desmantelar el núcleo esencial del acuerdo social” (2018, p. 8).

En conclusión, a pesar de que el derecho del trabajo tiene como *función histórica* servir de encauce al conflicto inmanente entre capital y trabajo<sup>275</sup>, la búsqueda de eficiencia basada en la mera limitación a los derechos fundamentales de los trabajadores vacía de contenido toda arquitectura jurídica construida para proteger al trabajador como sujeto subordinado en una relación de poder. Dado que la evolución de la economía capitalista ha consagrado a la tercerización de servicios como un instrumento por excelencia para obtener competitividad, el derecho debe asegurar su presencia en esa dinámica de cesión del poder de dirección. Solo entonces se puede garantizar la dignidad de los trabajadores externalizados, en concordancia

---

<sup>274</sup> Si bien este pronunciamiento se enmarca en el caso de externalizaciones fraudulentas por falta de autonomía de la empresa tercerizadora, los supuestos de descentralización productiva de todas o gran parte de las actividades productivas también denotan falta de autonomía, pero esta vez de la empresa titular. Es el caso de las empresas principales “casarón”. Pese a ello, la legislación de la materia solo ha recogido el primer suceso, como se apreciará en el subcapítulo 3.2.3.

<sup>275</sup> Al punto que Vivero afirma que “puede haber capitalismo sin derecho del trabajo -tal y como demuestran el pasado y/o presente de todas las naciones-, [pero] lo que no puede haber es genuino derecho del trabajo sin capitalismo [o] contra el capitalismo” (2014, p. 302)

con el postulado -desarrollado en el subcapítulo 1.1.3.- de “a más capitalismo, más derecho del trabajo”.



### 3.2. Aproximación crítica a las garantías fisiológicas en la legislación de la tercerización

El análisis de los principios en juego en la tercerización es una operación no exenta de complejidad y que, por consiguiente, usualmente está reservada para un control *ex post* a cargo de las autoridades administrativas y judiciales. Si en el referido examen se demuestra el acceso al valor agregado de la contratista y que la descentralización productiva es una medida idónea, necesaria y proporcional para el caso concreto, la intervención sobre los derechos humanos laborales habría superado el examen de ponderación; de lo contrario, la degradación de los derechos de la clase trabajadora no habría tenido un fin empresarial válido que la legitime<sup>276</sup>.

Ahora bien, frente a una realidad en la que la fiscalización no cuenta con los recursos necesarios para cumplir a cabalidad sus funciones<sup>277</sup>, el legislador como funcionario con respaldo democrático suele emitir reglas de equilibrio<sup>278</sup> que compatibilicen *ex ante* la confrontación entre el principio de eficiencia empresarial y los derechos fundamentales de la clase trabajadora dentro de la dinámica de la tercerización. Ya que el ideal del Estado constitucional es “el sometimiento del poder a la razón” (Atienza, 2014), es fundamental que el poder de dirección cedido no trastoque los límites de la racionalidad jurídica. Solo así se dotará de contenido efectivo al

---

<sup>276</sup> De acuerdo con una reciente encuesta global de Deloitte a más de seiscientos empleadores, el 88% de empresas consultadas señaló a la eficiencia en sus procesos y la estandarización de estos como el principal objetivo al momento de implementar una estrategia de descentralización productiva, de los cuales, el 78% indicó que logró dicha meta. Adicionalmente, el 84% de las empresas encuestadas admitió que la reducción de costos fue el segundo objetivo buscado con la operación descentralizadora y 88% de ellos refirió que consiguió lograrlo (2021).

<sup>277</sup> Como afirmó el entonces ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, Fernando Varela, “en los últimos años hemos tenido una cantidad insuficiente de inspectores, menos de 800 [...]. [Por ello], vamos a aportar 200 inspectores más para el 2024” (El Peruano, 2023).

<sup>278</sup> Término utilizado por Marmanillo y Sánchez (2024, p. 443) para describir a la Ley 29245, Ley que regula los supuestos de tercerización y que concuerda con la noción pospositivista de que las reglas son el resultado de un “balance, ponderación o compromiso” entre principios para el caso genérico que regulan (Aguiló, 2008, p. 18).

mandato constitucional de que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”<sup>279</sup>.

En la región, la consolidación de la tercerización como elemento estructural de la economía globalizada ha producido que su incipiente regulación no atienda debidamente sus potenciales efectos perniciosos contra el ejercicio de los derechos humanos laborales. Y es que, hasta los primeros años del presente milenio, las tensiones sociales acaecidas por el recurso indiscriminado a la subcontratación no encontraron en la legislación local un vehículo para el restablecimiento del equilibrio en el sistema de relaciones laborales, máxime luego de la reforma de corte liberal de los años noventa. No obstante, en las últimas dos décadas, se ha gestado una reflexión sobre las repercusiones nocivas de esta técnica jurídica, lo que ha motivado que en el Perú y en diversos países de Sudamérica<sup>280</sup> se emitan normas que buscan tutelar los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados a través de dos perspectivas: una prohibitiva o patológica y otra regulativa o fisiológica.

### **3.2.1. Dos enfoques contrarios para regular la tercerización de servicios**

#### **3.2.1.1. El enfoque patológico**

El enfoque patológico de la tercerización -término prestado de la medicina- lo presenta como una técnica jurídica ineludiblemente vinculada a la degradación de las condiciones de empleo de la clase trabajadora. Consecuencias nocivas como la diferenciación salarial, la inestabilidad laboral de entrada y la pérdida de virtualidad de los derechos sindicales son así congénitos a la introducción de un tercero en la relación de trabajo, antes que potenciales consecuencias adversas que no necesariamente se manifiestan en todos los escenarios. En esa perspectiva,

---

<sup>279</sup> Como ya se precisó en el subcapítulo 3.1.3., este mandato debe ser compatibilizado con los demás bienes jurídicos reconocidos en la Carta Magna, en virtud del principio de unidad de la Constitución que propugna que ningún derecho es absoluto.

<sup>280</sup> Sanguinetti (2019, pp. 105-106) identifica a la Ley chilena 20123 de 2006 como la precursora de esta secuencia tuitiva regional que continuaría con la uruguayaya Ley 18099 de 2007 -reforzada posteriormente con la Ley 18251-. Es menester precisar que Colombia y Argentina ya poseían un tratamiento normativo en esa línea sobre la tercerización desde 1950 y 1974, respectivamente.

estas “desviaciones” son consideradas por los empresarios como “rasgos normales y apreciados” de la subcontratación, incluso en los supuestos en los que ya no solo se basa en la especialización sino también en “el mercado secundario de empleo” que crea (Ojeda, 2010, p. 142).

La devaluación de las condiciones de empleo de los trabajadores tercerizados, más aún en un contexto de consagración de esta herramienta como la “panacea” del nuevo orden económico global -ver el subcapítulo 2.1.1.2.-, ha motivado a un sector de la doctrina a inclinarse por su prohibición total. Bajo este razonamiento, aún en aquellas situaciones en las que la decisión de externalizar se motiva en todo o en parte en los recursos y especialización de la contratista, este fin legítimo no presentaría el peso material abstracto y concreto suficiente para imponerse sobre la intervención a los derechos fundamentales de la clase trabajadora. En opinión de estos juristas, el legislador pudo haber dispuesto otras medidas de abaratamiento de costes laborales que no descansen en los hombros de la clase trabajadora<sup>281</sup>.

Por consiguiente, para este grupo de académicos -que, por cierto, no es mayoritario-, la tercerización es un fenómeno que debe ser prohibido con miras a suprimir *ab radice* su utilización para ganar competitividad a través del traslado del riesgo del negocio a los trabajadores. Empero, como acota Sanguineti (2013, p. 206), la garantía de la tutela de los derechos de los trabajadores se produce con cargo a una importante limitación sobre el principio de eficiencia empresarial, pues el titular del proceso productivo ya no podrá recurrir a las terceras empresas incluso cuando medien razones técnicas que le permitan organizar eficientemente su producción. Se suprimen, así, los potenciales efectos positivos que tendría el recurso a este instrumento en un escenario globalizador, decisión que recientemente ha sido adoptada en la región por Ecuador y Venezuela<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Esta es la opinión, por ejemplo, de la magistrada Ledesma en su voto singular como parte de la sentencia recaída en el expediente 0013-2014-PI/TC (fundamento 17).

<sup>282</sup> Al respecto, el Mandato Constituyente N° 8 de 2008 decretó la prohibición y eliminación de la tercerización e intermediación laboral bajo el entendido de que su uso y abuso habían ocasionado “la injusticia laboral y la aberrante discriminación social”, panorama producido por un esquema contractual que considera a la fuerza de trabajo como una “simple mercancía”. Por su parte, en Venezuela, el artículo 47 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) de 2012 expresa con

Otro sector de la doctrina -más numeroso que el anterior- ha abogado por una perspectiva prohibitiva referida a ciertas actividades productivas del empresario titular. En ese orden de ideas, Fernández y Gauthier afirman que el concepto de tercerización involucra solo “a las actividades consideradas secundarias o complementarias y no a aquellas que constituyen la actividad principal y básica de la empresa” (1997, p. 390). Desde otra concepción similar, para Ben Schneider la tercerización es una herramienta que facilita que la titular centre sus esfuerzos en sus “actividades distintivas”, es decir, aquellas que conforman su *core business*<sup>283284</sup>.

Este enfoque prohibitivo asienta parcialmente sus raíces jurídicas en una concepción primigenia de descentralización productiva, contemporánea a la organización intraempresarial de actividades del *taylorismo*. Para estos autores, la empresa principal debe ser poseedora directa de una utilidad agregada frente al público y ser la responsable última de sus actividades distintivas frente al Estado y la sociedad<sup>285</sup>. En otras palabras, se parte de la premisa de que existe una parcela íntima o nuclear de producción del empresario en la que este debería contar con los conocimientos, especialización, maquinaria o tecnología que le permitan cumplir su objeto social, ser identificado por sus clientes finales, diferenciarse dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades, entre otros factores.

---

claridad su concepción fisiológica respecto de la tercerización al definirla como “la simulación o fraude [...] con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la relación laboral”. En ese orden de ideas, el artículo 48 de dicho cuerpo normativo la abole para las actividades de corte permanente dentro del centro de trabajo y sin cuya ejecución no podría llevarse a cabo las operaciones en la empresa.

<sup>283</sup> Un enfoque parecido presenta Ermida, quien recoge la hipótesis de que es posible tercerizar el proceso productivo de la empresa salvo aquellas actividades que “conforman o configuran las características esenciales” de la empresa.

<sup>284</sup> Sin perjuicio de desarrollar esta tipología en el subcapítulo 3.3., conviene precisar por ahora que algunas sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema han recogido la definición de Schneider (sentencia recaída en el expediente 2111-2012-PA/TC, fundamento 11 y Acción Popular 1607-2012-LIMA, considerando tercero, respectivamente).

<sup>285</sup> Marmanillo (2025), por ejemplo, rechaza que la empresa titular no sea responsable o -peor aún- que no ejerza subordinación sobre los trabajadores del núcleo de su negocio.

Asimismo, dado que este ámbito de la producción usualmente abarca a las actividades con mayores ingresos o esenciales de la titular, la intensidad de la vulneración a principios fundamentales como el de igual salario por trabajo de igual valor o la estabilidad en el empleo es más notoria -ver subcapítulo 3.3.4.-. En consecuencia, se considera que la descentralización productiva de esa parcela de actividades está más vinculada a una estrategia de eficiencia empresarial basada en la degradación de los derechos de la clase trabajadora, por lo que debe prohibirse.

Finalmente, un tercer sector de la doctrina -más cercano a la postura fisiológica- se centra en prohibir la cesión de “una serie de funciones [administrativas] que ineludiblemente deben permanecer en el ámbito interno de la empresa” (García Moreno, 2002, p. 58), tales como la gestión del patrimonio empresarial y la misma coordinación que debe establecerse con las contratistas. Se trata, en última instancia, de proteger a la empresa principal de la pérdida de su proceso productivo, pues la cesión de un núcleo de actividades directivas ya no involucraría solamente a la “regla que confiere poder”, sino al control de todo el proceso productivo de la titular. Dicho de otro modo, “ya no estaríamos ante la hipótesis de la externalización sino ante una sustitución de empresas” (Raso, 2000, p. 41)<sup>286</sup>.

### **3.2.1.2. El enfoque fisiológico**

A todo esto, el impacto económico que acarrea la prohibición de la tercerización en un contexto de economía globalizada no es menor, al punto que los países de la región que acogieron este

---

<sup>286</sup> Al respecto, Puntriano defiende que la empresa titular mantenga para sí la esencia de la actividad que se subcontrata, en clara alusión a un “núcleo duro que no es posible sacar y que actuará como límite al proceso tercerizador” (2022, p. 179).

enfoque -Ecuador y Venezuela- han establecido excepciones a la regla patológica<sup>287288</sup>. Es el motivo también por el que las naciones que no se han adherido a esta perspectiva han adoptado una posición regulativa que normaliza la existencia del fenómeno de la descentralización productiva. Sin perjuicio de ello, frente a los potenciales riesgos que significa su uso para los trabajadores, se determinan garantías de diverso tipo para aminorar dichos efectos, aunque sin abandonar del todo el paradigma del modelo productivo *taylorista*. Bajo el paradigma fisiológico, entonces, la tercerización es considerada una opción lícita para que el empleador organice su actividad productiva de manera eficiente: lo que antes era considerado negativo ahora es considerado positivo “e incluso necesario para la buena marcha económica de las empresas” (Gorelli, 2007, p. 49).

Para esta concepción benigna, las consecuencias nocivas que infringe la tercerización sobre la clase trabajadora no son inherentes a la utilización de este instrumento, sino que en realidad son producto de “un uso torticero” del mismo. En todo caso, las garantías establecidas por el legislador para este efecto dan cuenta de la relevancia que este atribuye a los desafíos propios de la subcontratación, puesto que, si bien *prima facie* no es misión del derecho del trabajo regular los modos de organización del empresario, sí le corresponde traducir sus implicancias en el sistema de relaciones laborales, habida cuenta de su función tuitiva (Sanguinetti, 2013, p. 203).

---

<sup>287</sup> Es el caso de Ecuador, cuyo Mandato Constituyente N° 8 dispuso que las empresas del “sector estratégico público” -léase, el sector hidrocarburos con una participación promedio del 10% del PBI local- puedan continuar tercerizando su ciclo productivo. Asimismo, el citado mandato delimitó la prohibición de subcontratar hacia “las actividades propias y habituales de la empresa”, lo que permitió la externalización de actividades complementarias (limpieza, seguridad, vigilancia, etcétera) y de servicios técnicos especializados (auditoría, consultoría, contabilidad, entre otros). En lo que respecta a Venezuela, la LOTTT permite la subcontratación de aquellos supuestos no mencionados en la cita a pie de página 186, para lo cual prefiere denominar a las empresas participantes como “contratistas” en vez de “tercerizadoras”, siempre que cuenten con elementos o recursos propios y trabajadores bajo su dependencia.

<sup>288</sup> Pese a ello, cifras recogidas por el Instituto Peruano de Economía (IPE) indican que, del millón de trabajadores ecuatorianos tercerizados antes de la reforma, solo el 20% fue contratado directamente luego de la medida, de acuerdo con un estudio de la Universidad Andina Simón Bolívar. Además, relatan que, según la Superintendencia de Compañías de Ecuador, 539 de 1460 empresas tercerizadoras tuvieron que cerrar sus operaciones (2022, p. 9).

En un primer momento, la perspectiva fisiológica se materializa principalmente en el establecimiento de un sistema de responsabilidad dirigido a la empresa principal por las obligaciones laborales de las contratistas, ya sea directa, solidaria o, por lo menos, subsidiaria. Lamentablemente, en los términos de Sanguinetti, esta provisión lleva implícita la admisión de que el problema más relevante de la subcontratación es -en el papel- la garantía del cumplimiento de las obligaciones en favor de los trabajadores participantes (2013, p. 203) y no tanto la degradación de las condiciones de empleo o sus consecuencias negativas para la vigencia de los principios del derecho del trabajo -descritas en el subcapítulo 2.2.-.

Frente a esa situación, desde la doctrina ya se promueve la atribución de “estatus patronal” a quienes ejerzan el poder de dirección sobre los trabajadores involucrados (Carballo, 2019, p. 82) y, *contrario sensu*, la prohibición del establecimiento de una relación triangular de trabajo con empresas sin autonomía funcional. Sin duda, ello ayudaría a encontrar soluciones a los inconvenientes que presenta la regulación contemporánea de la materia, en vista de la noción tradicional del derecho fundada en los principios clásicos de personalidad jurídica y carácter bilateral del contrato de trabajo. Hasta que llegue ese momento, el reto consistirá en ofrecer soluciones compatibles con un sistema jurídico diseñado para un solo empleador, pero a su vez fundado en los valores que inspiran al Estado constitucional. Solo así será válido jurídicamente consentir el lugar predominante que tiene la tercerización en el ámbito productivo moderno.

### **3.2.2. Primeros esfuerzos de regulación fisiológica de la subcontratación**

#### **3.2.2.1. Antecedentes normativos hasta el siglo XX**

A diferencia de otros países de la región como Colombia o Argentina, hasta 1978 ninguna norma peruana de carácter laboral hacía referencia a alguna de las manifestaciones de la descentralización productiva. Es recién con la preeminencia de la subcontratación en el paradigma económico capitalista que el Gobierno Militar de ese entonces emitió el Decreto Ley 22126 para permitir la solo en actividades complementarias como limpieza, seguridad, eventos

temporales y otros análogos (artículo 27)<sup>289</sup>. Ocho años después, la Ley 24514 extendió su ámbito de actuación a las actividades de carácter especializado, término vinculado por la doctrina con aquellas tareas que requieren de personal altamente cualificado y que no están comprendidas en las actividades principales de la empresa usuaria (Villavicencio, 2004, p. 147). Por último, en 1991, la versión primigenia del Decreto Legislativo 728 amplió el campo de actuación de la subcontratación de mano de obra a las labores principales, siempre que sean temporales y con un límite de trabajadores destacados que no podía superar el veinte por ciento (20%) de la planilla de la empresa usuaria -límite que fue aumentado al cincuenta por ciento (50%) del total de la planilla en 1996-.

Con este propósito, la norma en mención contempló, además de las empresas de servicios temporales y de servicios complementarios, que cooperativas de trabajadores<sup>290</sup> presten sus servicios a empresas usuarias; no obstante, debido a que estas personas jurídicas se encuentran exentas de la legislación laboral, los socios trabajadores en múltiples ocasiones eran víctimas de explotación y no gozaban de los niveles mínimos de protección de un trabajador asalariado. Por consiguiente, la Ley 26513 estableció que sus ingresos no podían ser menores a los correspondientes a los trabajadores que realicen “labores análogas” y, de no poder hacerse dicha comparación, su ingreso no debía ser inferior a una remuneración mínima vital. Asimismo, el Decreto Supremo 004-98-TR les extendió el derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios (CTS) prevista para el régimen general privado.

---

<sup>289</sup> La norma además requería que los trabajadores estén contratados de forma permanente con una empresa contratista, salvo casos de naturaleza accidental o temporal regulados por el Decreto Ley 18138. La exigencia del involucramiento de una empresa de servicios y no de un mero intermediario tuvo como fin evitar la participación de “testaferros del verdadero empleador”, en la ya citada frase de Leguía.

<sup>290</sup> Tengamos presente que en una cooperativa “todos los que trabajan son socios y todos los socios trabajan [...]”. Las dos condiciones se funden en una” (Neves, 2009, p. 23). No obstante, su habilitación para intermediar servicios produce una “distorsión insalvable” en su naturaleza, ya que la intermediación dista mucho de la realización del trabajo más o menos autónomo que caracteriza a las cooperativas. Se pierde, así, la *afectio societatis* que caracteriza a este sujeto cooperativo (Villavicencio, 2004, p. 149). Por ello, habida cuenta que nuestra investigación se centra en la tercerización laboral, nos enfocaremos en adelante en las empresas de servicios como empresas prestadoras de servicios de intermediación.

Con el retorno a la democracia, en 2001 una Comisión de Expertos<sup>291</sup> formada a solicitud del Congreso de la República elaboró un Anteproyecto de Ley General de Trabajo con el objetivo de atender las contrarreformas de la década anterior y sistematizar nuestra normativa laboral históricamente dispersa. La subcontratación no fue ajena al Anteproyecto, texto que propuso su validez solo para servicios temporales, complementarios y para la subcontratación de obras y servicios. En específico, planteó mantener la prohibición de la subcontratación de mano de obra para la realización de actividades de corte permanente, mientras que, para la subcontratación de obras y servicios, el Anteproyecto la toleró siempre que la empresa contratista asuma el encargo por su cuenta y riesgo, cuente con sus propios recursos, sea responsable por los resultados de la operación y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Como novedad, la solidaridad entre las empresas participantes fue introducida para el pago de derechos laborales y de seguridad social, pero solo hasta un año después de la culminación del vínculo laboral entre la empresa contratista y el trabajador destacado.

Lamentablemente, como señala Balbín (2006, p. 20), el capítulo referido a “la prestación de servicios con intervención de terceros” -término utilizado para la subcontratación- no formó parte de los capítulos consensuados entre los actores sociales representados ante el Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo (CNTPE), entre marzo de 2002 y mayo de 2005, hecho que refleja la polarización de la época sobre el tópico. Aún con el resto del texto consensuado, el Anteproyecto de Ley General de Trabajo y otras dos propuestas similares en 2011 y 2021 nunca vieron la luz.

### **3.2.2.2. *La regulación de la intermediación laboral***

Un año después de la elaboración del Anteproyecto, el Congreso promulgó la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas de servicios y de las cooperativas de trabajadores - conocida como Ley de intermediación laboral-, tras descartar iniciativas congresales que se decantaban por un enfoque patológico total para la subcontratación<sup>292</sup>. En concordancia con la

---

<sup>291</sup> Compuesta, en orden alfabético, por Carlos Blancas, Víctor Ferro, Javier Neves, Mario Pasco y Alfredo Villavicencio. Actuó como secretario técnico Alfonso Ciudad.

<sup>292</sup> Efectivamente, el 13 de agosto de 2001 la congresista Dora Núñez presentó el proyecto de Ley 448, que elimina la intermediación laboral a través de los *services* (denominación que reciben las empresas

perspectiva fisiológica, la norma buscó brindar un tratamiento integral y menos permisivo para este instituto, en comparación con la legislación dispersa de la década de los noventa.

Para lograr ese objetivo, la Ley recoge la prohibición de la simple provisión de personal en las actividades principales, con la excepción de supuestos de temporalidad, pero regula también los supuestos en los que se brindan servicios de corte complementario o especializado, dada la vinculación histórica de la intermediación con las actividades complementarias y especializadas (Villavicencio y Balbín, 2007, p. 14). Es decir, la ley agrupa bajo el rótulo de “intermediación laboral” a los supuestos permitidos de subcontratación de la época, pero sin establecer un elemento común que los cohesione, lo que provocó que su promulgación fuese objeto de críticas por su falta de claridad y su poca sistematización (Espinoza, 2008b, p. 32)<sup>293</sup>. En específico, la Ley 27626 acoge bajo su ámbito de aplicación a supuestos de cesión temporal de trabajadores -subordinados a la empresa usuaria o principal- junto con mecanismos de intervención de empresas de servicios temporales, en los que, a diferencia de la primera, el poder de dirección sobre los trabajadores es ejercido por las últimas empresas.

La diferencia señalada es aún mayor si consideramos que la empresa de servicios temporales no se dedica a actividad productiva alguna más allá de la cesión de trabajadores y, en consecuencia, la licitud de sus servicios solo puede darse de manera excepcional<sup>294</sup>; mientras que la empresa de servicios complementarios o especializados se hace cargo de un servicio o fase del proceso productivo de la titular. Justamente, por cuenta de dicha excepcionalidad, la Ley 27626 solo habilita a las empresas de servicios temporales a ceder a sus trabajadores mediante contratos temporales de naturaleza ocasional y de suplencia (artículo 11.1 de la ley) y siempre

---

temporales de servicios) para devolverle al trabajador “su dignidad y respetabilidad” y convertir al trabajo en un “derecho y deber social”, según lo manda el artículo 23 de la Constitución de 1993.

<sup>293</sup> Si aplicamos la terminología de Guibourg y otros (1985, p. 58), la Ley 27626 optó por una definición extensional de la intermediación en vez de una intensional.

<sup>294</sup> Al respecto, Ermida y Colotuzzo afirman que la intermediación “produce una distorsión en la naturaleza cooperativa de la institución” (2009, p. 48), por lo que Arce sentencia que “si no hay empresa de servicios temporales no puede existir cesión de mano de obra” (2008a, p. 121).

que no excedan el veinte por ciento (20%)<sup>295</sup> del total de trabajadores de la empresa usuaria, calculado sobre el total de trabajadores de la última con vínculo laboral directo.

En cuanto a las garantías para evitar un “uso torticero” de la intermediación, la norma prohíbe la contratación de empresas de servicios por la empresa usuaria para cubrir personal en huelga -lo que la doctrina conoce como esquirolaje externo- y para cubrir personal de otra empresa de servicios; esto es, para evitar el desplazamiento de trabajadores que ya han estado laborando para la usuaria (artículo 8)<sup>296</sup>. Asimismo, tras la “amplia experiencia” previa sobre la defraudación de los derechos de los trabajadores (MTPE, 2012), el artículo 24 de la norma impone a las empresas de servicios la concesión de una fianza con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de la seguridad social de aquellos trabajadores destacados a la empresa usuaria. Si esta resulta insuficiente, el artículo 25 sanciona la responsabilidad solidaria para el pago de los adeudos por el tiempo de servicios laborados en la empresa usuaria.

Interesantemente, el artículo 4 de la Ley 27626 establece que la intermediación laboral que tenga por objeto o efecto vulnerar o limitar los derechos colectivos de los trabajadores de las entidades de intermediación o de la empresa usuaria es nula de pleno derecho. Se hace visible, en consecuencia, nuestra tesis de que la subcontratación de servicios que no tiene por objeto el acceso al valor agregado y especialización de la empresa contratista es inconstitucional<sup>297</sup>.

Por último, la norma y su reglamento -el Decreto Supremo 003-2002-TR- refieren que los trabajadores de las empresas tienen derecho a percibir las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores, siempre que sean de alcance general,

---

<sup>295</sup> Se regresa, así, al límite previsto por el Decreto Legislativo 728. Empero, debido a que la intermediación de actividades temporales está restringida solo a actividades ocasionales o de suplencia, son muy pocos los trabajadores beneficiados con esta limitación.

<sup>296</sup> Arce (2008a, p. 125) además entiende que el artículo 2 de la Ley prohíbe indirectamente el encadenamiento de subcontrataciones, pues exige que las empresas de servicios se dediquen exclusivamente a la prestación de servicios de intermediación laboral.

<sup>297</sup> Para el caso de la intermediación de mano de obra, claro está, el fundamento recae en la excepcionalidad de la labor a desarrollar -sean labores de suplencia u ocasionales-, ante el poco o nulo valor agregado que ofrece la empresa de servicios a la empresa usuaria.

conforme con la categoría ocupacional o función que desempeñen y mientras dure el destaque. No procede la equiparación, sin embargo, cuando las labores efectuadas por los asalariados destacados no son desarrolladas por trabajador alguno de la empresa usuaria, o si los beneficios fueron otorgados con motivo de una “situación especial objetiva”, por calificaciones personales, por el desarrollo de actividades físicas, por particularidades propias del puesto o por el cumplimiento de condiciones específicas (artículo 5 del Reglamento). Lamentablemente, si se excluyen criterios objetivos como las peculiaridades del puesto -que justamente debería ser la base de la homogenización-, “no se puede tener expectativas respecto a que por fin la equiparación deje de ser simplemente declarativa” (Villavicencio, 2004, p. 153)<sup>298</sup>.

### **3.2.3. La regulación fisiológica de la tercerización de servicios**

A pesar de que un sector importante de la doctrina ha considerado que la “intermediación” de servicios complementarios y de alta especialización de la Ley 27626 regula en realidad supuestos de tercerización de servicios -ver subcapítulo 3.3.3.2.-, el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR dispuso con claridad que “no constituye intermediación laboral [...] los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas”<sup>299</sup>. Se introdujo, de esta manera, una “válvula de escape” para que cualquier empresa de servicios complementarios o especializados se acogiese a la

---

<sup>298</sup> Esta situación se agrava más cuando, producto de la intermediación, no queda ningún trabajador referente en la empresa usuaria que ejecute las labores externalizadas (Guerra, 2013, p. 61).

<sup>299</sup> En el caso de las contratistas o subcontratistas, se exigió que “asuman el encargo por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Como elementos coadyuvantes para la identificación de actividades, la norma identificó a “la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio”. Todos estos elementos serían finalmente recogidos en la Ley 29245.

regulación de la tercerización, en ese entonces sin normativa laboral específica que la aborde<sup>300301</sup>.

La ausencia de una regulación “aunque sea mínima” de la tercerización -como denunció Villavicencio (2004, p. 151) en su momento-, ocasionó que el 30 de abril de 2007, más de treinta y cinco mil trabajadores mineros iniciaran una huelga nacional indefinida, convocada por la Federación Nacional de Trabajadores Mineros, Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú (FMMSP)<sup>302</sup>. Tras el compromiso del Ejecutivo de elaborar una propuesta con rango de ley para garantizar los derechos laborales de los trabajadores mineros y el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, la huelga finalizó el 4 de mayo (Asociación Perú, 2007)<sup>303</sup>. Empero, de manera paralela, la preocupación de los congresistas estadounidenses Charles Rangel y Sander Levin sobre el abuso de las prácticas de la subcontratación -a raíz de la firma del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos-, provocó que el Ejecutivo finalmente

---

<sup>300</sup> Pese a lo expuesto, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema convalidó la legalidad de este apartado en el proceso de Acción Popular 1949-2004-LIMA, ya que concluyó que, en vez de regular un supuesto no contemplado legalmente en ese momento, el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR solo precisó criterios de diferenciación e identificación entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios (considerando sexto).

<sup>301</sup> Y es que, como relata Ugaz (2009, p. 187), muchas de las empresas que usualmente ofrecían servicios de provisión de mano de obra “complementaria” transitaron su objeto hacia los servicios de tercerización complementarios, bajo la creencia de que las actividades de tercerización se encontraban fuera del ámbito de aplicación de la Ley 27626.

<sup>302</sup> Adicionalmente, se exigió que el entonces gobierno de Alan García cumpla su promesa electoral de “terminar con los *services* contra los que luchamos desde el año 2001”, anglicismo utilizado para denominar coloquialmente a las empresas de servicios en el Perú. Ante ello, García se desdijo e indicó que “Yo dije que [lo que] hay que eliminar [es] el abuso de las *services* [...]. El señor Toledo [fue el que] se pasó al extremo y dijo que había que eliminar las malditas *services*” (Telesur noticias, 2007).

<sup>303</sup> Nótese entonces el abandono de la perspectiva patológica por el gobierno aprista, cuyo ministro de Trabajo y Promoción del Empleo en 2008, Mario Pasco, llegó a declarar que una medida prohibitiva de las *services* no solucionaría nada, sino que “crearía más problemas” (Andina, 2008).

emita el Decreto Supremo 020-2007-TR para dotar de un articulado -al menos reglamentario- a la tercerización en nuestro país<sup>304</sup>.

Dado que aún hacía falta una norma con rango de ley para “definir, regular y controlar” la utilización “incorrecta, fraudulenta e incluso agravada”<sup>305</sup> de la subcontratación de bienes y servicios, ese mismo año el grupo parlamentario Unión por el Perú (UPP) presentó el proyecto de Ley 1696-2007/CR, para regular los servicios de tercerización, y que exitosamente se convertiría en la Ley 29245. De manera similar a la regulación reglamentaria, la norma propone, en primer lugar, una definición de tercerización que gira en torno a la autonomía empresarial de la empresa tercerizadora, por medio de requisitos y elementos característicos que la diferencian de la mera provisión de mano de obra. Establecida esta fórmula, la Ley desarrolla una serie de obligaciones y garantías, aunque únicamente para determinados tipos de tercerizaciones.

### **3.2.3.1. *La autonomía empresarial y la especialización como presupuestos de la tercerización***

Debido a que la licitud de la cesión de mano de obra solo está prevista para supuestos excepcionales y temporales como el contrato ocasional y de suplencia, la doctrina ha identificado a la autonomía empresarial de la tercerizadora como uno de los criterios para diferenciarla de la subcontratación de mano de obra. Por virtud de esta autonomía, en los términos de Cruz Villalón, la tercerizadora debe contar con una actividad u organización propia y estable, tener los medios necesarios para el desarrollo de su actividad o, en todo caso, ejercer las funciones inherentes a

---

<sup>304</sup> Se incorporaron, por tanto, los artículos 4-A, 4-B y 4-C al reglamento de la Ley 27626, con una serie de garantías para los trabajadores desplazados hacia la empresa principal. Al igual que los requisitos y elementos característicos de la tercerización abordados por el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR, reservaremos su análisis cuando estudiemos el contenido de la norma legal, habida cuenta que la Ley 29245 replicó en gran parte los artículos incorporados por el Decreto Supremo 020-2007-TR,

<sup>305</sup> Así lo establece el mismo proyecto de ley (Congreso, 2007, p. 1). Sobre el particular, el MTPE coincide en que el objetivo del proyecto fue trasladar la regulación del Decreto Supremo a una norma con rango legal (2007, p. 2).

su condición de empresario. Una de esas funciones, por supuesto, lo constituye el poder de dirección (Arce, 2011, p. 24)<sup>306</sup> que ya tuvimos ocasión de desarrollar.

En ese sentido, para definir a la tercerización de servicios, el artículo 2 de la Ley 29245 recurre a cuatro requisitos de validez vinculados a demostrar la existencia de autonomía empresarial por parte de la contratista: en primer lugar, se exige que ella asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo, en segundo término, se requiere que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, asimismo, debe ser responsable por los resultados de las actividades y, finalmente, los trabajadores de ella deben estar bajo su exclusiva subordinación. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos copulativos, que además implique una simple provisión de personal, acarrea el reconocimiento de la existencia de una relación laboral directa entre los trabajadores destacados a la empresa principal y esta última, pues así lo instituye el artículo 3 del Reglamento de la Ley -aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR-<sup>307</sup>.

A la par, a modo de expresión de los cuatro requisitos ya mencionados, la Ley establece cuatro elementos característicos o indicios de la existencia de autonomía empresarial de la tercerizadora, a saber: la existencia de pluralidad de clientes, dotación de equipamiento, inversión de capital y, por último, el establecimiento de una contraprestación por la obra o servicio prestado por la contratista. Estos elementos característicos, de conformidad con el artículo 4.1. del Decreto Supremo, deben evaluarse caso por caso luego de considerar la actividad económica, los antecedentes, el inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de la empresa principal y la empresa contratista<sup>308</sup>.

---

<sup>306</sup> En esa línea argumentativa, Toyama ha señalado que los presupuestos para la existencia de una relación de tercerización son la existencia de una “unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa” y la capacidad de que la contratista ofrezca bienes y servicios de manera “independiente e integral” (Carhuatocto, 2013, p. 27).

<sup>307</sup> Sobre el particular, Arce critica que se intente determinar “de manera apriorística y definitiva” la autonomía empresarial de la empresa contratista por medio de requisitos *sine qua non*, toda vez que existirán supuestos en los que habrá que prescindir de esta tipología para abocarse al análisis en concreto (2011, p. 24).

<sup>308</sup> De esos cuatro indicios, solo el de pluralidad de clientes debería poder ser desvirtuado por circunstancias referidas a la actividad empresarial. Los otros tres -equipamiento, inversión y retribución-

Ahora bien, dado que los elementos y características citados tienen la capacidad de agregar valor al proceso productivo de la empresa titular, postulamos su encauce principalmente como expresiones del valor agregado que debe ofrecer la empresa tercerizadora para diferenciarse del mero destaque de mano de obra<sup>309</sup> y para legitimar la operación descentralizadora. Y es que la existencia de una organización empresarial con materiales y la asunción de los servicios de la contratista por su cuenta y riesgo libera recursos internos de la principal para otros propósitos, proporciona garantía del servicio y mejora el enfoque estratégico de la organización<sup>310</sup>.

Sin perjuicio de ello, no solo se requiere que la tercerizadora cuente con una organización, materiales y responsabilidad que dé soporte a su giro del negocio. Se necesita además que esta empresa tenga “una habilidad, calificación o secreto industrial de la cual carezca la empresa principal y que la identifique y destaque como una empresa especializada en la prestación de determinados servicios” (Cornejo, 2011, pp. 51-52). Dicho en términos concisos, se requiere que la contratista sea especialista en el rubro en el que opera.

Es difícil imaginar, a todo esto, un escenario en el que la empresa titular ceda una parcela productiva a otra que no sea especialista en la actividad que realiza. Obrar de esta manera, en realidad, incrementa el riesgo para la primera, puesto que una parte de su proceso de producción va a ser asumido por una persona jurídica sin las credenciales que requiere un mercado global altamente competitivo; salvo, claro está, que el empresario recurra a una tercera empresa con el único o principal objetivo de ahorrar costos laborales. Justamente, esta meta, a pesar de que puede enmarcarse en la búsqueda de eficiencia empresarial, no es compatible con un examen de ponderación aplicado a la tercerización, puesto que implica trasladar el riesgo del negocio ya no a la contratista, sino a los trabajadores de esta<sup>311</sup>.

---

en realidad son necesarios “para cualquier actividad empresarial”, por lo que su peso indiciario es mayor (Arce, 2011, p. 26).

<sup>309</sup> Así lo entiende Espinoza (2008b, p. 36).

<sup>310</sup> Todos estos son ventajas identificadas por Schneider que justifican el empleo de la tercerización como mecanismo de gestión de negocios (Puntriano, 2008, pp. 22-23).

<sup>311</sup> Esta acción refleja con claridad la violación del fundamento ético del contrato de trabajo al que hace referencia Ermida y Colotuzzo y que ya hemos citado con anterioridad.

A propósito, con la intención de relativizar las disposiciones de la Ley -“para su correcta aplicación”- referidas a la pluralidad de clientes, la tercerización con desplazamiento y la responsabilidad solidaria, un día después de promulgada la ley el Ejecutivo decidió emitir el Decreto Legislativo 1038<sup>312</sup>. En lo que respecta al primer punto, el artículo 1 del Decreto Legislativo delegó al Reglamento de la Ley la facultad de establecer aquellos casos excepcionales en los que, por razones “objetivas y demostrables”, la pluralidad de clientes podía ser obviada como elemento característico de la subcontratación. Con ese respaldo legal, el artículo 4.2 del Decreto Supremo 006-2008-TR advierte tres supuestos de excepción a la pluralidad de clientes, ya sea vinculado a la existencia de razones geográficas, de mercado o del sector, a la suscripción de un pacto de exclusividad que sea razonable sobre la base de la naturaleza del servicio u obra y a la adscripción de la tercerizadora al régimen de la microempresa<sup>313</sup>.

La atenuación también alcanzó al requisito de equipamiento, puesto que el artículo 4.3. del Reglamento dispone que, cuando resulte razonable, la contratista puede usar los equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos estén dentro de su ámbito de administración y responsabilidad, formen parte componente o estén vinculadas directamente a la actividad o instalación productiva que la empresa principal le haya delegado. Ciertamente, la Ley no hace mención del término “propiedad” y el arrendamiento, comodato o *leasing* han demostrado mecanismos accesibles para contar con equipamiento; sin embargo, conviene cuestionar si la relativización de esta característica por el Reglamento vacía su contenido como

---

<sup>312</sup> Curiosamente, en vez de plantear dichas observaciones a la autógrafa de la ley -lo que hubiese significado su retorno al Congreso de la República-, el Ejecutivo optó por su promulgación y posterior “enmienda” a través del Decreto Legislativo, quizás por la presión ejercida por miembros del Poder Legislativo norteamericano durante la implementación del capítulo laboral del Tratado de Libre Comercio con su país.

<sup>313</sup> Cabe señalar que la Corte Suprema adoptó una perspectiva formalista en la Acción Popular 764-2011-Lima interpuesta contra el Reglamento y concluyó que el artículo 4.2 del Reglamento no era ilegal puesto que sus disposiciones concordaban con el mandato del Decreto Legislativo 1038. Empero, la Sala no valoró si las excepciones del Decreto Supremo interfieren con la facultad de valorar indicios, que corresponde al Poder Judicial.

indicio de autonomía empresarial<sup>314</sup>. En todo caso, la administración de los bienes debe evidenciar una razonable inversión de capital y, en el supuesto de cesión del local dentro de las instalaciones de la principal, debe el juez evaluar la razonabilidad de la medida, ya que la tercerización sin desplazamiento de personal no cuenta con la garantía de la responsabilidad solidaria en el pago de adeudos laborales<sup>315</sup>.

Con estos dos indicios de la autonomía empresarial menguados, cobra más relevancia aún la especialización de la contratista en la constitución del valor agregado que requiere el análisis de ponderación constitucional de la tercerización. De ahí que bien ha hecho el legislador en precisar que la tercerización consiste, además de los citados elementos constitutivos y característicos, en la contratación de empresas para el desarrollo de “actividades especializadas u obras”, lo que será abordado en el subcapítulo 3.3.3.1.

### **3.2.3.2. Garantías bilaterales ineficaces para una herramienta esencialmente trilateral**

No es sorpresa que la subcontratación de bienes y servicios -como decisión que reside en criterios económicos antes que jurídicos- ha condicionado “en mucho” la actuación no solo del derecho del trabajo, sino del derecho en general (Arce, 2008b, p. 23). Nuestra rama jurídica, fundada en conceptos jurídicos decimonónicos como la personalidad jurídica y el contrato bilateral de trabajo, no ha sabido adaptarse aún a los retos que presenta la tercerización de servicios, máxime en el actual panorama de globalización. Así, si el derecho es una superestructura que no puede detener el avance de las fuerzas productivas, entonces debe por lo menos instituir un conjunto de garantías para los trabajadores involucrados en la

---

<sup>314</sup> Sobre el particular, Cornejo (2011, p. 49) coincide con la aproximación del Reglamento. Para él, en la medida que la contratista controle el uso de los activos, ya sea de su propiedad o esté bajo su administración, se garantiza el mantenimiento del control sobre la prestación de servicio, lo que cumple con las “notas típicas” de toda descentralización productiva.

<sup>315</sup> Por ejemplo, es razonable que una empresa minera ceda la administración de un espacio dentro de su campamento minero para que la contratista ofrezca sus servicios de salud, incluso con algunos equipos cedidos por la principal como dueña del espacio, ante la onerosidad del traslado de los equipos propios de la tercerizadora.

subcontratación con miras a no deslegitimar el ejercicio del poder de dirección y su cesión a una tercerizadora por medio de esta herramienta.

A propósito del primero de los principios tradicionales mencionados, el sistema siempre ha buscado identificar personalidad jurídica con actividad empresarial, entendida esta última bajo el paradigma de la empresa *taylorista* que concentra todo el ciclo productivo, cuenta con autonomía material -recursos financieros o técnicos- y personal -trabajadores a su cargo- y su organización es jerárquica y centralizada. Por tanto, debido a que la persona jurídica clásica sirve de “envoltorio” para cada actividad empresarial (Arce, 2008b, p. 25), aquel empresario con personalidad jurídica formal pero sin autonomía debería de ser catalogado como una empresa ficticia.

Vistas así las cosas, el artículo 5 de la Ley 29245 ha dispuesto el nacimiento de una relación laboral directa e inmediata entre los trabajadores involucrados en la tercerización y la empresa principal con ocasión de la participación de contratistas que no cuenten con los elementos y características descritos en el subcapítulo 3.2.3.1. Nótese, empero, que la solución patológica de la norma no abandona los espacios de personalidad clásicos de las entidades mencionadas, puesto que la principal y la tercerizadora continuarán habilitadas, en términos mercantiles, para futuros negocios jurídicos. Por lo tanto, el objetivo de esta primera garantía es la detección de fraudes en lugar de la atención a la degradación del ejercicio de los derechos fundamentales de la clase trabajadora: lo único que cambia, con independencia del retiro de autorización de tercerizar de la segunda, es la contraparte de la relación de los trabajadores afectados<sup>316</sup>.

Justamente, la otra institución jurídica tradicional que limita las herramientas disponibles hacia una regulación eficiente de la descentralización productiva es la concepción del contrato de trabajo como una relación bilateral. En efecto, por más que se demuestre que los trabajadores de la empresa contratista han contribuido a la generación de utilidades de la empresa titular del proceso productivo, el derecho se resiste a abandonar la individualización de la figura del empleador, lo que dificulta que se puedan compartir las obligaciones laborales de la persona

---

<sup>316</sup> Es innegable también que la disposición analizada genera un incentivo para que las empresas titulares de los procesos productivos realicen los filtros referidos a la autonomía empresarial de las contratistas con el fin de evitar la sanción de la ley.

jurídica que suscribió el contrato con el asalariado, como lo es el reparto de la referida rentabilidad. Para el derecho, entonces, carece de relevancia si la empresa se incorpora a un modelo de descentralización productiva, ya que siempre va a partir de “la existencia de un único empleador para cada trabajador” (Cruz, 2009, pp. 81-82).

Es desde estas dos concepciones -que impiden la correspondencia entre el fenómeno económico y su regulación jurídica- que el legislador peruano ha instaurado un conjunto de “garantías de derechos laborales” para los trabajadores de las empresas tercerizadoras con nula o poca eficacia para regular la dualización del mercado de trabajo al que hicimos referencia en el subcapítulo 2.2.2.7<sup>317</sup>. En ese orden de ideas, poco valor tiene el enunciado del artículo 2 de la Ley en contra de la restricción de los derechos fundamentales de los trabajadores tercerizados cuando el detalle de los resguardos del artículo 7 de la norma no abandona la esfera jurídica de la contratista.

Por ejemplo, el artículo 7.1. de la Ley refiere que los trabajadores contratados de forma temporal por la empresa tercerizadora tienen iguales derechos, pero solo respecto del personal contratado a tiempo indeterminado por la misma empresa. Nada nuevo aporta esta disposición, puesto que el artículo 79 de la LPCL ya garantiza que, dentro de una única entidad, los trabajadores sujetos a modalidad deban percibir los mismos beneficios que la ley, pacto o costumbre reconozca a los trabajadores a plazo indefinido, una vez superado el período de prueba<sup>318</sup>. Queda sin recibir tratamiento, entonces, la temporalización del contrato de trabajo que opera por la sola voluntad del empresario, incluso para labores de corte permanente<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> No vamos a profundizar, en esta ocasión, sobre las garantías vinculadas al deber de información de los artículos 4 y 6 de la Ley y que recaen sobre la empresa tercerizadora respecto a la identidad de la empresa principal, las actividades objeto de la tercerización y el lugar en el que se ejecutarán las actividades. Al respecto, Guerra (2013, p. 66) destaca que estas disposiciones permiten incrementar el control de las contratistas y contribuyen a la elección y mantenimiento de vínculos con contratistas respetuosas del ordenamiento laboral.

<sup>318</sup> Resulta irónico, por tanto, que el artículo 7 de la Ley manifieste que las garantías instituidas por ella son distintas a las ya establecidas por la legislación laboral vigente.

<sup>319</sup> En los términos de Sanguinetti (2013, p. 188), “mediante la externalización, no sujeto a ninguna exigencia causal, es posible fundamentar la conversión de puestos permanentes en temporales. Y también justificar su extinción por causas ajenas al funcionamiento de la actividad productiva a la que sirven”.

En segundo término, el artículo 7.2. indica que los trabajadores tercerizados gozan del pleno ejercicio de los derechos laborales individuales y colectivos señalados en la normativa vigente. En el mejor de los casos, ello significa que no se ha instaurado un régimen promocional para la tercerización con menores derechos garantizados, como sucede -entre otros- en la legislación laboral para la micro, pequeña y mediana empresa. Más allá de esa comprobación, la norma omite atender el importante hecho de que los trabajadores tercerizados que disfrutan formalmente de los derechos reconocidos por la legislación gozan de inferiores condiciones de empleo en comparación con los asalariados de la empresa principal que realizan labores de igual o similar valor, contribuyen al mismo ciclo productivo y comparten el mismo espacio de trabajo<sup>320</sup>.

A propósito, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la acción de inconstitucionalidad planteada contra la Ley 29245 que el principio de igualdad en la relación laboral -garantizado en el artículo 26 de la Carta Magna- solo impone un trato igualitario entre dos sujetos que se hallan en la misma condición. Desde una perspectiva excesivamente formalista, el supremo intérprete de la Constitución ha concluido que dicha similitud no existe en la tercerización, dado que los trabajadores de la empresa tercerizadora mantienen “única y exclusivamente” una relación de trabajo con ella y, en consecuencia, la relación de poder nunca traspasa su personalidad jurídica (sentencia recaída en el expediente 00013-2014-AI, fundamento 85)<sup>321</sup>. En resumen, el Tribunal

---

<sup>320</sup> En este punto, cabe recordar que el derecho del trabajo es una rama jurídica compuesta eminentemente por normas de derecho necesario relativo, esto es, que fijan pisos para la autonomía privada o colectiva (Neves, 2009, p. 59). Por consiguiente, la garantía de que todos los trabajadores perciban por lo menos los mismos “derechos-piso” -léase, la remuneración mínima vital vigente- no soluciona la disparidad salarial existente entre trabajadores que colaboran -con igual valor- para un único ciclo productivo y que se basa en su posición en la cadena productiva.

<sup>321</sup> Como correctamente advierte la magistrada Ledesma en su voto singular, el criterio del Tribunal apunta más a la identificación de dos situaciones “idénticas” antes que “análogas”, analogía que, por cierto, sí está presente en un contexto de descentralización productiva, ya que los trabajadores de la principal y la contratista tienen a su cargo labores similares, están expuestos a los mismos riesgos ocupacionales y “realizan [el mismo] empresarial” (fundamentos 12 y 13). En un sentido similar, los magistrados Ramos y Espinosa-Saldaña refieren en sus correspondientes respectivos votos singulares que no es posible detener el análisis de la vulneración del principio de igualdad en las diferencias establecidas por la misma ley (punto b) y que el *tertium comparationis* “no puede partir, gratuitamente, de asumir la conformidad o

se negó a admitir la existencia de una laguna axiológica y, por tanto, no intervino en la corrección de los desajustes valorativos de la regla -la Ley 29245-.

Lamentablemente, si partimos de la comprobación de que las actividades que terceriza el empresario titular son componente necesario de su ciclo productivo -es decir, que deben realizarse por él mismo o, en todo caso, encargarse a una tercera empresa-, entonces el Tribunal ha legitimado la estrategia que denuncia Raso de “interponer” la personalidad jurídica de la contratista para “puentear” la aplicación del derecho del trabajo a los tercerizados, en vista de que está esbozado para una relación bilateral tradicional (Sanguinetti, 2013, p. 194). Uno de los ejemplos más resaltantes se encuentra en la posibilidad de inaplicación de las bandas salariales de la empresa principal a los asalariados destacados que realizan labores de igual valor, pues a diferencia de los criterios objetivos válidos para justificar diferencias salariales, el hecho que el trabajador formalmente esté en la planilla de la contratista es consecuencia directa de la voluntad de la principal<sup>322</sup>.

En tercer lugar, el artículo 7.3 de la Ley advierte que tanto la tercerización como la contratación a plazo fijo no pueden ser empleadas “con la intención o efecto” de limitar o perjudicar los derechos colectivos de los trabajadores. Al igual que la cláusula de “buenas intenciones” contenida en el artículo 4 de la Ley 27626, su contenido refleja parcialmente nuestra tesis de sancionar la inconstitucionalidad de aquellas tercerizaciones que se funden en la degradación de las condiciones de empleo de los trabajadores, aunque es notable la omisión de los derechos individuales, pese a que bienes jurídicos como la igualdad salarial y la estabilidad en el empleo son afectados también con la operación tercerizadora.

---

constitucionalidad de la medida que se cuestiona” (fundamento 5). Solo el análisis de la conformidad constitucional de la diferencia garantizará no volver inútil el examen de igualdad.

<sup>322</sup> Entre los criterios objetivos válidos que enlista el artículo 6.1 del Decreto Supremo 002-2018-TR, Reglamento de la Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, se encuentran la antigüedad, el desempeño, la experiencia laboral y el perfil académico. A pesar de que la norma también hace mención del lugar de trabajo, justamente en la tercerización con desplazamiento la locación es compartida tanto por los trabajadores de la principal como los de la tercerizadora.

En cuanto a los retos al ejercicio de los derechos fundamentales colectivos de la clase trabajadora descritos en los subcapítulos 2.2.2.4, 2.2.2.5. y 2.2.2.6., la Ley no los atiende más allá de la referencia a la proscripción del esquirolaje por subcontratación<sup>323</sup>. Para empezar, dada la predilección de nuestra legislación y nuestros jueces supremos de “encasillar a la actividad sindical dentro de la persona jurídica” (Arce, 2008b, p. 46), la aplicación de la tipología sindical del artículo 5 de la LRCT dificulta o impide a los trabajadores externalizados la conformación de cualquiera de los cuatro sujetos colectivos que contempla la norma que le permita negociar sus condiciones de empleo con la empresa que ejerce la subordinación económica en el ciclo productivo: la empresa principal<sup>324</sup>.

Efectivamente, la creación de un sindicato de empresa, de por sí una tarea complicada por la atomización de la fuerza de trabajo entre las diversas contratistas, solo va a permitir que los trabajadores planteen sus reclamos frente a su empleador formal. En el caso del sindicato de gremio -pensado para asalariados de distintas empresas que ejercen similar oficio, profesión o especialidad-, si la estrategia de externalización supone el traslado de toda una determinada categoría profesional hacia las tercerizadoras, se imposibilita que se incluya a la empresa en el ámbito del sindicato de gremio de dicha profesión.

Asimismo, basta que alguna de las empresas participantes cuente con veinte o más trabajadores para que la Autoridad de Trabajo se niegue a otorgar la inscripción de un sindicato de oficios varios, en vista que la LRCT solo permite su conformación si no es posible constituir sindicatos de otro tipo en un determinado lugar, provincia y región. Por último, el sindicato de rama de actividad, a pesar de ser la opción más prometedora de las cuatro, no está exento de vicisitudes,

---

<sup>323</sup> Y es que, un año antes de la aprobación de la Ley 29245, el Decreto Supremo 019-2007-TR había modificado el artículo 25.9 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo para sancionar la sustitución de trabajadores en huelga mediante la intermediación y la contratación o subcontratación de bienes o servicios. Mientras tanto, el artículo 70 del Reglamento de la LRCT no reflejó expresamente esa prohibición sino hasta que fue modificado por el Decreto Supremo 014-2022-TR, treinta años después de su emisión.

<sup>324</sup> Anteriormente hemos precisado que la cesión del poder de dirección que denota la tercerización es solo jurídica, puesto que la empresa titular del proceso productivo continúa manteniendo, en cierta medida, un poder económico indirecto sobre las empresas tercerizadoras y sobre los trabajadores de ellas.

ya que una empresa de mantenimiento de maquinarias puede tener trabajadores destacados a empresas del sector minero y otros a empresas del sector químicos y bastará que el empleador modifique la asignación del desplazado para entorpecer la afiliación al sujeto colectivo supraempresarial<sup>325</sup>.

Finalmente, el artículo 7.4 de la Ley reconoce la potestad de los trabajadores, cuando corresponda, de accionar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o e Poder Judicial para solicitar la protección de los derechos recogidos en los acápite anteriores. La norma destaca que los trabajadores pueden solicitar la verificación de la conformidad de los contratos sujetos a modalidad suscritos con el ordenamiento laboral vigente e impugnar la decisión de no renovar un contrato que se base en motivos antisindicales o “en violación del principio de no discriminación”. De nuevo, mientras se continúe encasillando al trabajador desplazado únicamente dentro de la relación jurídica formal que tiene con la empresa contratista, ninguna de estas disposiciones que ya existen en el ordenamiento jurídico tendrá mayor efecto tuitivo<sup>326</sup>.

Aun si la ausencia de renovación del contrato de trabajo afectase la intención de los externalizados de negociar colectivamente con la principal, la tercerizadora podrá argüir que fue la principal la que optó por no renovar el contrato civil con aquella, ante la falta de escrutinio que aparentemente poseen las decisiones de las personas jurídicas ajenas a la relación clásica bilateral entre tercerizado y contratista<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> Cabe señalar que, a pesar de que el Convenio 87 de la OIT garantiza el derecho de los trabajadores a constituir las organizaciones que estimen conveniente, la tradición jurídica peruana reglamentarista y formalista impidió que se formen sindicatos fuera de la tipología de la ley. Sin embargo, como se desarrolla en el subcapítulo 3.4, el Decreto Supremo 014-2022-TR correctamente ha incluido en su listado a los sindicatos de “de cadena productiva o de redes de subcontratación” y cualquier otro ámbito que los trabajadores así lo estimen.

<sup>326</sup> En efecto, el artículo 77.d de la LPCL ya prohíbe la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas para la contratación temporal, sea al momento de la contratación o al momento de optar por la no renovación, lo que incluye el respeto a la libertad sindical y el derecho a la igualdad de los trabajadores.

<sup>327</sup> Este razonamiento “circular” es el que infortunadamente ha sido validado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 00013-2014-AI/TC.

### **3.2.3.3. La garantía residual de la responsabilidad solidaria**

Los remedios que ha impuesto el legislador nacional para la subcontratación de bienes y servicios no se han limitado a la desnaturalización como consecuencia del incumplimiento de sus requisitos constitutivos o las garantías diseñadas para una relación de trabajo entre dos personas y cuya ineficacia ya ha sido abordada. En concordancia con la adopción de una perspectiva fisiológica, la Ley 29245 instaura un sistema de responsabilidad solidaria cuyo propósito es extender la carga por el cumplimiento de la normativa laboral “a quien está en mejor capacidad de asumir obligaciones o supervisar su cumplimiento” (Toyama, 2020, p. 204)<sup>328</sup>.

A diferencia de los esfuerzos de la doctrina por reformular la noción misma de empleador por medio de la construcción de una “posición subjetiva nueva” que agrupe a los detentores del poder de dirección de los desplazados, la responsabilidad solidaria contemplada en la Ley no crea la figura del empleador plural, ya que la principal o la tercerizadora no pueden actuar como empleadores en cualquier momento del destaque bajo pena de desnaturalizar el cuarto elemento constitutivo de la tercerización<sup>329</sup>. En su lugar, el legislador reconoce que, por cuenta de la vinculación empresarial que existe entre titular y contratista -entendida como el sometimiento a una estrategia común- y el beneficio que reporta a la primera, esta “no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador” (Rodríguez-Piñeiro citado en Ávalos, 2008, p. 87)<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Se hace evidente la pertinencia de regular la tercerización a través de una norma con rango legal, ya que un Decreto Supremo no podría haber impuesto la solidaridad para el pago de obligaciones sin vulnerar el artículo 1183 del Código Civil, que indica que solo “la ley o el título de la obligación” pueden establecerla de manera expresa.

<sup>329</sup> Por consiguiente, si para el legislador peruano el empresario titular no es partícipe de la relación laboral tercerizadora, mal se haría en calificarlo como deudor originario y sujeto de responsabilidad solidaria. En todo caso, en opinión de Arce, lo que el artículo 9 de la Ley ha impuesto es una fianza solidaria contra la empresa principal que se activa ante el incumplimiento del deudor originario -la empresa contratista- y que se basa en la protección del crédito laboral que consagra el artículo 24 de la Constitución (2008b, pp. 32-34).

<sup>330</sup> Reconocimiento que, por cierto, no estuvo exento de polémica en el Pleno del Congreso, pues congresistas como Sasieta Morales y Bruce Montes de Oca se pronunciaron en contra de su incorporación a la Autógrafa de Ley. A su criterio, la solidaridad era “sumamente peligrosa” y “absolutamente

En ese sentido, es positiva la disposición del artículo 7 del Reglamento que extiende la solidaridad a las obligaciones derivadas de las subcontratistas, en reconocimiento a la vinculación empresarial y contribución que realizan estas últimas entidades en las tercerizaciones “en cadena”, presentes en sectores con importante conflictividad social como el minero<sup>331</sup>. No se puede afirmar lo mismo de las otras disposiciones de la Ley, del Decreto Legislativo o del Decreto Supremo que limitan la solidaridad a espacios más reducidos que los instaurados para la intermediación laboral.

Efectivamente, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1038 limita la responsabilidad de la empresa principal a las obligaciones “establecidas por norma legal”, lo que excluye a las de origen unilateral y convencional. Como menciona Sanguinetti, esta decisión no es coherente con la obligación estatal de fomento de la negociación colectiva en un Estado constitucional, además de no ser sensible a la utilidad de los convenios colectivos como herramienta para detener el avance de la degradación de las condiciones de empleo de los trabajadores tercerizados (2019, pp. 121-122)<sup>332</sup>.

En segundo lugar, a pesar de que el artículo 3 de la Ley consiente en denominar “tercerización de servicios” a operaciones que no necesariamente denotan el desplazamiento de los asalariados, el artículo 9 de la Ley solo permite la aplicación de la solidaridad a las tercerizaciones con desplazamiento de personal a las instalaciones de la empresa principal. Peor aún, el numeral 2 del Decreto Legislativo 1038 restringe este remedio y los demás previstos por la Ley a las

---

impracticable”, respectivamente (Congreso, 2008a, pp. 35-36). En su lugar, el Ministerio de Trabajo impulsó la opción de responsabilidad subsidiaria para supuestos en los que la titular cumpliera con el deber de controlar el cumplimiento de las obligaciones de la tercerizadora. Solo en los supuestos en los que no se cumpliera con ese deber, la principal respondería solidariamente (MTPE, 2007, pp. 2-3).

<sup>331</sup> Una lectura literal del artículo 9 de la Ley podría llevar a la conclusión de que la responsabilidad solidaria solo fue prevista respecto del “personal de la empresa tercerizadora”.

<sup>332</sup> En su lugar, el artículo 22 del Decreto Supremo 003-2002-TR incluye a los beneficios de origen convencional en los alcances de la solidaridad para la intermediación.

tercerizaciones con desplazamiento continuo de personal<sup>333</sup>. De manera adicional, el artículo 2 del Decreto Supremo termina por delimitar -ilegalmente- el ámbito de aplicación de la Ley a las tercerizaciones con el mencionado desplazamiento continuo. Se deja, entonces, sin protección a aquellos trabajadores que, sin haber sido desplazados de manera continua, participan del proceso productivo de la empresa principal -persona jurídica que presenta una posición privilegiada para controlar que las contratistas cumplan con sus deberes laborales (Cadillo, 2008, p. 100)-.

A todo esto, incluso con sus restricciones<sup>334</sup>, es innegable la relevancia de la responsabilidad solidaria para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas contratistas en las tercerizaciones con desplazamiento, máxime en el panorama contemporáneo de “fragilidad” de la empresa satelital desarrollado en el subcapítulo 2.2.2.1. Y es que los efectos de la solidaridad también se manifiestan antes y durante la operación tercerizadora, toda vez que la sanción incentiva el análisis de la solvencia de la empresa tercerizadora de manera previa a su vinculación comercial con la titular; asimismo, promueve la supervisión de la ejecución de los compromisos en materia laboral por parte de la contratista hacia los trabajadores desplazados.

Desafortunadamente, el pago de las obligaciones del contrato de trabajo y la solvencia de la tercerizadora no resuelven el problema más acucioso de la tercerización -la dualización del mercado de trabajo-. Mientras las obligaciones a satisfacer continúen siendo solo aquellas derivadas de una relación restringida por los principios clásicos de bilateralidad del contrato y la personalidad jurídica, su carácter residual no atenderá adecuadamente las consecuencias de un fenómeno económico global que beneficia principalmente a una tercera empresa, la cual, si bien cede el poder jurídico de dirección, continúa ejerciendo en la práctica un poder económico sobre las otras partes.

---

<sup>333</sup> Se entiende por desplazamiento continuo de personal aquel que ocurre durante más de un tercio de los días laborales correspondientes al plazo pactado o aquel que exceda cuatrocientos veinte horas o cincuenta y dos días de trabajo efectivo dentro de un semestre (artículo 6 del Decreto Supremo 006-2008-TR).

<sup>334</sup> La Ley 29245 también refiere que, a diferencia de la intermediación, la solidaridad se extiende solo por un año posterior a la culminación del desplazamiento.

La perspectiva fisiológica de la tercerización, por tanto, debe liberarse de “sus propias invenciones” -Arce *dixit* (2008b, p. 24)- para que sus garantías sean efectivas para la canalización adecuada en el conflicto inmanente entre capital y trabajo presente en todo Estado constitucional. Hasta que esos equilibrios constitucionales no se restablezcan -como es el caso de nuestro país-, la postura patológica parcial emerge como una alternativa a ser considerada y que recientemente fue implementada a través del Decreto Supremo 001-2022-TR, norma que prohibió la tercerización del núcleo del negocio.



### 3.3. Hacia una tipología de actividades objeto de tercerización

El debate generado sobre las actividades que pueden ser objeto de subcontratación o del goce de especial protección es coetáneo a la emergencia de esta herramienta jurídica y se extiende hasta nuestros días<sup>335</sup>. Más allá de que un examen en cada caso permita determinar la incompatibilidad de la delegación de la actividad con los principios tuitivos o la insuficiencia de las garantías impartidas por la ley para su ejecución, la literatura jurídica se ha inclinado por la abstracción de dicho análisis a través de diversas tipologías que giran en torno a la complementariedad o especialidad -entre otros- de las actividades de la empresa principal.

En nuestro país, la evolución de la regulación de la subcontratación incorporó en cada norma emitida nuevas actividades a su ámbito de actuación -primero las actividades complementarias, luego las actividades especializadas y finalmente la actividad principal-, las que fueron recogidas en la Ley 27626, primera norma dirigida exclusivamente a regular este fenómeno. En 2008, la referencia a “la contratación de actividad especializadas u obras” en la definición de la Ley 29245 ocasionó una discusión sobre su compatibilidad con la tipología de la intermediación y sus efectos sobre el sistema de relaciones laborales que no se agotó con la emisión de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR. Con ese propósito, catorce años después, el Decreto Supremo 001-2022-TR intentó atender dichas consecuencias nocivas con la introducción -o precisión- del término “núcleo del negocio” como aquella parcela productiva cuya externalización se encuentra prohibida<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Conforme a lo señalado por Ermida y Colotuzzo (2009, p. 21), el análisis de las relaciones triangulares de trabajo puede ser efectuado en torno a tres aspectos: el elemento objetivo, referido a las actividades objeto de descentralización productiva, el elemento subjetivo, correspondiente a la determinación de los sujetos participantes de la relación triangular y el elemento negocial, esto es, el instrumento jurídico que concretiza la tercerización y las relaciones jurídicas entre dichos sujetos.

<sup>336</sup> De acuerdo con el considerando de la norma, su emisión fue motivada por el uso indiscriminado de la subcontratación de bienes y servicios, el que a su vez la convirtió en una de las principales causas de abaratamiento de los costos laborales, con cargo al disfrute de los derechos fundamentales de los trabajadores.

La respuesta empresarial fue sistemática e inmediatamente objetó la norma ante el Poder Judicial -a través de acciones de amparo y acciones populares- y ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Desde el Poder Legislativo, diversas bancadas presentaron proyectos de Ley para dejarlo sin efecto y, al 16 de septiembre de 2025, se habían iniciado 815 procesos o procedimientos para su cuestionamiento<sup>337</sup>, lo que la convierte quizás en la norma más impugnada del ordenamiento jurídico peruano a la fecha.

Por eso, más allá de su estado actual de inaplicación con efectos generales ordenada por el INDECOPI y su eventual derogación por mor del Decreto Supremo 059-2025-PCM<sup>338339</sup>, se hace necesario un análisis de la regulación de las actividades objeto de tercerización en nuestro país, dado el argumento proveniente de los defensores del Decreto Supremo 001-2022-TR de que esta norma solo desarrolla lo dispuesto por la Ley 29245<sup>340</sup>.

### ***3.3.1. Retos de la instauración de una tipología de actividades “tercerizables”***

La descentralización productiva, a diferencia del modelo tradicional de empresa, basa su éxito en la fragmentación del ciclo productivo empresarial en labores o tareas individualizadas que, a pesar de ser necesarias para lograr los objetivos de la organización, son encargadas a empresas contratistas para un desarrollo indirecto de la actividad productiva (Gorelli, 2007, pp. 27-28). Como se tuvo oportunidad de desarrollar en los subcapítulos 2.1.1.1. y 2.1.1.2., su concepción primigenia estuvo dirigida a la delegación de sectores específicos y periféricos del proceso de

---

<sup>337</sup> Conforme con cifras provistas por la Procuraduría General del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, al 16 de septiembre de 2025 se habían interpuesto 376 acciones de amparo, 11 acciones populares y 428 procedimientos ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI.

<sup>338</sup> En efecto, el 7 de mayo de 2025, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Supremo 059-2025-PCM para disponer la derogación, en un plazo no mayor de 30 días calendario, del listado de disposiciones administrativas declaradas barreras burocráticas por el INDECOPI. Sin embargo, dicha expulsión del ordenamiento no se ha hecho efectiva hasta el 16 de septiembre de 2025.

<sup>339</sup> Desde el Congreso de la República, incluso, se presentó el proyecto de Ley 1726-2021/CR para derogar de manera expresa el Decreto Supremo.

<sup>340</sup> En ese sentido se pronuncian Arce (2022) y Blancas (2022b).

producción que la doctrina y la legislación han optado por denominar “actividades complementarias”.

Sin embargo, con la hegemonía de la globalización, el auge de la tecnología y la imposición de un modelo de competencia internacional, la tercerización ha abandonado sus fronteras iniciales para dirigirse al resto de actividades de la empresa principal, de manera que los sistemas jurídicos han empezado a tolerar la externalización del resto de tareas organizacionales, con la única excepción de aquellas labores de coordinación del proceso. Curiosamente, aún en esos ordenamientos, los juristas no han renunciado a la utilización de una terminología de actividades, ahora orientada a la protección de determinadas labores empresariales pasibles de ser externalizadas. Es el caso de la “actividad propia”<sup>341</sup> o principal.

En lo que a la doctrina se refiere, la clasificación de actividades objeto de la tercerización puede llegar a ser tan diversa como las denominaciones que históricamente ha recibido esta última<sup>342</sup>. A las ya mencionadas actividades complementarias y principales, los catedráticos también han identificado -entre otras- la existencia de actividades productivas, habituales, nucleares, inherentes y especializadas de la empresa titular, ninguna de las cuales excluye necesariamente a las anteriores. Sea cual fuese la terminología escogida, es posible identificar, en un inicio, dos criterios para su singularización: el valor agregado que ofrecen para la actividad empresarial y la cercanía o pertenencia de la actividad externalizada al objeto social de la empresa titular.

En cuanto al primer criterio, la utilidad añadida de la actividad reposa en primera instancia en los elementos y características de la definición legal de la tercerización que la diferencian de la provisión de mano de obra y que apuntan a demostrar la existencia de autonomía empresarial de la contratista. No obstante, como se tuvo oportunidad de señalar en el subcapítulo 3.2.3.1., el valor agregado requiere además de cierta calificación, habilidad o *know how* que la identifique y

---

<sup>341</sup> España, por ejemplo, establece garantías y deberes para la subcontratación de la “propia actividad” en el artículo 42 de su Estatuto de los Trabajadores.

<sup>342</sup> Recordemos que puede ser denominada subcontratación, tercerización, externalización, desverticalización o incluso desconcentración (Fernández y Gauthier, 1997, p. 389).

le permita asumir sin problemas la parcela productiva escogida por la principal. De esta manera, se contarán con más argumentos hacia la legitimidad de la operación descentralizadora<sup>343</sup>.

En relación con el segundo criterio, el artículo 11 de la Ley General de Sociedades se adhiere a la obligatoria fijación de un objeto social detallado al que la sociedad debe circunscribir sus negocios u operaciones lícitos, al punto que el artículo 26 del Reglamento de Registro de Sociedades prohíbe la inscripción de objetos sociales cuya descripción genérica no permite su identificación inequívoca<sup>344</sup>. Bajo ese marco de referencia, la actividad externalizada puede estar directamente contenida en el objeto social de la empresa o, pese a no estarlo, puede coadyuvar indirectamente a la realización de los fines de la sociedad -ver subcapítulo 3.3.2.1.-. Piénsese en la actividad del corte de tela y la contabilidad para una empresa textil, respectivamente.

Ahora bien, es innegable que esta concepción está inspirada en el modelo industrial *fordista-taylorista*, caracterizado por la producción de un bien final de consumo mediante el montaje de varias piezas intermedias. Por consiguiente, su implantación no solo genera jurisprudencia y doctrina “escasamente uniforme y en ocasiones contradictoria”, sino que no resulta totalmente adecuada en una economía global con mayoritaria presencia del sector servicios, en el que “no hay un bien materialmente concretamente identificable, [por lo que] no resulta nada fácil identificar qué fases o parcelas fragmentadas forman parte de la propia actividad” (Cruz citado en MTPE, 2009, p. 2).

Asimismo, dado que el empresario es libre de fijar el objeto social de su empresa -siempre que este sea lícito, posible y determinado (Lind citado en Montoya y Loayza, 2015, p. 160)-, Rivero denuncia que el establecimiento de una terminología de actividades “tercerizables” genera interpretaciones “tortuosas” y “alambicadas” sobre las parcelas productivas objeto de la

---

<sup>343</sup> Como indica Ichino (citado en Espinoza, 2008c, p. 57), “lo que proporciona un criterio decisivo de legitimación de las distintas modalidades de tercerización y de las formas jurídicas que esta puede asumir es al menos un ‘valor agregado’ a la mera prestación de trabajo”.

<sup>344</sup> Sobre el particular, la Resolución 1689-2009-SUNARP-TR-L determinó que la frase “dedicarse a la prestación de servicios, principalmente a la asesoría de empresas mineras” en el objeto social de una empresa no cumplía con la especificidad requerida, pues el adverbio “principalmente” denotaba que la empresa podía prestar cualquier servicio (Montoya y Loayza, 2015, p. 161).

tercerización que buscan suplantar al empresario en la determinación de su propia actividad<sup>345</sup>. Y es que, conforme a Monereo y Álvarez, se parte de una “apriorismo” conceptual que busca acotar “de modo harto formalista” una realidad empresarial en constante cambio (MTPE, 2009, p. 3). Tráigase a colación el listado de actividades complementarias establecido por nuestro ordenamiento -cuyo análisis se ha reservado para el subcapítulo 3.3.2.2.- y que debería responder a un examen casuístico.

En nuestro país, a pesar de los retos descritos, el legislador ha optado por mantener la clasificación de actividades empresariales que fue abordada parcialmente por cada una de las normas peruanas de subcontratación del siglo XX -actividad principal, actividad complementaria y actividad especializada-. Bajo ese contexto, toda vez que existen dos leyes de subcontratación vigentes en la actualidad, surge la cuestión sobre su campo de aplicación, en especial porque la Ley 27626 regula supuestos que no corresponden con el simple destaque de mano de obra y que podrían estar comprendidos en el ámbito de la Ley 29245. Sin duda, un remedio para los dilemas de superposición de las normas citadas se lograría por medio de regulación única del instituto, al estilo de los fallidos intentos de una Ley General del Trabajo en 2001, 2011 y 2021<sup>346</sup>. Hasta que ello suceda, se torna imperativo el análisis de la terminología empleada por cada una de dichas normas, con miras a estudiar la posterior incorporación del término “núcleo del negocio” por el Decreto Supremo 001-2022-TR.

### **3.3.2. La tipología de actividades en la intermediación laboral**

Conforme a lo desarrollado en el subcapítulo 3.2.2.2., en el afán del legislador de establecer una legislación sistemática e integral del tópico, la Ley 27626 acogió a todas las manifestaciones

---

<sup>345</sup> En contra de esta postura se manifiestan Villavicencio y Balbín (2007, p. 17), quienes denuncian la ausencia de un referente objeto que acarrea el riesgo de reducir los alcances de la actividad propia más allá de lo razonable.

<sup>346</sup> Por ejemplo, el anteproyecto de Código de Trabajo de 2021 propuso denominar a la intermediación laboral como “contratación indirecta de personal” y reservarla únicamente para supuestos de naturaleza temporal como la suplencia o los contratos ocasionales. Las actividades complementarias y de alta especialización, entonces, quedaban bajo el ámbito de la tercerización de servicios, siempre que no pertenezcan al núcleo del negocio (artículo 57).

históricas de la descentralización productiva en nuestro país. De esta manera, toma como referencia a los artículos 175 y 182 del Decreto Legislativo 728 e incorpora a su cuerpo normativo las actividades desarrolladas por empresas de servicios temporales y complementarios, respectivamente. Asimismo, derivada de una lectura del artículo 182 de la norma en mención<sup>347</sup>, la Ley 27626 añade a su ámbito de aplicación a las empresas de servicios especializados y denomina a las tres como “supuestos de procedencia de la intermediación laboral”.

Ahora bien, pese a que la Ley 27626 recondujo acertadamente la prestación de servicios temporales a supuestos excepcionales de provisión de mano de obra bajo la subordinación de la empresa usuaria -dada la permisividad de su anterior regulación<sup>348</sup>-, un sector de la doctrina se mostró en contra de la decisión de etiquetar como “intermediación laboral” a los mecanismos de intervención de empresas de servicios complementarios y especializados, pues la dinámica de la subcontratación de estas tareas forma parte -en realidad- de lo que doctrinariamente se conoce como tercerización<sup>349</sup>. Para estos juristas, las labores complementarias y especializadas, en lugar de referirse a una cesión de trabajadores para que estén bajo el poder de dirección de la usuaria, involucran una prestación con personal propio y una estructura empresarial *ad hoc*. Así lo dispone el artículo 11.3 de la Ley 27626, cuando establece que la empresa usuaria no tiene facultad de dirección sobre los trabajadores destacados por la empresa de servicios especializados<sup>350</sup>.

---

<sup>347</sup> En efecto, este artículo -al estilo de la Ley 24514- considera como actividades complementarias a aquellas de mantenimiento, vigilancia, limpieza, seguridad “y otras de carácter especializado”.

<sup>348</sup> Al respecto, el artículo 175 del Decreto Legislativo 728 reconducía las actividades temporales a cualquiera de las nueve modalidades de contratación a plazo fijo que ha heredado la LPCL, a pesar de que algunas de ellas implican la ejecución de una actividad permanente pero fragmentada en “obras determinadas”. Es el caso del contrato para obra determinada o servicios específico (Sanguinetti, 2008a, p. 75).

<sup>349</sup> Incluso, dos años antes de la aprobación de la citada norma, Villavicencio ya denunciaba que, a diferencia de la subcontratación de mano de obra, la “intermediación” de servicios complementarios o especializados -como los de informática y contabilidad- se encuadraban en realidad en el fenómeno de la subcontratación de bienes y servicios (2000, p. 88).

<sup>350</sup> En cuanto a las actividades complementarias, la precisión se introdujo reglamentariamente por medio del artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR, que refiere que la intermediación de estos servicios no supone la determinación ni supervisión sustancial de las tareas del trabajador destacado.

Peor aún, se denunció que la norma parecía habilitar la simple provisión de personal para actividades consideradas como complementarias y especializadas -que a su vez cuentan con vocación de permanencia-, a pesar de que el artículo 3 de la Ley 27626 proscibía la intermediación permanente de la actividad principal de la empresa usuaria. Con ese propósito, diversas empresas se valieron de una interpretación amplia de la noción de estas actividades para extender sus alcances, lo que produjo “una avalancha de empresas dedicadas a la provisión de personal de servicios indeterminados (siempre que calificaran como “complementarios o especializados”)” (Ugaz, 2009, p. 185). De esta manera, se intentó regresar a la permisividad del Decreto Legislativo 728, que había avalado el uso de esta herramienta con fines fraudulentos para obtener rentabilidad a costa de los derechos laborales y con un nulo valor agregado.

Frente al constante riesgo de su uso abusivo, el Ejecutivo asumió la tarea de precisar la definición de la tipología de actividades objeto de intermediación laboral -actividad principal, actividad complementaria y actividad de alta especialización-, primero a través del Decreto Supremo 003-2002-TR y cinco años después por medio del Decreto Supremo 008-2007-TR.

### **3.3.2.1. La noción amplia de actividad principal**

La definición de la actividad principal de la empresa usuaria ha sido objeto de constante interpretación por parte de la jurisprudencia y de la doctrina, en especial porque la noción de actividad complementaria se ha construido muchas veces en oposición al primer término<sup>351</sup>. Una primera postura -ya mencionada- asume como principal toda actividad en la que el empresario contrata directamente a sus trabajadores, lo que deja en sus manos la definición del contenido de su actividad principal y, por consiguiente, actividad complementaria.

Ante los riesgos de reducción arbitraria del concepto de actividad principal, una segunda postura reconduce la actividad principal a “las operaciones necesarias o habituales en la empresa”. Lo

---

<sup>351</sup> A pesar de que España no recoge el término “actividades complementarias”, jurisprudencialmente se ha determinado que su inclusión dentro de la “propia actividad” empresarial “anularía el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente” (STS del recurso de casación 972/2016, FJ 2).

principal vendría a estar determinado entonces por la frecuencia de la actividad, sin que sea relevante su conexión directa o indirecta con los fines de la empresa. De esta manera, incluso labores tradicionalmente complementarias como la seguridad o la limpieza resultarían principales y el territorio de lo complementario quedaría reducido a las actividades “no habituales” de la principal (Villavicencio y Balbín, 2007, p. 17)<sup>352</sup>.

Por último, una tercera acepción de actividad principal la identifica con las actividades inherentes al ciclo productivo de la titular, es decir, “aquellas actividades relacionadas directamente con el ciclo productivo o de servicio definitorio en cuanto tal, de su objeto social” (Del Rey citado en Arce, 2006, p. 48). No obstante, este criterio no se agota en lo descrito en el objeto social, sino que se define en función de la realidad económica o función que cada unidad productiva cumple en el mercado. Con ese propósito, además de la “reconstrucción del proceso productivo”, será necesario el uso de un sistema indiciario que respalde cualquier afirmación sobre el tópico (Villavicencio y Balbín, 2007, p. 17)<sup>353</sup>.

En lo que respecta a la normativa local, el artículo 1 del primigenio Decreto Supremo 003-2002-TR dispuso de manera laxa que la actividad principal era aquella “consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo”. Sobre el primero de estos dos elementos conjuntivos, es notoria su semejanza con el criterio de inherencia de la tercera acepción de actividad principal. No se puede afirmar lo mismo del segundo elemento, que nos

---

<sup>352</sup> En una postura similar, Del Rey (citado en Arce, 2006, pp. 48-49) identifica el criterio de indispensabilidad, según el cual “todo lo necesario para el cumplimiento del objeto social de la empresa, directa o indirectamente, quedaría incluido en el concepto de propia actividades”, inclusive aquellas actividades que, sin ser propias del ciclo productivo, son necesarias o indispensables para su cumplimiento. Solo se excluiría, por tanto, a aquellas actividades no estrictamente necesarias.

<sup>353</sup> Al respecto, los autores citan los siguientes criterios singularizados por Cruz: el lugar de la prestación de servicios, el objeto social declarado por la empresa, la propia habitualidad de la actividad, la propiedad de los medios de producción, la comparación de lo que es común en otras empresas del sector o los antecedentes de contratación laboral directa hecha por la empresa titular (2007, pp.17-18).

acerca al criterio de la indispensabilidad<sup>354</sup>, y cuya incidencia puede apreciarse en la identificación de las actividades complementarias<sup>355</sup>.

Justamente, ante la amenaza de extensión de los alcances de actividades complementarias y de alta especialización por su falta de precisión -a desarrollarse en el subcapítulo 3.3.2.2.-, el Decreto Supremo 008-2007-TR tuvo a bien determinar que la actividad principal incluye a “las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa”.

Como se puede apreciar, la modificación al reglamento ha buscado dotar a la actividad principal de “una amplitud y generalidad notables” (Ugaz, 2009, p. 186), lo que en la práctica supone una regla general de calificación de actividades empresariales dirigida a su adscripción a la categoría principal<sup>356</sup>. De esta manera, se restringe el ámbito de actuación de las empresas de servicios complementarios y especializados, dado que tienen a su cargo el desarrollo de actividades que no están sujetas a límites porcentuales ni a supuestos excepcionales de contratación temporal -ya sean ocasionales o de suplencia-.

### **3.3.2.2. La perspectiva reducida de la actividad complementaria**

---

<sup>354</sup> Si bien la habitualidad o necesidad han sido recogidas como indicios de inherencia (tercera postura), es difícil imaginar una situación en la que la ausencia del servicio de seguridad no afecte el desarrollo del negocio.

<sup>355</sup> Como precisan Villavicencio y Balbín (2007, p. 18), la aparente contradicción despliega sus efectos en el campo de las actividades complementarias -y no tanto en la actividad principal-, toda vez que “es posible encontrar una actividad no consustancial al negocio cuya ejecución, quizás por el carácter continuo de la paralización, pueda afectar el desarrollo productivo”.

<sup>356</sup> Así también lo concibe Toyama (citado en Cadillo, 2008, p. 103), para quien la regla de contratación directa del ordenamiento laboral peruano impone una restricción sobre la interpretación de lo que es “actividad complementaria”.

Históricamente opuestas al concepto de actividad principal, las actividades complementarias como las de mantenimiento, limpieza, vigilancia y seguridad fueron las primeras en ser habilitadas para su externalización por el Decreto Ley 22126 de 1978. De acuerdo con Espinoza (2008b, p. 37), vienen a ser las actividades organizacionales cuyo valor agregado resulta menor y que se aproxima a la provisión de mano de obra en la actividad principal. Sobre el particular, toda vez que la mayoría de los trabajadores de la empresa de servicios complementarios es destacada a la empresa usuaria, la primera no requiere de inmuebles de importancia para operar y, adicionalmente, el aporte de “herramientas de verdadera entidad económica” y *know how* a los destacados es reducido, pues en el caso de los operarios de limpieza solo se les proporcionaría -precisa el autor- los uniformes e implementos estrictamente necesarios para sus labores<sup>357</sup>.

A todo esto, debido a que la regulación original del Decreto Supremo 003-2002-TR señalaba que la actividad complementaria era aquella “de carácter auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal”, el Ejecutivo decidió precisar dicha noción ante la práctica empresarial que avocaba por calificar como actividad complementaria a la actividad principal de la titular para su intermediación de manera permanente (García, 2013, p. 37)<sup>358</sup>. Así, por medio del Decreto Supremo 008-2007-TR, junto con la extensión del concepto de actividad principal, se precisa justamente que la actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria<sup>359</sup>.

En lo que respecta al listado de actividades complementarias del Decreto Supremo -herencia del Decreto Ley 22126-, cabe precisar que este coincide con aquellas actividades que la jurisprudencia -como la española- ha señalado que no forman parte de la actividad principal de

---

<sup>357</sup> Al punto que Arce las denomina “labores de poca trascendencia social” (2006, p. 51).

<sup>358</sup> Al respecto, Villavicencio da cuenta que las empresas de servicios complementarios pueden ofrecer la realización de labores permanentes o temporales, ya que lo que se privilegia era “el elemento naturaleza de la tarea” (2004, p. 148). Así también se pronuncia el MTPE (2012, p. 4).

<sup>359</sup> El considerando de la norma indica que las modificaciones resultaban necesarias para garantizar el adecuado uso de la intermediación laboral a fin de evitar que se “vulneren los derechos de los trabajadores”.

la empresa, de ahí que su incorporación no fuese objeto de mayor polémica<sup>360</sup>. Se trata, de un lado, de las actividades complementarias inespecíficas que abarcan los servicios de limpieza, vigilancia y seguridad y, del otro, las actividades complementarias esporádicas que contienen a las tareas de mantenimiento (Pérez citado en MTPE, 2009, p. 4).

Con estas modificaciones, las actividades con una vinculación indirecta al objeto de la empresa titular -como la contabilidad- no formarían parte de las actividades complementarias sino de las actividades principales, dado también el valor agregado relevante que poseen (Espinoza, 2008b, p. 36)<sup>361</sup>. Por el contrario, actividades extraempresariales que generalmente no son desarrolladas por trabajadores de la empresa titular no estarían contempladas dentro de las actividades complementarias. Es el caso de la construcción del edificio para una nueva facultad por encargo de una universidad, en el que no resulta sensato exigir la incorporación de los trabajadores de construcción civil en la planilla del centro de estudios, por lo que no podrían subcontratarse (MTPE, 2009, p. 6).

### **3.3.2.3. Las actividades “extraempresariales” de alta especialización**

Finalmente, en un caso *sui generis* para el resto de la comunidad jurídica que solo reconoce la existencia de actividades principales y actividades complementarias, el legislador ha incluido en la regulación de la intermediación laboral a las empresas de servicios especializados, personas jurídicas a cargo de la provisión de “actividades de alta especialización”. Al igual que las tareas complementarias, las actividades de alta especialización no están vinculadas a la parcela productiva principal de la usuaria y así lo precisa el artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR. La diferencia con las labores complementarias radica, entonces, en que las actividades de alta especialización exigen un “alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados”: nos hallamos frente a supuestos con un alto conocimiento en tecnología, “tan

---

<sup>360</sup> Eso sí, Arce (2006, pp. 49-50) advierte que la “relimitación” de la actividad complementaria debe evaluarse “caso por caso”, como da a entender el artículo 1 del Reglamento. Por consiguiente, la limpieza de un hospital o de un restaurante no parece ser “un servicio tan secundario o auxiliar”.

<sup>361</sup> Arce tiene una posición distinta, pues para él la auditoría contable forma parte de las actividades de alta especialización (2008a, p. 124).

sofisticado y especializado que los especialistas en el mercado son reducidos” (Toyama citado en Castillo, 2020, p. 73).

Por ello, a pesar de que su redacción no requirió de atención por parte del Decreto Supremo 008-2007-TR, la doctrina ha coincidido en su calificación como una subcategoría dentro de las actividades complementarias, habida cuenta que la Resolución Ministerial 048-2010-TR<sup>362</sup> instaure como ejemplos de actividades de alta especialización el saneamiento especializado, la desratización, limpieza de tanques sépticos, entre otras actividades de mantenimiento. Sobre el particular, este tipo de actividades son más lejanas aún de la actividad principal -en comparación con las actividades complementarias-, al punto que sostenemos que rondan las actividades extraempresariales -a las que ya tuvimos ocasión de hacer referencia- dada su ocurrencia remota y las altas credenciales que requiere su ejecución<sup>363</sup>.

### **3.3.3. La tipología de actividades en la tercerización de servicios**

Si las garantías ineficaces establecidas por el legislador para la tercerización de servicios -desde una perspectiva bilateral del contrato de trabajo- demostraron que la institución está “atada a sus propias invenciones”, lo mismo puede afirmarse de la regulación de las actividades objeto de subcontratación en el Perú. La decisión de adoptar una tipología de servicios para la Ley 27626 que abarcara todos los mecanismos de subcontratación permitidos a la fecha -incluso aquellos que implican más que una simple provisión de mano de obra- ha “atado” el campo de acción de la regulación de la tercerización de servicios y ha generado las interpretaciones “tortuosas” y alambicadas” que denunciamos en el subcapítulo 3.3.1<sup>364</sup>.

---

<sup>362</sup> Directiva que regula el procedimiento para la inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral (RENEEIL)

<sup>363</sup> Se aprecia la herencia del Decreto Legislativo 728, cuyo derogado artículo 182 señalaba que las “actividades complementarias de carácter especializado” eran aquellas no comprendidas en la actividad principal pero que para su ejecución se requiere la presencia de personal altamente calificado.

<sup>364</sup> Incluso su reconocimiento como actividades de intermediación laboral gozó de la validación de un sector importante de la doctrina en los años noventa, liderado por Toyama, Ferro y Neves (Villavicencio, 2004, p. 149).

Y es que, ante la existencia de dos normas paralelas que regulan instituciones de la subcontratación -nos referimos a las leyes 27626 y 29245-, el Ejecutivo, la doctrina y la jurisprudencia han intentado negar la existencia de una redundancia normativa<sup>365</sup>. Como indica Ross, “los juristas y los jueces se resisten a admitir que el legislador haya dictado normas superfluas y, en consecuencia, se esfuerzan por otorgar a las normas con soluciones equivalentes ámbitos autónomos” (Nino, 1983, p. 279). Es el caso de la tercerización de actividades complementarias y de alta especialización, en la medida que la Ley 29245 incluye en su definición el parecido término “actividades especializadas” -que será abordado a continuación- y, adicionalmente, la Ley 27626 atribuye características propias de la tercerización a la intermediación de las citadas tareas.

### **3.3.3.1. La transversalidad de la actividad especializada**

El término “actividad especializada” no estuvo presente en la versión original del Proyecto de ley 1696/2007-CR -que después se aprobaría como la Ley 29245-. Por el contrario, se precisó que la tercerización podía darse respecto de “cualquier actividad que realiza la empresa principal”, es decir “la contratación de obras o servicios para ser prestados por empresas contratistas”. De ahí que el artículo 3 del dictamen haya señalado que la subcontratación de bienes y servicios comprende el encargo de una parte integral del proceso productivo de la titular -en otras palabras, la actividad principal-, así como “los servicios complementarios y especiales [sic]”. Se apuntaba hacia una omnipresencia de la tercerización.

Es recién con las versiones del dictamen del 7 y 21 de mayo de 2008 que el artículo 2 de la propuesta dispuso que su ámbito comprendía “la contratación de empresas para que desarrollen actividades complementarias, especializadas y obras”. No obstante, a raíz de las críticas a la propuesta por parte del Pleno<sup>366</sup>, el Texto Sustitutorio del 22 de mayo eliminó el extremo referido

---

<sup>365</sup> Al extremo que autores como Mejía (2014, pp. 103-104) identifican la existencia de “tercerizaciones blandas” sujetas al ámbito de la Ley 27626.

<sup>366</sup> En ese sentido, el parlamentario Negreiros indicó que la inclusión de las actividades complementarias negaba “el principio y la doctrina” del significado de tercerización, dado que su ámbito siempre estuvo referido a “la externalización de una actividad principal del negocio”. Por otro lado, la conservación de las actividades especializadas en el texto final encuentra su fundamento en la intervención de congresista

a las actividades complementarias, lo que derivó finalmente en el texto aprobado por el Legislativo y promulgado por el Ejecutivo.

Ahora bien, conforme a lo desarrollado en el subcapítulo 3.2.3.1., los requisitos y elementos característicos de la definición de tercerización no solo apuntan a demostrar la existencia de autonomía empresarial por parte de la tercerizadora, sino que son expresiones del valor agregado que aporta la última a la empresa principal. Parte de ese valor agregado reside, ciertamente, en la posesión de una habilidad, calificación o secreto industrial que debe mostrar la contratista para dotar de eficiencia a la operación descentralizadora -y así superar el examen de ponderación constitucional-, toda vez que las empresas que “suelen ser expertas en el campo para el que se las contrata” son las que obtienen los mejores resultados (Schneider citado en Cornejo, 2008, p. 109).

En ese sentido, si la especialización por parte de la empresa contratista es una característica de ella que le permite ofrecer válidamente sus servicios a las empresas titulares, entonces nos hallamos ante un atributo que puede estar presente en diverso grado en el espectro de actividades empresariales y extraempresariales existente. Verbigracia, a pesar de que la limpieza no requiere en similar grado de las habilidades o el equipamiento presentes en las actividades de “alta especialización” -como la desratización-, el aporte en menor medida de la empresa de limpieza se aprecia en las capacitaciones a sus trabajadores para el manejo de residuos sólidos, para el aseo especial en superficies específicas, entre otros. Por el contrario, en lo que respecta a las actividades que forman parte del ciclo productivo de la empresa titular, la especialización consigue ser aún mayor. Piénsese en la automotriz que opta por tercerizar la fabricación de las llantas a una contratista especializada en la vulcanización del caucho y su moldeado por medio de procesos que integran tecnología avanzada, maquinaria especializada y personal calificado<sup>367</sup>.

---

García, que señala que las empresas tercerizadoras se contratan “por su especialización” (Congreso 2008b, pp. 20 y 31). Empero, la confusión se mantuvo, pues días después el parlamentario Sousa manifestó que no sabía si el término “actividades especializadas u obras” incluía o estaba dentro del ámbito de las tareas principales o complementarias (Congreso, 2008a, p. 36).

<sup>367</sup> En ese sentido, Espinoza admite que la actividad principal es aquella que “implica el aporte de un valor agregado de notoria entidad” (2008b, p. 36).

Opuesta es la aproximación para la identificación de actividades nucleares por parte del sector que propugna la restricción de su externalización. Para autores como Marmanillo y Sánchez (2024, p. 444), el criterio de especialización ahora es aplicado a la empresa principal para concluir que existe una parcela productiva distintiva de la titular en la que ella “es especialista”. Asimismo, la exigencia de que la titular cuente -al menos en esa parcela productiva- con el valor añadido que la va a distinguir en el mercado frente a sus clientes<sup>368</sup>, permite evitar la proliferación de empresas “fachada” que no podrá asumir con solvencias las obligaciones que la ley le impone (Blancas, 2022b).

### **3.3.3.2. Los intentos de reconducción hacia la tipología de la intermediación**

La transversalidad del término “actividad especializada” que hemos postulado no ha sido óbice para la reconducción de las actividades objeto de la tercerización al ámbito tipológico consagrado en la Ley 27626. Y es que pesar de que la Ley 29245 no hace mención a ninguna de las tres actividades que componen la tipología de la Ley 27626 -actividad principal, actividad complementaria y actividad de alta especialización-, los juristas siempre han intentado aterrizar el ámbito de actividades objeto de la tercerización dentro del arquetipo desarrollado para la intermediación laboral.

Recuérdese, a todo esto, que la Ley 27626 introdujo características que la doctrina reconoce como propias de la tercerización para la intermediación de actividades complementarias y de alta especialización. La ausencia de la facultad de dirección sobre las labores de alta especialización desarrolladas por los trabajadores destacados y la presencia de una supervisión únicamente residual en las tareas de corte complementario son, en efecto, propiedades representativas de la subcontratación de servicios<sup>369</sup>. Contrariamente, la actividad principal en la intermediación solo

---

<sup>368</sup> En los términos de Carhuatocto, “socialmente no es aceptable que quien contribuye a mi actividad distintiva quede fuera de la planilla de la empresa principal, el reparto de utilidades y la negociación colectiva correspondiente” (2022, p. 20).

<sup>369</sup> De la misma manera, el artículo 6 de la Ley 27626 autoriza la inaplicación del porcentaje limitativo de 20% a aquellas intermediaciones de labores complementarias o especializadas en las que la empresa de servicios asuma “plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades”.

admite la provisión de personal bajo el poder de dirección de la empresa usuaria. Así lo ha reconocido la Corte Suprema cuando señala que “las empresas de servicios complementarios [de la intermediación laboral] no constituyen un supuesto de cesión de mano de obra, sino de subcontratación [de servicios]” (Casación Laboral 1693-2012-Moquegua, considerando octavo).

Por consiguiente, dada la ausencia de un desarrollo legal para el término “actividad especializada” -descripción que sí tuvo la autonomía empresarial-, el primer impulso del Ejecutivo fue la reconducción de la tercerización de servicios al ámbito de la actividad principal de la empresa titular -aquel sector productivo que, hasta esa fecha, solo podía subcontratar mano de obra bajo la Ley 27626-. Con ese propósito, si bien el artículo 1 del Decreto Supremo 006-2008-TR definió a la actividad especializada como todo servicio prestado en un contexto de tercerización y cuya ejecución no significa la simple cesión de trabajadores, también puntualizó que el vocablo tercerización solo podía aludir a la “delegación de una o más partes de [la] actividad principal”<sup>370</sup>, que no es otra que aquella actividad productiva “a la que se refiere el artículo 1 del Reglamento de Ley 27626”.

La disposición en comentario puede tener dos lecturas distintas. Desde una interpretación que enfatiza la excepcionalidad de la tercerización de servicios como herramienta para la obtención de eficiencia empresarial, el Decreto Supremo 006-2008-TR habría regulado un supuesto no contenido en la Ley 29245, esto es, la actividad principal en los términos de la Ley 27626. Inclusive, debido a la amplitud que posee la noción de actividad principal en la intermediación -a fin de restringirla temporal y cuantitativamente en ese sector productivo-, se habría posibilitado la delegación de actividades neurálgicas de la empresa, lo que acarrearía las consecuencias ya descritas en el subcapítulo 3.2.1.1.

Al respecto, un análisis del artículo 3 de la Ley 29245 nos permite apreciar que el legislador ha considerado como casos de tercerización a tres supuestos vinculados al “desarrollo de actividades principales” (Navarrete, 2018, pp. 69-70): el contrato de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, el contrato de obra y, principalmente, “los contratos que tienen por encargo que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”, que es el

---

<sup>370</sup> Por su parte, el artículo 2 del Decreto Supremo redirige también el ámbito de la Ley 29245 a la tercerización de la actividad principal de las empresas titulares del proceso productivo.

ámbito por excelencia de la actividad principal. En otras palabras, pese a que la Ley no hace mención expresa a la actividad principal en la delimitación de las actividades objeto de la tercerización, el listado de ejemplos de la norma sí hace referencia a dicha parcela compuesta por las actividades inherentes al ciclo productivo.

De otro lado, desde una concepción más permisiva con la extensión de esta herramienta empresarial, la reconducción del ámbito de la tercerización a la actividad principal negaría la posibilidad de que la Ley 29245 tutele también la delegación de actividades complementarias y de alta especialización, que es justamente el supuesto de tercerización que “el derecho comparado [...] acepta pacíficamente” (Espinoza, 2008b, p. 37)<sup>371</sup>.

Ello ha llevado a que autores en contra de esta disposición interpreten que la Ley 27626 regularía casos de “tercerizaciones blandas”, delimitados estrictamente a los servicios complementarios y de alta especialización que menciona el Decreto Supremo 003-2002-TR -como seguridad o limpieza-, mientras que los servicios no listados en la norma sí pertenecerían al ámbito de la Ley 29245. Es la posición de Mejía (2014, p. 103), para quien esta salida interpretativa impediría la evasión del requisito de autonomía empresarial que no está tan desarrollado en la Ley 27626, a diferencia de la Ley 29245<sup>372</sup>.

---

<sup>371</sup> Sin que necesariamente se comparta esta postura permisiva, la disposición es criticable además ya que la Ley 27626 solo es aplicable a contratistas que desarrollan exclusivamente actividades complementarias en virtud del artículo 2 del Decreto Supremo 003-2002-TR. Por lo tanto, como denuncia Arce (2011, p. 31 y 2019, p. 193), la reconducción hacia el ámbito de la actividad principal dejaría sin regulación a aquella subcontratación de actividades complementarias llevada a cabo por una tercerizadora que desarrolla actividades principales y complementarias de sus diversos clientes. El autor pone como ejemplo el caso de una contratista que se dedica a los trabajos de acabados para otra empresa constructora pero también tiene a su cargo la construcción de una pileta para una universidad y que, bajo la interpretación en cuestión, quedaría fuera del ámbito de las Leyes 27626 y 29245.

<sup>372</sup> Esta última norma solo menciona a la autonomía técnica y organizativa, la responsabilidad para el desarrollo de actividades y la dirección sustancial de los trabajadores destacados. Mientras tanto, la Ley 29245 hace referencia expresa, además, a la presencia de recursos materiales, financieros y técnicos y la exclusiva subordinación de los trabajadores subcontratados.

En una postura similar de Castillo (2020, pp. 81-82), la subcontratación de actividades complementarias se encontraría bajo el campo de regulación de la Ley 29245 en aquellos casos en los que se demuestre que la contratista es “plenamente autónoma” y ejerce de manera exclusiva el poder de dirección sobre sus trabajadores. De no cumplir con esos requisitos, se aplicaría recién la Ley 27626, norma que sí permite el ejercicio no sustancial de la facultad de determinación y supervisión sobre las tareas del trabajador destacado por mor del artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR<sup>373</sup>.

Estas interpretaciones, si bien “tortuosas” y “alambicadas”, buscan dotar de sentido a aspectos de la Ley 29245 -como la tercerización de actividades complementarias- y se basan en el criterio de coherencia que debe informar a todo nuestro sistema jurídico<sup>374</sup>. Y es que, lamentablemente, la Ley 27626 siempre ha ejercido “ataduras” sobre la regulación de las intermediaciones de servicios complementarios y de alta especialización para la aplicación del articulado de la Ley 29245, dirigido a la tercerización de actividades especializadas. Por el contrario, si el legislador en 2002 se hubiese limitado a regular únicamente lo que la doctrina identifica como intermediación laboral -es decir, el simple destaque de mano de obra-<sup>375</sup>, la noción de “actividad especializada” como expresión del valor agregado de la tercerizadora no tendría inconvenientes en estar presente en cualquiera de las actividades empresariales con conexión directa o indirecta con el ciclo productivo de la empresa titular, sin perjuicio de que se determine después que existe un núcleo de actividades que no puede ser tercerizado.

---

<sup>373</sup> Por cierto, en el caso de las actividades de alta especialización, dado que el artículo 11.3 de la Ley expresamente dispone la imposibilidad de la empresa de servicios de ejercitar la facultad de dirección respecto de los trabajadores, la autora opina que la regulación de estas actividades sí debería recaer en la Ley 29245 (2020, p. 85).

<sup>374</sup> Como indica el supremo intérprete de la Constitución, “la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente” (sentencia recaída en el expediente 005-2003-AI/TC, fundamento 3).

<sup>375</sup> O, en todo caso, si la Ley 29245 hubiese derogado expresamente lo referido a las actividades complementarias y de alta especialización de la Ley 27626 en una disposición complementaria.

En este escenario ideal hipotético, existirían actividades empresariales con diverso grado de especialización ofrecido por la contratista y todas ellas objeto de una potencial tercerización, sin que importe su cercanía o pertenencia al objeto social de la empresa principal. Tráigase a colación que, a pesar de que puede considerarse que las actividades complementarias tienen un valor agregado mínimo (Espinoza, 2008b, p. 37), las actividades de alta especialización de la Ley 27626 -más lejanas aún del objeto de la empresa- presentan una utilidad añadida mayor brindada por las calificaciones de las empresas a cargo<sup>376</sup>. De ahí que no identifiquemos una correlación necesaria entre la cercanía con el objeto social de la empresa y la existencia de un mayor grado de especialización.

El problema, como se puede apreciar, surge cuando se aplica “a la fuerza” una tipología de actividades perteneciente a una ley de intermediación que, con sus propias deficiencias de regulación, estuvo pensada para una dinámica que exigía la amplitud de la noción de actividad principal y la reducción de los supuestos de tercerización de actividades complementarias y especializadas regulados por la Ley 27626, mal denominados por esta como “intermediación laboral”. Infortunadamente, la reconducción de la Ley 29245 a la trilogía de actividades de la intermediación -principal, complementaria y de alta especialización- ha dificultado el debate sobre una cuarta categoría de tareas dentro de ese esquema<sup>377</sup> que, en aplicación de un ejercicio de detección de fraude de ley, ayude a identificar a parcelas productivas con una limitación irrazonable a los derechos fundamentales de la clase trabajadora.

#### **3.3.4. El núcleo del negocio como resultado del fraude de ley**

---

<sup>376</sup> La empresa principal obtendría utilidad al ahorrarse el costo de contratar a ese personal específico, capacitarlo en el manejo correcto de sus equipos y los altos riesgos asociados con sus labores de mantenimiento especializado y dotarlo del equipo de protección personal respectivo, que dependerá de la complejidad de la tarea.

<sup>377</sup> A propósito, incluso en el elemento que parecieran compartir las tipologías de las leyes 27626 y 29245 -es decir, la cualificación de las actividades de alta especialización y de las actividades especializadas-, la normativa de la intermediación la recluye en un espacio muy específico, mientras que el articulado de la tercerización tiene una concepción mucho más amplia de la misma.

La definición de las labores contenidas en el núcleo productivo no es una tarea sencilla. Habida cuenta que la revolución tecnológica ha posibilitado la externalización de actividades que antes no se podían delegar (Cruz, 2009, p. 45), se ha generado un nuevo paradigma de “corporación virtual” en esta dinámica contemporánea de la economía global. Que la actividad empresarial pueda configurarse “en forma de red” es ahora un hecho incontestable, al extremo que existen modelos de producción en los que “la empresa principal se dedica tan solo a la coordinación de la actividad de las empresas implicadas en el proceso” (Gorelli, 2007, pp. 28-29).

En ese contexto globalizador, los desafíos de la perspectiva fisiológica para la tutela efectiva de los derechos humanos laborales han puesto en la palestra la necesidad un veto externalizador sobre un conjunto de actividades neurálgicas, íntimas, nucleares, distintivas o esenciales de la empresa principal, coincidentes con una concepción tradicional de la descentralización productiva. Si bien la determinación de estas actividades debería realizarse preferentemente en atención a las particularidades de cada proceso productivo<sup>378</sup>, las fuertes limitaciones ejercidas por los omnipresentes principios de la personalidad jurídica y la bilateralidad contractual han acelerado la búsqueda -por un sector de la jurisprudencia y la doctrina- de criterios respecto de estos servicios para su intangibilidad.

Pese a que el encause de las actividades objeto de tercerización a la noción de actividad principal fortaleció la postura de aquellos que negaban el reconocimiento normativo del “núcleo del negocio”, la introducción de la referencia a esta parcela productiva neurálgica por el Decreto Supremo 001-2022-TR ha retomado su discusión por la academia. Para tal efecto -y más allá de las críticas a su legalidad que hemos reservado para el subcapítulo 3.4.2.-, hemos identificado, al menos, cuatro nociones de actividades nucleares cuya asunción directa por la empresa principal es abogada por la doctrina.

#### **3.3.4.1. Las labores de coordinación y la protección a la autonomía empresarial**

---

<sup>378</sup> Tráigase a colación que, si las operaciones descentralizadoras obedecen a motivos de tipo económico, entonces sería adecuado suponer que aquellas se basan en un análisis de rentabilidad. De esta manera, las tareas llamadas a ser descentralizadas serán las que usualmente “se reputan como accesorias al ciclo de producción o como no estratégicas” (Arce, 2004b, pp. 60-61).

Para un primer grupo de juristas, el recurso indiscriminado a la descentralización productiva en el contexto globalizador ha consagrado un modelo de empresa en red en el que puede externalizarse cualquier tipo de actividad, siempre que la empresa principal conserve el control sobre el proceso productivo. De lo contrario, el criterio de autonomía empresarial de la empresa titular estaría en riesgo, al punto que “supondría [su] sustitución y, por ende, su desaparición” (Puntriano, 2022, pp. 181-182).

Con ese propósito, García Moreno ha recogido de la doctrina mercantil cuatro de funciones de la administración que “ineludiblemente deben permanecer en el ámbito interno de la empresa”: la administración del patrimonio empresarial, el control de las funciones confiadas a terceros, la comunicación con el exterior -que permite afirmar la “identidad de la firma”- y la autofinanciación -que contribuye a la “excelencia de la firma”- (2002, p. 58). Estas limitaciones a la externalización se han establecido con el afán de garantizar lo estrictamente indispensable para la conservación de la autonomía decisoria de la titular, pues aun cuando se tercericen todas sus actividades productivas, debe siempre existir un nexo de conexión entre la principal y las contratistas para la coordinación de las actividades.

Nótese, en consecuencia, que el criterio de autonomía empresarial aplicado a las contratistas para evitar situaciones de fraude vuelca ahora su enfoque en la empresa principal. Ciertamente, no se van a aplicar todos los requisitos de autonomía empresarial desarrollados en la Ley 29245 -los que incluyen contar con propios recursos materiales, técnicos o financieros-, pero el fundamento es el mismo: la prevención de situaciones de fraude que pongan en riesgo la eficacia de los derechos de sus trabajadores, dado que una empresa acéfala no está capacitada para asumir obligaciones con terceros<sup>379</sup>.

Pareciese que el reconocimiento de la intangibilidad de estas actividades es consensuado, incluso para aquellos defensores de un modelo hiperdescentralizado de relaciones laborales. Y es que, como ya se tuvo oportunidad de abordar en el subcapítulo 3.1.4.3., aun sin una regla

---

<sup>379</sup> En el ámbito tributario, por ejemplo, el mismo año 2022 fue promulgado el Decreto Legislativo 1532 para perseguir a sujetos sin capacidad operativa (SSCO) que emiten comprobantes de pago sin contar con “los recursos económicos, financieros, materiales, humanos y/o otros” que sustenten las operaciones por las cuales se emiten dichos comprobantes.

expresa dirigida a prohibir su subcontratación, la recurrencia a los principios del derecho nos permitiría arribar a su inalienabilidad, pues tratan de funciones que “por su naturaleza” no pueden ser encomendadas a otra persona jurídica (Goerlich, 2022, pp. 107-108). En definitiva, nos hallamos ante actividades tan indispensables que -en nuestra opinión- muchas veces se obvian del debate jurídico sobre la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio<sup>380</sup>.

Por consiguiente, cabría preguntarse si aquellas voces que defienden la tercerización de toda la actividad principal de la titular -incluidas “las actividades esenciales de la empresa y todas aquellas que, de manera inmediata o mediata, terminan por afectar las actividades de la empresa”<sup>381</sup>- excluyen implícitamente de la cesión a las actividades de coordinación. Similar análisis debería aplicarse a ciertos pronunciamientos de la Corte Suprema en los que se afirma que ni la Ley 27626 ni la Ley 29245 han establecido restricciones respecto a la posibilidad de tercerizar las actividades principales o neurálgicas (Casación Laboral 1399-2010-Lima).

#### **3.3.4.2. Las actividades más lucrativas y la protección del salario**

Conforme con lo señalado en el subcapítulo 2.2.1.1., por el principio de ajenidad el empresario - como dueño de los medios de producción- es el llamado a asumir los riesgos que presenta toda operación productiva; por el contrario, el proletariado, en virtud de la puesta a disposición de su fuerza laboral, debe percibir una remuneración constante y cierta<sup>382</sup>. A tal efecto, la participación de los trabajadores en las utilidades, consagrada por el artículo 29 de la Constitución, es parte esencial de dicha remuneración -aunque diferidamente-, dado que reconoce la contribución de la clase trabajadora “en la producción y generación de los beneficios”. De ahí que uno de los criterios para su cálculo sea el monto de salario percibido por cada trabajador en el ejercicio

---

<sup>380</sup> Por ejemplo, Puntriano (2013, p. 144) califica de “absurda” a la posibilidad de tercerizar estas actividades, ya que nos dejaríamos de referir entonces a una empresa para dar paso a un “cascarón”.

<sup>381</sup> Como es el caso de Toyama (citado en Navarrete, 2018, p. 71).

<sup>382</sup> De hecho, como refiere Aguinaga (2024, pp. 121-122), los criterios de justicia distributiva justifican una dimensión salarial del salario que, recogida en el artículo 24 de la Constitución, autoriza a que el legislador imponga una obligación al empleador de pagar las remuneraciones de sus trabajadores, incluso en supuestos en los que se interrumpe el contrato de trabajo, como sucedió en la pandemia.

correspondiente, lo que denota su naturaleza de “complemento salarial” (Planiol citado en Boza y Guzmán-Barrón, 1998, pp. 115-116).

En ese sentido, y con el fin de prohibir su externalización, un segundo grupo de juristas propugna la identificación de aquellas actividades que reportan mayores ingresos en el modelo productivo implementado por el empresario<sup>383</sup>. El objetivo no es otro que la garantía de que las importantes ganancias logradas por esta parcela productiva posibiliten la mejora de las remuneraciones de los trabajadores del ciclo de producción, ya sea mediante el incremento salarial o a través del reparto de las utilidades. En definitiva, se trata de no traspasar el riesgo del negocio a los externalizados, bajo pena de violar el “contenido ético” de la estructura del contrato de trabajo, en la ya mencionada frase de Ermida y Colotuzzo.

Verbigracia, en el caso de que una contratista asuma estas labores con trascendente valor agregado, se legitimaría que los trabajadores tercerizados solo terminen percibiendo el monto fijo determinado por la tercerizadora como salario, con independencia del éxito del encargo o las ganancias percibidas por la principal<sup>384</sup>. En otros supuestos, la operación descentralizadora de estas actividades incluso permite que la empresa principal logre tener una planilla igual o inferior a veinte trabajadores, hecho que elimina la obligación del reparto de utilidades y perjudica además a los trabajadores no externalizados<sup>385</sup>.

#### **3.3.4.3. Las actividades distintivas y la protección de la estabilidad en el empleo**

Con el propósito de brindar seguridad y mejorar el funcionamiento del mercado, la doctrina ha propugnado la singularización de aquellas actividades que distinguen a la empresa principal frente a sus consumidores finales y otros agentes dentro del mercado en el que compite. Bajo

---

<sup>383</sup> Entre los que se halla Arce (2022), que utiliza el ejemplo de una universidad privada que cobra directamente las pensiones de sus alumnos y terceriza el dictado de clases.

<sup>384</sup> Ello contribuye a que, en sectores con hiperdescentralización productiva como el minero, exista una diferenciación salarial de 118% entre los trabajadores contratados por la empresa principal y aquellos vinculados por sus contratistas.

<sup>385</sup> De ahí que el Decreto Supremo 001-2022-TR haya listado a la “actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos” como el quinto criterio para identificar el núcleo del negocio de la titular.

esa lógica, la asunción de responsabilidad directa por la ejecución y el resultado de esa prestación impulsa a que estas empresas se preocupen por la mejora de sus servicios distintivos y los consumidores conozcan de antemano a la persona jurídica que va a responder por incumplimientos en el servicio brindado (Arce, 2022)<sup>386</sup>.

Ahora bien, a pesar de que indirectamente la mejora en los servicios distintivos tiene un impacto positivo -y a largo plazo- sobre las remuneraciones de los trabajadores, nos parece que, tal y como están formulados estos argumentos, no justifican por sí mismos la prohibición de su delegación hacia contratistas. Tanto la identificación positiva de la empresa principal por el consumidor final y el recelo que debería tener la primera sobre los “secretos de su éxito”<sup>387</sup> son argumentos relacionados con el buen funcionamiento del mercado como generador de riqueza. Por ende, sin perjuicio de que exista alguna regulación al respecto en el derecho mercantil o del consumidor -y que excedería el alcance de esta investigación-, las decisiones de la principal sobre el particular estarían amparadas, en principio, por la libertad de empresa.

Lo que, en realidad, evidencia la necesidad de declarar la intangibilidad de las actividades distintivas es su condición de actividades permanentes de la principal y la posibilidad de que se concrete un fraude de ley. Habida cuenta de la transversalidad de los principios de personalidad jurídica y bilateralidad contractual en nuestro sistema jurídico, la dinámica de interposición de la personalidad jurídica de la contratista -propia de la tercerización de servicios- permite que el plazo del contrato entre ella y la titular sea utilizado como justificación para la celebración de contratos a plazo fijo con los tercerizados -principalmente el contrato por obra o servicio específico-. Incluso para las actividades distintivas, que son eminentemente de naturaleza ordinaria y permanente, la voluntad del empresario principal de externalizar esos servicios

---

<sup>386</sup> Esta postura también coincide con una concepción tradicional de descentralización productiva que la concibe como una herramienta para que la dueña del proceso productivo se concentre en sus “verdaderas áreas de trabajo” y acceda eficientemente a otras especialidades que desconozca (Schneider, 2004, p. 34).

<sup>387</sup> Para Carhuatocto (2022, pp. 36-37), es una “verdadera locura” que se permita la tercerización sobre las actividades “esenciales”, ya que se permitiría que estos “secretos del éxito” pasen a las contratistas y sean futuras competidoras de la principal.

habilita el tránsito de puestos de trabajo permanentes en puestos de trabajos temporales, consecuencia nociva que la responsabilidad solidaria es incapaz de atender<sup>388</sup>.

Por cierto, este tipo de actividades no son excluyentes de aquellas que reportan mayores ingresos al empresario titular. Como refiere Cornejo, las actividades que se basan en “un tipo de conocimiento específico y único” y que le permiten a la empresa ofrecer mejores servicios o bienes son calificadas de “distintivas” (2006, p. 212), pero esta es una característica que puede coincidir con sus actividades más lucrativas<sup>389</sup>. Lamentablemente, la doctrina y la jurisprudencia no se han detenido en profundizar la distinción entre estas dos actividades, más allá de afirmar su intangibilidad. Es el caso de las sentencias populares contra el Decreto Supremo 006-2008-TR (764-2011-Lima y 1607-2012-Lima), que definen a la tercerización como una herramienta que permite el enfoque de la principal “en la parte o función central de su negocio”, y de autores como Toledo (citado en Navarrete, 2018, p. 71), para quien el *core business* no se puede tercerizar debido a que es “la razón de ser de la empresa”<sup>390</sup>.

#### **3.3.4.4. La actividad principal y la protección de la libertad sindical**

Debido a que, a mayor dispersión de la actividad principal<sup>391</sup> de la empresa titular, se reduce la capacidad de esta de enfocarse en determinadas actividades que le permitan demostrar su

---

<sup>388</sup> No solo la doctrina ha reclamado que la empresa principal haga suyas esta clase de actividades. El artículo 1 del Decreto Supremo 001-2022-TR lista como elementos identificadores del núcleo del negocio a “lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales” (inciso 2), “el elemento diferenciador de la empresa” (inciso 3) y “la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes” (inciso 4).

<sup>389</sup> En ciertos supuestos, las actividades distintivas son producto de estrategias de empresas que, tras la identificación de imperfecciones o sectores con poco desarrollo científico, buscan posicionarse en el mercado como la única empresa calificada para realizar ese tipo de servicios. Dado que se vuelven importantes para los consumidores a largo plazo, la empresa interioriza estas habilidades a fin de incorporarlas de manera permanente a los sistemas de su organización (Cornejo, 2006, pp. 212-214).

<sup>390</sup> Hacerlo desnaturalizaría el uso la tercerización como herramienta para el logro de eficiencia empresarial (sentencia recaída en el expediente 31126-2012-0-1801-JR-LA-05, considerando quinto).

<sup>391</sup> A todo esto, asumimos el criterio expuesto por Del Rey (citado en Arce, 2006, p. 48) de la identificación de actividad principal con el objeto social, pues incluso el artículo 11 de la Ley General de Sociedades

ventaja competitiva, las actividades distintivas “siempre deben ser limitadas en número” (Cornejo, 2006, p. 213). En otras palabras, dentro del espectro amplio y con generalidad notable que ha determinado el Decreto Supremo 003-2002-TR para la actividad principal, un manejo eficiente de la compañía dicta que priorice sus esfuerzos en aquellas actividades nucleares que la van a posicionar positivamente frente al consumidor en un mercado cada vez más competitivo.

Con independencia de ello, la definición histórica de la tercerización y sus efectos en el sistema de relaciones laborales han impulsado a un grupo de la doctrina y la jurisprudencia a declarar la inalienabilidad de toda la actividad principal, en una suerte de equivalencia con las actividades del *core business*. La Corte Suprema, por ejemplo, expresó en la Casación Laboral 5659-2016-Lima que una característica de la tercerización es la asignación de una parte del ciclo productivo de la empresa principal “siempre y cuando no esté circunscrita a su actividad principal”<sup>392</sup>. Mientras tanto, para Carhuatocto, la tercerización fue concebida para aplicarse únicamente sobre actividades complementarias y no “sobre las actividades que son el objetivo principal de la empresa”, dado que perderían competitividad (2022, p. 90).

A pesar de los intentos de proteger una noción clásica de la subcontratación en tiempos de globalización, consideramos que esta postura parte de la constatación de que las consecuencias nocivas de la descentralización productiva no se circunscriben únicamente a las actividades más lucrativas o aquellas que distinguen a la titular de sus competidoras. Pese a que las transgresiones al principio de igual salario por trabajo de igual valor son, en principio, más intensas en la externalización de las actividades con mayor valor agregado, el quebrantamiento del principio de estabilidad en el empleo -en su vertiente de entrada- se manifiesta no solo en las

---

engloba dentro del último concepto a los actos que, pese a no estar expresamente contemplados en el estatuto, coadyuvan a la realización de los fines de la sociedad. En ese orden de ideas, no hemos hecho referencia al primero de los criterios establecidos por el Decreto Supremo 001-2022-TR para la identificación de las actividades del núcleo del negocio (“el objeto social de la empresa”).

<sup>392</sup> La Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria repitió dicho pronunciamiento en la Casación Laboral 10691-2017-Lima (octavo considerando), aunque unos meses después cambió de posición en la Casación Laboral 20724-2016-Lambayeque y afirmó que la tercerización abarca incluso las actividades “que pueden ser parte [del] *core business*” de la empresa principal.

actividades distintivas, sino también en tareas diferentes a las ya mencionadas pero que igual componen la actividad principal<sup>393</sup>.

Inclusive, dada la extensión de las actividades principales, su subcontratación podría afectar con mayor intensidad al ejercicio de la libertad sindical de los trabajadores desplazados. Como ya se tuvo oportunidad de abordar en el subcapítulo 3.2.3.2., las actuales garantías de la legislación no permiten contrarrestar la dificultad que los principios de bilateralidad del contrato de trabajo y personería jurídica ejercen para la constitución y el funcionamiento de los sujetos sindicales en esquemas productivos descentralizados. De ahí que, de permitirse la tercerización de labores integrantes de la actividad principal, se harían palpables la reducción del caudal sindical, la dificultad para la consolidación de la comunidad de intereses y la dificultad para identificar a la contraparte negocial<sup>394</sup>.

Sin embargo, la implementación del enfoque patológico sobre toda la actividad principal no está libre de desafíos. En primer lugar, más allá de interpretaciones “torticeras”, la defensa de una noción tradicional de tercerización implicaría que la Ley 29245 comparta idéntico campo de acción con la regulación de la intermediación de actividades complementarias -en especial, dada la competencia primigenia la Ley 27626 sobre dichas actividades-<sup>395</sup>. En segundo término, el artículo 3 de la misma Ley 29245 menciona supuestos que encajan en la tercerización de una parcela de la actividad principal, tales como los contratos de gerenciamiento<sup>396</sup> o los que tienen

---

<sup>393</sup> Por ejemplo, en el caso de la Financiera Solución, Schneider relata que se convirtió en un “banco virtual” que concentró sus esfuerzos en el diseño de productos para la banca de consumo y tercerizó el resto de sus operaciones -principales- al Banco de Crédito del Perú (Cornejo 2006, p. 213).

<sup>394</sup> No afirmamos, a todo esto, que solo la delegación de actividades principales -que no involucren las actividades distintivas o las de mayor valor agregado- vulneran la libertad sindical. Ciertamente, la delegación de las actividades más lucrativas o las que distinguen a la empresa frente al consumidor final tienen un efecto nocivo sobre la dinámica del sujeto colectivo. Empero, para efectos didácticos, hemos optado por mencionar a este “derecho para obtener derechos” en este apartado.

<sup>395</sup> De ahí que el Decreto Supremo 001-2022-TR haya optado primero por delimitar el ámbito de aplicación de la Ley 29245 a la actividad principal, para después precisar que el núcleo del negocio “forma parte” de la primera, de modo que deja sin soporte a esta cuarta concepción de “actividad nuclear”.

<sup>396</sup> Las actividades gerenciales, sin duda, son centrales para el desarrollo de la empresa titular gerenciada (Pasco, 2008, p. 156).

por finalidad que una contratista asuma “una parte integral del proceso productivo”. En tercer lugar, el examen de ponderación que desemboque en la prohibición de toda delegación sobre la actividad principal debe acreditar fehacientemente no solo la ineficacia de las garantías -de corte fisiológico- que buscan compatibilizar la eficiencia empresarial con la tutela de los derechos humanos laborales, sino, además, la imposibilidad de que los últimos sean objeto de cualquier tipo de limitación -en especial en un contexto globalizador-.

#### **3.3.4.5. La determinación del núcleo del negocio**

Sin perjuicio de su coincidencia con las actividades que tradicionalmente han sido asumidas por la titular o de argumentos vinculados al derecho del consumidor y la competencia -como la identificación por el cliente final o el recelo sobre los “secretos del negocio”-, apreciamos que la identificación de la actividad nuclear obedece en el fondo a la protección de valores jurídicos trascendentales para el sistema jurídico, como la autonomía empresarial, el principio de igual salario por trabajo de igual valor, la estabilidad en el empleo y la libertad sindical. Bajo esa lógica, las nociones de labores de coordinación, las que poseen de mayor valor agregado y las actividades distintivas de la empresa principal se convierten en aquellas que el operador jurídico debería priorizar en su análisis para la detección de una tercerización fraudulenta, dado el estudio realizado por la doctrina sobre sus efectos nocivos.

En consecuencia, postulamos que el núcleo del negocio está compuesto por actividades cuya afectación deviene en irrazonable como resultado de la aplicación de un examen de ponderación, en el marco de un ejercicio de detección de fraude de ley. Habida cuenta que la regla que habilita la tercerización de servicios no debe vaciar de contenido los principios tuitivos del derecho del trabajo, entonces las parcelas productivas cuya externalización no superan el test de proporcionalidad conforman lo que se denomina *core business*. Las labores mencionadas en el párrafo anterior se convierten, entonces, en criterios<sup>397</sup> para la identificación de un fraude de ley.

Ahora bien, en un panorama contingente para el mercado, algunas de estas actividades son consideradas como “flexibles, de largo plazo y adaptables a las nuevas condiciones” (Cornejo, 2006, p. 212). Verbigracia, si bien el objeto social es de obligatoria determinación de acuerdo con

---

<sup>397</sup> En su acepción de “norma para conocer la verdad” (RAE, 2025).

la Ley General de Sociedades y la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos puede extraerse del balance de la Compañía, el resto de los criterios recogidos por el Decreto Supremo 001-2022-TR no gozan de similar determinación. Es el caso de las labores distintivas, para las que se requeriría, en casos extremos, de un estudio especializado en base a la opinión de los clientes finales de la titular, lo que excede las labores que usualmente realiza un inspector de trabajo<sup>398</sup>.

De ahí que, a diferencia de una aproximación al núcleo del negocio como una noción jurídica pétreo en la que se busquen encajar las actividades de la principal, preferimos una concepción que priorice la ponderación entre principios constitucionales en cada caso en particular y que denomine *core business* a aquellas actividades de la titular cuya tercerización ha significado una afectación irrazonable a los derechos fundamentales laborales<sup>399400</sup>. Ello no debería ser impedimento para que, en sistemas jurídicos con una fuerte cultura formalista como el nuestro, se busque priorizar la positivización del procedimiento de fraude de ley para la tercerización y se establezcan actividades “criterio” para la identificación potencial de afectaciones irrazonables a los principios tuitivos laborales<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> Distinto es el caso de la noción de actividad principal, que goza de una amplitud y generalidad notables -en contraste con la restricción para las actividades complementarias- al punto que ya se hizo referencia a la regla general de adscripción de actividades empresariales a la categoría principal. Del mismo modo, el concepto de actividad especializada es transversal en diverso grado al espectro de actividades de la empresa titular -o incluso extraempresariales-, siempre que la contratista cuente con sus propios recursos y posea un *know how* sobre esas labores.

<sup>399</sup> En el caso de la dicotomía entre actividad principal y actividad complementaria, la determinación del tipo de actividad no posee la misma relevancia, pues la externalización de cualquiera de ambas es lícita ya sea bajo la Ley 29245 o la Ley 27626, respectivamente. Para las actividades nucleares, la conclusión sería prohibir su tercerización.

<sup>400</sup> No debe olvidarse, a todo esto, que, aun en supuestos en los que el empresario no tenga como objetivo la degradación de las condiciones laborales de la masa trabajadora, la coherencia con los principios que informan al ordenamiento jurídico debería llevar al operador jurídico a determinar el fraude de ley si la operación no supera el test de ponderación.

<sup>401</sup> No sería extraño que algunos operadores jurídicos nieguen la existencia de la institución de fraude de ley, ante la falta de reconocimiento expreso en la Constitución, como sí lo tiene el abuso del derecho.

Esta labor, por cierto, no está exenta de retos. Dada la existencia de un débil sistema de inspecciones laborales y una tardía administración de justicia, arribar a un pronunciamiento judicial consentido sobre las actividades cuya tercerización -en un determinado proceso productivo- constituye un fraude de ley puede tomar varios años, en cuyo lapso la eficacia de los derechos humanos de los trabajadores desplazados se habría consentido. Asimismo, la determinación de estas actividades es una actividad ardua para el juez que requiere la constatación de documentación organizacional de la empresa, salarios y contratos de los trabajadores externalizados, intentos de constitución de sujetos sindicales, entre otros<sup>402</sup>.

Bajo esas premisas, si consideramos el conocimiento de primera mano que posee sobre las vicisitudes de su negocio, el titular del proceso productivo podría contribuir a la delimitación de sus propias actividades nucleares y el ejercicio de un monitoreo sobre las mismas con cierta consistencia en el tiempo<sup>403</sup>. El reto está, sin duda, en procurar que esta precisión no obedezca a motivos fraudulentos o egoístas, al extremo de designarse como núcleo del negocio únicamente a las labores de coordinación -dada la premisa *hobbesiana* ya abordada-.

Para ello, proponemos que se lleve a cabo un “ponderado intercambio de puntos de vista” -OIT (2018, p. 170) *dixit*- entre el empleador y los trabajadores, en modo similar a la determinación y divergencia de los servicios mínimos para las labores indispensables que establece el artículo 82 de la LRCT. Con la atingencia de que la dinámica se invierte en el caso de los servicios

---

<sup>402</sup> Por ejemplo, la sentencia de primera instancia de la Acción Popular interpuesta contra el Decreto Supremo 001-2022-TR refiere que los criterios establecidos en la norma, en vez de esclarecer el concepto de actividad nuclear, generan más interrogantes: “¿cuál de las actividades consignadas como objeto social constituye el núcleo del negocio?; ¿cómo y de qué forma los clientes finales identifican a la empresa?; ¿cómo se identifica el elemento diferenciador de la empresa dentro del mercado que desarrolla sus actividades?; ¿qué se entiende por valor añadido y de qué forma se determina?” (fundamento trigésimo octavo). Lo que la Corte Suprema no parece comprender es que la determinación del fraude de ley requiere de un análisis complejo y que es justamente el operador jurídico el que debe responder esas interrogantes en su pronunciamiento a la luz de los derechos laborales afectados.

<sup>403</sup> Esta prerrogativa encuentra su sustento en la libertad de empresa y así lo ha reconocido el Poder Judicial en la sentencia de acción popular contra el Decreto Supremo 001-2022-TR (2023, p. 63).

mínimos<sup>404</sup>, el objetivo es que los actores sociales procuren la elaboración de informes técnicos para justificar la inclusión de determinados puestos de trabajo o actividades que no pueden ser objeto de subcontratación.

Estos informes deben brindar un detalle claro sobre la estructura y el funcionamiento de la empresa y justificar la propuesta de servicios neurálgicos desde dos perspectivas. Por el lado del empleador, la precisión va a sustentarse en la defensa del principio de eficiencia empresarial para delimitar las actividades más rentables y distintivas a supuestos estrictamente necesarios - en base a estudios de mercado o al balance de ingresos y egresos, por ejemplo-. Inclusive, en supuestos en los que, por las mismas necesidades empresariales o por práctica del mercado, se requiere sustentar la necesidad de tercerizar las actividades descritas, el empleador debe demostrar las medidas efectivas que va a llevar a cabo para no vaciar de contenido a los derechos humanos laborales<sup>405</sup>. Por la parte trabajadora, su perspectiva no puede ser descartada, pues desconocería el conocimiento que también poseen del proceso productivo - como partícipes de él- y, principalmente, su condición de potenciales afectados por las medidas organizativas del empresario.

Hasta que este “intercambio de puntos de vista” no sea recogido en una norma, podría recurrirse a la negociación colectiva para su concretización<sup>406</sup>. Con ese propósito, en los supuestos en los que no exista un sujeto colectivo en la principal, los trabajadores o sus representantes deberían tener la posibilidad de ofrecer un informe técnico que sustente la potencial afectación a sus

---

<sup>404</sup> En efecto, para la determinación de las actividades del núcleo del negocio, el empleador va a intentar limitarlas en la medida de sus posibilidades, mientras que, para la definición de los servicios mínimos en las labores indispensables, el objetivo va a ser su ampliación.

<sup>405</sup> Recordemos que el fundamento último de la protección del núcleo del negocio no es la idea de que la empresa debe ser especialista en determinadas actividades íntimas, sino las consecuencias adversas que su delegación supone para el proletariado. En ese sentido, si se plantean ciertas garantías efectivas para la tutela de los derechos afectados, podría admitirse su externalización.

<sup>406</sup> No consideramos que exista un supuesto de irrenunciabilidad de derechos, pues no desnaturaliza el poder de dirección del empleador. Por el contrario, el establecimiento de este debate ponderado apunta a evitar la afectación irrazonable de los derechos de los trabajadores y, en ese sentido, a dotar de legitimidad a la operación descentralizadora.

derechos fundamentales si la propuesta del empleador fuese puesta en práctica<sup>407</sup>. Inclusive, debido al papel de la titular de “centro real de decisión sobre la dinámica de las relaciones de trabajo” del proceso productivo (Sanguinet, 2018, p. 145), no deberían descartarse los esfuerzos para plantear un diálogo que involucre la participación de los representantes de los trabajadores tercerizados que, sin duda, contribuyen al éxito de la producción. El fortalecimiento del rol de los sujetos sindicales supraempresariales va en esa dirección.

Finalmente, en concordancia con lo establecido por el Comité de Libertad Sindical para el establecimiento de servicios mínimos, el órgano llamado a resolver la divergencia entre capital y trabajo no debería ser el “ministerio concernido” (OIT, 2018, p. 169), sino las autoridades judiciales o, mejor aún, un órgano independiente. Debido a la preeminencia del debate jurídico para la determinación de las actividades nucleares, un árbitro o un tribunal de árbitros de derecho sería idóneo para este encargo, máxime por la saturación de procesos del Poder Judicial.

En resumen, el debate iniciado por la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio ha puesto en boga nuevamente las consecuencias nocivas de una herramienta jurídica cuyo diseño debería obedecer a ganar eficiencia empresarial sin que se vacíen los principios tuitivos que informan al Estado constitucional. Y es que, a diferencia de las actividades principales, complementarias o especializadas, su delimitación obedece más a un ejercicio de ponderación jurídica -variable para cada modelo productivo estudiado- antes que a un análisis de adecuación de la estructura de actividades empresariales a actividades ya definidas.

Sin perjuicio del debate consecuente a mejorar la técnica normativa para la determinación del núcleo del negocio, se vuelve importante estudiar y reforzar los otros mecanismos que ofrece sistema jurídico con miras a canalizar el conflicto entre principios -en este caso en particular, el conflicto inmanente entre capital y trabajo-. Frente a las constantes exigencias que el gran capital ejerce sobre los países y las empresas en un contexto de globalización, es cimental que no se

---

<sup>407</sup> En aquellos supuestos en los que la personería jurídica de la titular recién ha sido constituida y no existan trabajadores que se opongan a la herramienta descentralizadora, sujetos sindicales como sindicatos de rama o federaciones deberían poseer legitimidad para participar en la divergencia, habida cuenta del entendimiento de sus afiliados en empresas de similares características a la principal.

avale que el peso del éxito de los países y empresas recaigan sobre sus trabajadores, bajo pena de ocurrencia de una nueva cuestión social.



### **3.4. Epílogo: acciones para la recomposición de los equilibrios constitucionales**

Las profundas transformaciones implementadas con ocasión del proceso globalizador han puesto en crisis no solo el paradigma productivo heredado del Estado social, sino también los valores trascendentales acogidos por el Estado constitucional. La figura del empleador, históricamente asociada a la empresa *taylorista* y sobre la cual se construyó la regulación del derecho del trabajo, ha adquirido una complejidad y descentralización notables producto de las redes de cooperación empresarial<sup>408</sup>. En este fenómeno en continuo avance por mor de la revolución tecnológica, urge el establecimiento de medidas de protección hacia los asalariados involucrados en los procesos de externalización, más aún en economías en vías de desarrollo como la peruana, frágiles ante el auge del capital.

Dada la trascendencia del fenómeno de la descentralización productiva, las acciones para la recomposición de los equilibrios constitucionales pueden implementarse desde dos frentes. En el primero de ellos, en el que no se ha implementado ninguna reforma legislativa o reglamentaria, el rol del juez activo como operador jurídico es clave para la sanción de supuestos de fraude de ley en la tercerización, tras la aplicación del test de ponderación correspondiente. En el segundo frente -orientado al papel de la Administración-, se analiza el rol de reglamento en el derecho del trabajo, el control de legalidad que ejerce el INDECOP y los principios constitucionales que deben informar a toda actuación de la autoridad, con ocasión de la emisión del Decreto Supremo 001-2022-TR.

#### **3.4.1. El juez activo y la sanción del fraude de ley**

Debido a su naturaleza de fenómeno económico integrante del proceso globalizador, la descentralización productiva de bienes y servicios tuvo oportunidad de manifestar sus consecuencias nocivas sobre los derechos humanos laborales con anterioridad a la promulgación de la Ley 29245 en 2008. A tal efecto, la huelga nacional minera indefinida -un año antes- y la mediación de congresistas estadounidenses -con ocasión del TLC suscrito entre el

---

<sup>408</sup> Estas redes, a todo esto, se caracterizan por su estabilidad en el tiempo con independencia del ingreso o salida de sus miembros, ya que comparten la explotación de un bien, de un derecho o la fabricación de un producto, como es el caso de la subcontratación (Ruiz, 2018, p. 13-14).

Perú y dicho país- terminaron por acelerar la emisión de una norma cuyo objetivo declarado fue la sanción del uso fraudulento de la tercerización.

Lamentablemente, como ya tuvimos ocasión de abordar en los subcapítulos 3.2.3.1. y 3.2.3.2., la Ley 29245 delimita la desnaturalización de la subcontratación de bienes y servicios solo para supuestos en los que la autonomía empresarial de la tercerizadora se ve comprometida. Si bien el numeral 7 de la norma en mención establece un conjunto de garantías laborales que llegan a ordenar hasta la pertenencia del trabajador tercerizado a la planilla de la principal, la formulación de estas garantías no deja de ser una “declaración de buenas intenciones”, habida cuenta que el parámetro para su análisis no llega a abandonar los límites de cada empresa como centro autónomo de imputación.

Frente a ese panorama, la institución del fraude de ley emerge como una auténtica posibilidad para garantizar la adecuación de las reglas -como la Ley 29245- a los principios que informan al ordenamiento jurídico, inclusive en supuestos en los que no se ha acreditado la intencionalidad del daño hacia la clase trabajadora. A pesar de que su aplicación no requiere de una habilitación expresa -por mor de su objetivo de dotar de coherencia a la aplicación de las reglas-, en ordenamientos con una cultura jurídica formalista esta labor lamentablemente puede llegar a ser calificada peyorativamente como “activismo judicial”, dada su contraposición a la “cláusula alternativa tácita” del positivismo kelseniano (Atienza, 2020, p. 90)<sup>409</sup>.

#### **3.4.1.1. Sobre el activismo judicial**

En el modelo -positivista- de Estado constitucional, el derecho es una práctica autoritativa, pues es el resultado de actos de la autoridad como el legislador, pero no se limita a eso. El derecho posee, asimismo, una dimensión valorativa, en vista que incorpora valores que se materializan en el capítulo de derechos fundamentales de las cartas magnas. Bajo este paradigma, los derechos adquieren un papel de fundamentación del sistema jurídico -de ahí que cuenten con la rigidez propia del proceso de reforma constitucional-, pero la práctica constitucional tiene atribuida un rol esencialmente interpretativo de esos derechos, a fin de “no someter a los vivos a la tiranía de los muertos” (Aguiló, 2021, p. 22).

---

<sup>409</sup> Para Kelsen, la norma es válida si es que ha sido creada de conformidad con la norma superior.

Que se destaque este rol interpretativo no significa el abandono del aspecto autoritativo de las reglas. Por el contrario, si las reglas reflejan ya una ponderación de principios y, por tanto, poseen un aspecto promocional de ciertos bienes jurídicos, entonces operaciones como el test de proporcionalidad y el fraude de ley<sup>410</sup> vienen a devolver al sistema jurídico el sentido de los valores que dotan de sentido al Estado constitucional. Nótese, en consecuencia, que este tipo de juez no abandona los límites del derecho al momento de ponderar o declarar el fraude de ley; en realidad, utiliza estas herramientas con un contenido de racionalidad para tomar las decisiones más justas<sup>411</sup>. Es lo que Atienza denomina “juez activo” (Aguiló, 2021, p. 37).

Distinto es el supuesto del juez “activista” o “justiciero” que decide una *litis* sobre sus opiniones de lo que es justo, aunque sin seguir los límites fijados por el derecho. Bajo ese presupuesto, la prescindencia total del elemento autoritativo constituye un supuesto de “desviación judicial”, dado que abandona los medios o formas desarrolladas para la labor interpretativa<sup>412</sup>. En otras palabras, prescinden de los “fines y valores que dan sentido a la práctica jurídica” (Atienza, 2020, pp. 88-95).

### **3.4.1.2. Pautas para la ponderación en la tercerización de servicios**

Conforme a lo desarrollado en el subcapítulo 3.1.4.4., el fin legítimo de la tercerización en el Estado constitucional no es otro que la obtención de eficiencia empresarial mediante el acceso a la especialización y a los recursos de la empresa tercerizadora, a un coste más económico para la principal en comparación con la adquisición directa de ese valor agregado. Cuando se

---

<sup>410</sup> A todo esto, el fraude de ley implica algo más que la interpretación restrictiva de una regla: significa la creación de una excepción a una regla, por los motivos ya expuestos.

<sup>411</sup> Ciertamente, para los llamados “casos difíciles” no es esperable que todos los jueces lleguen a la misma respuesta, sin embargo, el objetivo es que exista legitimidad de la decisión tomada aun en un contexto de discrepancia (Aguiló, 2021, p. 38).

<sup>412</sup> Desde la otra orilla, el juez “formalista” rechaza también la interpretación jurídica, pero en atención ahora a las razones subyacentes de las reglas, en otro caso de “desviación judicial”. Es lo que sucedió con los jueces del Tribunal Constitucional en el ya abordado proceso de inconstitucionalidad contra la Ley 29245.

compruebe que la operación descentralizadora produjo una afectación irrazonable a los derechos fundamentales de los trabajadores, entonces su implementación pierde todo rastro de legitimidad, con independencia de si la degradación de las condiciones de empleo de los trabajadores se produjo con ocasión de un acto volitivo del empleador. En la línea de la búsqueda de justicia del juez, pero dentro de los límites del derecho, el test de proporcionalidad es la herramienta llamada a determinar la preponderancia, en cada caso en específico, del principio de eficiencia empresarial o del principio protector del derecho del trabajo<sup>413</sup>.

Dicho esto, si el fin legítimo de la tercerización es la obtención de eficiencia empresarial, un enfoque totalmente prohibitivo de esta herramienta tendría un impacto nocivo para el rol estatal de estímulo de la creación de riqueza y de la eficiencia empresarial, dentro del modelo de economía social de mercado consagrado en la constitución. Y es que la tercerización no es un simple “elemento circunstancial” implementado para neutralizar la crisis económica de la década de los setenta. Se trata de un fenómeno existente desde la revolución industrial que se ha afianzado en las últimas décadas para afrontar “la incertidumbre del mercado, la reducción del ciclo vital del producto y la mayor personalización y diferenciación de la demanda” (Kahale, 2011, pp. 36-37).

En la línea de lo indicado, la aplicación del examen de ponderación va a ser una delicada operación que debe identificar primero la estrategia empresarial de externalización de una porción del sector productivo de la principal. Para ello, exista o no un contrato de tercerización de servicios con una contratista, el operador jurídico debe identificar y delimitar los servicios componentes del ciclo productivo de la titular. No deben descartarse del análisis, a tal efecto, supuestos en los que las empresas partícipes no hayan suscrito ningún negocio jurídico al amparo de la Ley 29245, dado que puede estar detrás razones fraudulentas. Por tanto, si las partes han celebrado contratos civiles de colaboración empresarial, el rol del juez debe enfocarse

---

<sup>413</sup> Y es que, como ha sido entendido por Kresalja y Ochoa (2020, pp. 448-449), en el modelo de economía social de mercado consagrado en el artículo 58 de la Constitución “los objetivos sociales se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia”, lo que quiere decir que se reconoce la rectoría de la competencia para asegurar el bienestar de la población, pero con la intervención del Estado en ciertas materias económicas y sociales.

primero en la identificación de los rasgos de una subcontratación de servicios para ofrecer tutela a los trabajadores desplazados<sup>414</sup>.

Distinguida la estrategia externalizadora, la perspectiva del subprincipio de idoneidad exige la acreditación del fin legítimo de la tercerización. Con ese propósito, la segunda operación a ser realizada por el juez es la comprobación del valor agregado ofrecido por la contratista. Son elementos conducentes a esa conclusión la administración o propiedad de los recursos financieros, técnicos, materiales o humanos<sup>415</sup> de la tercerizadora, necesarios para la asunción de la parcela productiva asignada, así como la existencia de especialización en las labores ofrecidas por los trabajadores tercerizados -tales como conocimientos específicos o que requieran capacitación sobre las labores desarrolladas-. Ciertamente, si este examen resultase insatisfactorio, debería sancionarse en esta etapa el fraude de ley. Sin embargo, si la operación combinase tanto el acceso al valor agregado de la contratista y la degradación de las condiciones laborales de los externalizados -como ocurre frecuentemente-, entonces debemos recurrir a las siguientes etapas del examen de ponderación para analizar la necesidad y proporcionalidad de las medidas limitantes de derechos fundamentales.

En cuanto al subprincipio de necesidad, involucra la identificación y análisis de otras medidas empresariales para la obtención de eficiencia que no posean la carga nociva que la tercerización, por su particular dinámica, implica para la vigencia efectiva de los derechos humanos laborales. Al respecto, consideramos que, al tradicional estudio de medidas empresariales alternativas con miras a un incremento interno de la productividad -como las políticas internas de capacitación-, debe sumarse la constatación de que, debido a sus peculiares

---

<sup>414</sup> Inclusive, la labor del juez no puede claudicar en supuestos no regulados por la Ley 29245, como la tercerización de actividades sin desplazamiento continuo. En esos casos, excluidos de tutela por causa del Decreto Supremo 006-2008-TR, el juez debe impartir justicia en consideración a la vigencia de los principios tuitivos del derecho del trabajo dentro de la estrategia empresarial.

<sup>415</sup> El requisito constitutivo de que la tercerizadora ejerza exclusiva subordinación sobre sus trabajadores puede enmarcarse dentro de la exigencia de que esta persona jurídica cuente con sus propios 'recursos humanos' -pese al carácter peyorativo de esta expresión ya en desuso-.

características, en determinados sectores productivos se ha consolidado un modelo de colaboración empresarial<sup>416</sup>.

En efecto, la globalización impulsada por los grandes capitales mundiales ha impuesto una especial carga competitiva sobre los Estados -especialmente los que se encuentran en vías de desarrollo como el nuestro-, al punto que se vuelve imposible para ellos “desconocer las exigencias de un sistema económico basado en la lógica del mercado” (Rodríguez-Piñero citado en Sanguinetti, 2013, p. 43). En sectores vinculados a la realización de obras, por ejemplo, la eventualidad del proyecto ha afianzado que la titular de la concesión u obra recurra a empresas especializadas que cuentan con la maquinaria necesaria y el personal calificado para la realización del encargo. Piénsese en el ámbito de la construcción, que para el Tribunal Supremo español es el “supuesto típico” de la subcontratación (Puntriano, 2014, p. 205), habida cuenta de la temporalidad de sus actividades.

En casos como el descrito, el rol del operador jurídico va a consistir, en primer término, en el análisis de la durabilidad del negocio jurídico entre la principal y la contratista y su comparación con la duración del contrato de trabajo entre la segunda y los trabajadores externalizados. De coincidir el plazo de ambos vínculos, se habría afianzado la indispensabilidad de la tercerización en el caso concreto.

Por último, una vez ubicados en el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, será preciso atribuir una importancia abstracta y en concreto a la eficiencia empresarial obtenida por medio de la tercerización y realizar un contraste con la valía de los derechos humanos laborales

---

<sup>416</sup> Más que la constatación de su existencia, lo que debe analizar el operador jurídico son las razones detrás de la consolidación de la colaboración empresarial y su razonabilidad. Por ejemplo, en el sector minero, la tercerización es ampliamente utilizada no solo porque, según el artículo 37.11 de la Ley General de Minería, gozan del “atributo” de subcontratar la ejecución de las distintas etapas del proceso minero con empresas especializadas, sino además por el hecho de que las empresas formales solo pueden iniciar actividades con una concesión minera -sin perjuicio de las ya desarrolladas razones fraudulentas para subcontratar actividades-. De esta manera, surgen empresas con determinada especialización -recursos y *know how*- en la exploración, desarrollo, explotación y beneficio del producto minero, listas para prestar sus servicios a los empresarios ganadores de la concesión.

afectados. De ellos, destacan la estabilidad en el empleo y la libertad sindical, ambos por su condición de “derechos para obtener derechos” y su conexión con valores esenciales como la dignidad de la persona y el principio democrático. Adicionalmente, la importancia del principio de igual salario por trabajo de igual valor es innegable, habida cuenta que, conforme con Ermida, “no hay dignidad sin igualdad” (2011, p. 9).

En lo que respecta a la intensidad de la intervención sobre estos derechos, el examen debe considerar el número de facultades que se ven afectadas, así como la importancia de estas facultades, la intensidad y duración de la afectación y la mayor o menor probabilidad de que la afectación se produzca (Sanguinetti, 2014, p. 285). En esa línea, el juez debe evaluar la naturaleza de las labores a ser tercerizadas y su función dentro del modelo productivo de la principal. Por ejemplo, en lo que respecta al principio de estabilidad en el empleo, si la actividad fuese realmente de una naturaleza temporal, no existiría mayor cambio con su externalización; en cambio, si la labor es de corte permanente, la afectación se habría hecho efectiva al haberse contratado a los trabajadores tercerizados a plazo fijo.

Sobre la libertad sindical, a pesar de que el asalariado tercerizado aún tiene a salvo su derecho de afiliarse a organizaciones sindicales dentro del ámbito de la contratista o a nivel supraempresarial, la probabilidad de éxito en la concreción de las funciones que habilita este derecho es menor. En efecto, si utilizamos la clasificación recogida por Villavicencio (2010, p. 23), la tercerización dificulta el reequilibrio de la desigual relación existente entre los trabajadores desplazados individualmente considerados -función equilibradora-, no permite que se encauce adecuadamente el conflicto subyacente de la economía capitalista como en el sector minero -función compositiva-, obstaculiza que los intereses de los trabajadores tercerizados sean tomados directamente en cuenta por la empresa principal -función democratizadora-, complica que los convenios colectivos de la empresa principal beneficien a los externalizados -función normativa- y entorpece la función de vigía de la organización sindical de la empresa contratista sobre los actos de la empresa principal -función de aplicación del derecho del trabajo-. La labor del juez consiste, aquí, en analizar las afectaciones presentes en las funciones de la libertad sindical a la luz de los beneficios obtenidos por la descentralización productiva en el caso de estudio.

Por último, en relación con el principio de igual salario por trabajo de igual valor, la afectación va a depender de las diferencias detectadas entre la planilla de la principal y la planilla de la

contratista, pero siempre que se acredite que el empresario titular mantiene o mantuvo puestos de similar valor en su organización antes de su externalización, a fin de realizar la comparación<sup>417</sup>. Este es el supuesto que, consideramos, plantea las mayores dificultades, pues el parangón entre la estructura empresarial de la titular y la contratista rara vez existe y ello puede justificar objetivamente -a su vez- diferencias en la estructura salarial de ambas personas jurídicas. De ahí que saludemos la postura del Tribunal Supremo español, que recientemente ha legitimado la afectación de la huelga de los trabajadores desplazados hacia la principal -aunque para el grupo de empresas- (Sanguinetti, 2024). Ello constituye un gran primer paso hacia la vigencia de la igualdad de salario mediante las herramientas que ofrece la autonomía colectiva<sup>418</sup>.

De esta manera, y conforme con lo abordado en el subcapítulo 3.1.3., si se comprueba que el interés legítimo que busca satisfacer el empleador no justifica razonablemente las limitaciones a los derechos humanos laborales que el juez ha acreditado en su examen del proceso de producción de la principal, entonces el operador jurídico debe sancionar el fraude de ley en la tercerización de las actividades bajo análisis. Esas actividades serán, en consecuencia, parte del núcleo del negocio del titular.

### **3.4.2. La prohibición (reglamentaria) de tercerizar el núcleo del negocio**

---

<sup>417</sup> Al respecto, según reconoce Molero, el fenómeno de la descentralización productiva no siempre provoca la precarización del empleo, ya que el principio de autonomía e independencia jurídica de las empresas participantes en la operación “permite legítimamente la fijación de condiciones de trabajo significativamente distintas” (Guerra, 2013, p. 108). El desafío de nuestra rama jurídica reside, por tanto, en la identificación de puestos de similar valor en el andamiaje empresarial que habiliten la aplicación del principio.

<sup>418</sup> En el caso en mención, ante la huelga ejercida por los trabajadores de una de sus contratistas, Telefónica había incrementado las órdenes de servicio a otras, lo que debilitó la medida de presión. De esta manera, el “anillo de protección” del derecho de huelga pasa a incluir a las redes de empresa, siempre que exista una conexión “de especial intensidad y singular naturaleza” entre las empresas analizadas (Sanguinetti, 2024).

El 23 de febrero de 2022, y luego de obviar el procedimiento de diálogo social ante el CNTPE<sup>419</sup>, el Ejecutivo emite el Decreto Supremo 001-2022-TR, que modifica el Reglamento de la Ley 29245 aprobado por Decreto Supremo 006-2008-TR, y cuyo contenido fue materia de discusión en el coetáneo Anteproyecto de Código del Trabajo empezado en 2021. El objetivo principal de la norma es la redefinición del contenido del término “actividades especializadas u obras” que el MTPE tuvo oportunidad de determinar tautológicamente 14 años atrás, tras haberse comprobado “la utilización indiscriminada” de la tercerización de servicios con ocasión del proceso globalizado y su conversión en una de las principales herramientas para la afectación del ejercicio de los derechos de los trabajadores (MTPE, 2022a, p. 1).

Para ello, la norma define a las “actividades especializadas” como aquellas tareas dentro de la actividad principal que “exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados”, en concordancia con el desarrollo que hemos hecho del término en el subcapítulo 3.3.3.1. Nótese, así, que la norma mantiene la polémica reconducción al ámbito amplio de la actividad principal -del Decreto Supremo 003-2002-TR- que había ordenado el Decreto Supremo 006-2008-TR<sup>420</sup>, por lo que excluye expresamente a la tercerización del ámbito de las actividades complementarias y de alta especialización -ahora bajo la cobertura exclusiva de la Ley 27626<sup>421</sup>-

---

<sup>419</sup> Cabe recordar que el artículo 3 del Convenio 122 de la OIT, sobre la política del empleo, dispone la obligación de los Estados Miembros de efectuar consultas a los representantes de los trabajadores y los empleadores sobre la política de empleo, a fin de considerar “plenamente” sus experiencias y opiniones, así como el logro de su cooperación para la formulación y ejecución de la referida política. Como precisa Mendoza (2023, p. 131), en vista del programa democrático que la Constitución ordena sobre las relaciones laborales, se ha constituido el CNTPE desde 2002 como el espacio de diálogo social más importante en materia laboral en nuestro país.

<sup>420</sup> En la defensa hecha por la Procuraduría Pública del MTPE se manifiesta, empero, que el Decreto Supremo 006-2008-TR introdujo una disposición ambigua que permitía que se tercerice “cualquier actividad del proceso productivo que no fuera objeto de intermediación laboral”, disposición que no es otra que la que recondujo la tercerización de servicios a la actividad principal definida en el Decreto Supremo 003-2002-TR.

<sup>421</sup> En efecto, el modificado artículo 5.a de la nueva versión del Reglamento dispuso la desnaturalización de las tercerizaciones que “no tengan por objeto desarrollar actividades principales”. Se puso fin, así, a las

Sin duda, el cambio más significativo de la norma viene dado por la introducción del término “núcleo del negocio” como aquella parcela íntima de tareas, dentro de la actividad principal, que “por sus particulares características” no puede ser objeto de tercerización. Sin perjuicio de la inclusión de un listado enunciativo de actividades para la identificación del *core business*, el texto normativo del Decreto Supremo lamentablemente no es profuso en el sustento del Ejecutivo para esta nueva versión del reglamento de la Ley 29245. En cambio, si recurrimos a la exposición de motivos de la norma, comprobamos que el MTPE se vale, entre otros, de la definición clásica de tercerización que hiciese Cruz en 1994, quien refiere que la empresa principal tiene la opción de delegar “ciertas fases o actividades precisas” para alcanzar el bien final de consumo (2022, p. 3), es decir, no toda la actividad productiva<sup>422</sup>.

Ahora bien, en vista de la explicación que se ha hecho de la actividad nuclear como resultado de un ejercicio de fraude de ley -lo que satisface su compatibilidad con la potencial afectación al principio de eficiencia empresarial-, resta ahora el abordaje de su compatibilidad con los demás principios recogidos en nuestra carta magna, bajo el entendido de que el Decreto Supremo 001-2022-TR introduce un término que no pertenece a la clasificación de actividades de la Ley 29245.

#### **3.4.2.1. El rol del reglamento en el derecho del trabajo**

El rol del reglamento en el derecho del trabajo es un tópico que ha sido mínimamente abordado por la doctrina laboralista. Como denuncia Valdés (1989, p. 44), al desinterés de este sector de la academia por el tema se ha sumado la desconfianza del papel del Estado en las relaciones laborales -incluso por sindicalistas-, lo que ha producido que se acepte como dogma “el desmantelamiento de la norma estatal de intervención” que postula un sector de administrativistas.

---

interpretaciones que intentaban compatibilizar la presencia de la Ley 29245, en cierta medida, en las actividades descritas -recuérdese las “tercerizaciones blandas” propuestas por Mejía-.

<sup>422</sup> Curiosamente, como reconoce el mismo autor en un texto posterior, esta concepción en realidad responde a una “lógica inicial de integración productiva” que tiende a conservar el núcleo duro o “el corazón del ciclo productivo” de la empresa titular (2009, p. 45).

Al respecto, es prístino el mandato *kelseniano* del constituyente de 1993 de que la potestad presidencial de reglamentar leyes no puede significar su transgresión o desnaturalización y que la ley prevalece sobre el decreto supremo -artículos 118.8 y 51, respectivamente-. En consecuencia, más allá de esta función complementaria, el ámbito de la potestad reglamentaria debe coincidir con el campo no reservado para la ley, ya sea en su vertiente material o formal. Es decir, el ejecutivo puede ejercer su poder normativo sobre toda materia que no se halle constitucionalmente reservada a su desarrollo por una ley -principio de reserva de ley- o que no haya sido previamente regulada por ley -principio de supremacía de ley- (Valdés, 1989, pp. 47-48)<sup>423</sup>.

En cualquiera de los supuestos en mención, no debe olvidarse que la facultad reglamentaria no proviene de la voluntad del legislador; por el contrario, como bien indica el autor en mención, “emana directa y expresamente del tenor constitucional” (1989, p. 45). Lo expresado no es un simple pleonasma: significa que la actuación del Poder Ejecutivo debe obedecer no solo a principios instrumentales como la jerarquía normativa, sino principalmente a los valores sustantivos recogidos por dicho texto, en especial por la misión del derecho laboral de encausar su conflicto inmanente. Que se insista en el análisis del reglamento exclusivamente a la luz de lo contemplado por el legislador implica, en realidad, el regreso a un Estado legalista que fue desterrado hace más de un siglo<sup>424</sup>.

En definitiva, el rol del reglamento en el derecho del trabajo no desconoce que la labor del Ejecutivo está vedada de contradecir lo dispuesto por el legislador. Empero, más allá de la presunción de constitucionalidad de las leyes, lo que busca visibilizar este apartado es la garantía que debe poseer la facultad reglamentaria para ingresar los derechos fundamentales en la fábrica -en la ya citada frase de Baylos- y superar posturas textualistas de la ley que obstaculicen dicha

---

<sup>423</sup> En ese sentido, es innegable el rol que ha cumplido la Administración en la emisión de las normas laborales infraconstitucionales más importantes, como el Decreto Legislativo 728, Decreto Legislativo 276, Decreto Legislativo 650, Decreto Legislativo 713, el mismo Decreto Legislativo 1038, entre otros (Espinoza, 2011, pp. 56-57)

<sup>424</sup> En los términos de de Otto, “allí donde hay constitución no puede haber ningún soberano ni ninguna soberanía que no sea la de la constitución misma” (Valdés, 1989, p. 50).

función. De ahí que razonamientos “circulares”<sup>425</sup> -como los del Tribunal Constitucional en la acción de inconstitucionalidad de la Ley 29245- deban ser abandonados.

### **3.4.2.2. El control de legalidad del INDECOPI**

De acuerdo con la teoría administrativista, las barreras burocráticas son “aquellas regulaciones que expide el Estado para limitar, restringir, prohibir o afectar el ejercicio de los derechos económicos de los administrados” (Carrillo citado en Quiñones y Hernández, 2024, p. 212). Se trata, entonces, de un concepto primigeniamente asociado a la defensa de la libertad de empresa, en el marco de intervenciones estatales que buscan garantizar -ilegal o irrazonablemente- la eficacia de otra clase de derechos fundamentales<sup>426</sup>.

Con ese propósito, el Decreto Legislativo 1256 -Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas- ha recogido el procedimiento para su eliminación, consistente en el mentado análisis de ilegalidad e irrazonabilidad de la barrera burocrática impuesta por el Estado. Respecto del primer punto, la norma establece que el examen de ilegalidad abarca los criterios de incompetencia de la autoridad, incumplimiento del procedimiento de producción normativa y la contravención de normas o principios legales (artículo 14). Mientras tanto, el test de razonabilidad comprende el análisis de arbitrariedad -ausencia de justificación o idoneidad de este- y el examen de proporcionalidad, que no es otra cosa que un ejercicio de ponderación.

En términos formales, existen argumentos para sostener la diferencia entre el procedimiento descrito y el proceso de acción popular que, de conformidad con el artículo 200.5 de la Constitución, se interpone contra los reglamentos ante la infracción de la Constitución y la ley. Efectivamente, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas deriva en la inaplicación

---

<sup>425</sup> Así lo califica el magistrado Espinosa-Saldaña en su voto singular de la sentencia recaída en el expediente 00013-2014-AI/TC (fundamento 6).

<sup>426</sup> De acuerdo con el principio de subsidiariedad, la regulación estatal aparece frente a la incapacidad del mercado de regular “sus propios problemas”, lo que impide que apriorísticamente se dote de negatividad a las barreras burocráticas.

del reglamento -ya sea en el caso en concreto o con efectos generales<sup>427</sup>- y solo vincula a los funcionarios de la administración pública como los inspectores de trabajo. Adicionalmente, dado que no se expulsa a la norma del ordenamiento jurídico, los efectos de la inaplicación no son retroactivos. Por último, la actuación del INDECOPi abarca no solo a los decretos supremos, sino también a actos o actuaciones administrativas.

Por su parte, el proceso de acción popular sí expulsa al reglamento del ordenamiento jurídico, con los efectos en el tiempo que ello implica. Asimismo, está constreñida a los reglamentos y normas administrativas, pero no así a los actos u actuaciones de la autoridad, habida cuenta de su naturaleza de control normativo abstracto que necesariamente debe tener por objeto a disposiciones administrativas de carácter general. Finalmente, la acción puede ser interpuesta por cualquier ciudadano -esté o no afectado por la norma de la administración-, a diferencia del control de barreras burocráticas ilegales, que exige que haya una afectación sobre el administrado denunciante -sea directa o indirecta-.

En términos materiales, sin embargo, la distinción no es tan clara. A pesar de que el análisis de legalidad del procedimiento está dirigido a revisar la competencia de la autoridad administrativa, el cumplimiento del procedimiento de producción normativa o la contravención de “normas o principios legales” -así lo describe el artículo 14 del Decreto Legislativo 1256-, la insistencia en la utilización única de parámetros legales carece de sentido.

Como bien recoge la sentencia de primera instancia de acción popular contra el Decreto Supremo 001-2022-TR<sup>428</sup>, el principio de legalidad contiene un elemento formal -referido al sometimiento al procedimiento-, un elemento sustantivo -relativo al contenido de las materias atribuidas- y un elemento teleológico -vinculado al cumplimiento no solo de los fines del legislador, sino a los principios y valores constitucionales- (Poder Judicial, 2023, pp. 34-35). Asimismo, el examen de

---

<sup>427</sup> Ante la práctica de muchas entidades administrativas, consistente en la aplicación a otros casos similares de normas reglamentarias que habían sido declaradas barreras burocráticas ilegales, se optó por permitir la generalidad de la inaplicación cuando se determinase que la resolución beneficia -real o potencialmente- a todos los agentes económicos y administrados afectados.

<sup>428</sup> Al 16 de septiembre de 2025, aún no se pronunciaba la Corte Suprema en segunda instancia respecto a este importante proceso.

razonabilidad en su vertiente de “arbitrariedad” no es sino una comprobación de la existencia de un fin legítimo y la adecuación o idoneidad para alcanzar el bien jurídico perseguido, componentes del subprincipio de idoneidad en el test de ponderación. El análisis de “proporcionalidad” del Decreto Legislativo, finalmente, viene a abarcar los subprincipios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>429</sup>.

Nos encontramos, por consiguiente, frente a un esfuerzo ilógico de exclusión de los principios constitucionales -por mor de su falta de positivización en una norma de rango legal- en el calco del ejercicio de proporcionalidad que recoge el Decreto Legislativo 1256. Si las reglas -en este caso, normas legales- son expresión de la ponderación de los principios, entonces que los últimos estén descartados del análisis de los primeros es incongruente con la vigencia que deben poseer los valores del Estado constitucional. Y es que, tal y como está planteado, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas termina priorizando en demasía al elemento autoritativo del derecho, en desmedro de su tan -necesario- aspecto valorativo.

Lo expuesto posee un particular efecto nocivo en el ámbito del derecho del trabajo. Debido a que la función estructural de nuestra rama de estudio es la canalización del conflicto entre burguesía y proletariado, un análisis de cualquier norma laboral que excluya a los principios que motivaron su separación del derecho civil es incongruente con el Estado constitucional<sup>430</sup>. Aunado a ello, ninguno de los integrantes de la CEB o de la Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (SEL) posee -lógicamente- estudios especializados en derecho del trabajo<sup>431</sup>, lo que deriva en absurdos como el de la Resolución 0239-2013/CEB-INDECOPI, que considera a la remuneración como un precio por ser “el valor económico derivado de la contraprestación que percibe el trabajador”<sup>432</sup>. Se consiente, en síntesis, el abandono del postulado de la relación de trabajo como relación

---

<sup>429</sup> Así lo dispone el artículo 16 del Decreto Legislativo en mención.

<sup>430</sup> Al respecto, el INDECOPI ha reiterado que su análisis solo comprende “la legalidad y razonabilidad de la medida cuestionada y no uno de constitucionalidad” (2023, p. 15).

<sup>431</sup> Constatación realizada al 16 de septiembre de 2025.

<sup>432</sup> Afortunadamente, este penoso pronunciamiento de primera instancia fue revertido por la Resolución 0143-2016/SDC-INDECOPI.

derivada de una “regla de poder”, con el consecuente regreso a la arcaica concepción del trabajo como mercancía<sup>433434</sup>.

### **3.4.2.3. El análisis de constitucionalidad del Decreto Supremo 001-2022-TR**

Descartada la posibilidad de que se renuncien a los principios del Estado constitucional en cualquier evaluación hecha al Decreto Supremo 001-2022-TR, corresponde abordar ahora a los argumentos expuestos por el sector empresarial y la defensa jurídica del Estado sobre la norma y que, en su gran mayoría, han sido recogidos por la Tercera Sala Constitucional de la Corte Suprema en la sentencia de primera instancia del proceso de acción popular.

Conforme con la parte empleadora, el Decreto Supremo vulnera diversos principios instrumentales y sustantivos del sistema jurídico, como el derecho al trabajo, la potestad constitucional para reglamentar las leyes, el principio de legalidad, el principio de tipicidad, el principio de seguridad jurídica, la libertad de empresa, la libertad de contratación, el principio de irretroactividad y el principio de proporcionalidad.

Sobre el particular, ya hemos explicado que nuestra noción de *core business* es producto de un ejercicio de ponderación que resulta en la determinación de un fraude a la ley cuando la afectación a los derechos humanos laborales se torna irrazonable. En esa dinámica, a pesar de que ello traería como consecuencia una afectación a los principios circundantes a la eficiencia empresarial, esta limitación en su ejercicio solo procedería tras un delicado análisis que

---

<sup>433</sup> Peor aún, se normalizaría el tratamiento de “costo” que un Instituto para la defensa de las libertades económicas aplicaría sobre los derechos laborales, lo que desconocería el papel que cumplen los derechos fundamentales en la relación de trabajo para lograr el proyecto de vida de la clase trabajadora -ver subcapítulo 3.1.1.-.

<sup>434</sup> A propósito, no se niega la capacidad de actuación del INDECOPI, aunque delimitada a las vulneraciones de las libertades económicas de los administrados, como la exigencia -en determinadas circunstancias- de suscribir tres o más juegos de los contratos de trabajo en un contexto de digitalización de los registros. Empero, cuando la discusión se ubica en el seno de la relación de trabajo, la dinámica de poder cambia e insistir en la participación de este organismo solo lograría perpetuar la concepción de que los derechos fundamentales de la clase trabajadora son “obstáculos” al acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado.

demuestre la incompatibilidad de la operación externalizadora con los valores del Estado constitucional. No habría, así, ninguna afectación inconstitucional a los principios mencionados en el párrafo anterior.

Sin perjuicio de ello, vistos los actuales términos del Decreto Supremo sobre la noción de núcleo del negocio, coincidimos con el pronunciamiento del Poder Judicial en lo que respecta a la inexistencia de afectación al derecho al trabajo, pues no se restringe ningún derecho a acceder a un puesto laboral en las empresas contratistas. En segundo lugar, como hemos abordado en el subcapítulo 3.3.3.2., la Ley 29245 solo hace mención al término “actividades especializadas” y nunca se refiere a las actividades principales, las actividades complementarias o las actividades del núcleo del negocio. Por un sentido de congruencia, si el Decreto Supremo 006-2008-TR se encargó de redirigir la tercerización a un concepto que nunca ha sido recogido expresamente en la Ley 29245, entonces la “aclaración” del Decreto Supremo 001-2022-TR no trasgrede o desnaturaliza la ley o el principio de jerarquía normativa<sup>435</sup>. Por último, en cuanto al principio de legalidad, el Poder Judicial acoge -con acierto- la teoría de que el desarrollo reglamentario no necesariamente debe expresarse de forma literal en la norma legal, siempre que sea necesario para satisfacer intereses públicos (2023, pp. 51 y 53-55).

Lamentablemente, el criterio no se repite para la alegada vulneración a los principios de tipicidad, taxatividad, seguridad jurídica y proporcionalidad y a las libertades de empresa y contratación, en cuyo caso la Tercera Sala Laboral brinda la razón a los empresarios demandantes. Consideramos que ello es consecuencia, en parte, del razonamiento y técnica escogidas por el MTPE para la justificación y redacción del reglamento en mención.

En efecto, de acuerdo con el MTPE (2022b, pp. 5-6), la interpretación conjunta de los artículos 2 y 3 de la Ley 29245 permite arribar a la conclusión de que existe un nicho productivo que no puede ser externalizado. De acuerdo con esta entidad, la expresión “actividad especializada” del artículo 2 debe considerar -desde la perspectiva de la empresa principal- solo a aquellas labores que no son “habituales u ordinarias” o en los que la titular no sea “experta o especializada en la

---

<sup>435</sup> Irónicamente, los mismos críticos de la introducción del término “núcleo del negocio” por el Decreto Supremo 001-2022-TR se han mantenido silentes respecto a la reconducción de la noción de “actividad especializada” al ámbito de la “actividad principal” de la Ley 27626.

misma”. En ese orden de ideas, la referencia del artículo 3 a la tercerización de “una parte integral del proceso productivo” permite entender que “no es posible tercerizar cualquier etapa o, incluso, todo el proceso productivo”<sup>436</sup>.

Disentimos de esa línea argumentativa. Ya hemos tenido oportunidad de explicar en el subcapítulo 3.3.3.1. que el concepto de “especialización” denota la capacidad de la tercerizadora de ofrecer sus recursos y *know how* a la empresa titular del proceso productivo, por lo cual la especialización es transversal al espectro de actividades que componen la organización de la última. Por ello, postulamos que las actividades especializadas bien pueden encontrarse dentro de lo que el MTPE denomina actividades “habituales u ordinarias”<sup>437</sup>.

Una vez desvirtuado el análisis de contraposición lógica del MTPE, pierde sentido también la lectura que ofrece del artículo 3 de la Ley 29245. De un lado, no es coherente sostener que la empresa principal no debería ser “experta o especializada” en sus propias actividades de gerenciamiento -supuesto de tercerización que el artículo en mención expresamente habilita-. Del otro, la habilitación de la Ley 29245 a externalizar “una parte integral del proceso productivo” es compatible -en principio- con una operación que involucre la transferencia de alguna de las actividades “criterio” nucleares que hemos abordado en el subcapítulo 3.3.4.

Y es que, en nuestra opinión, la técnica utilizada por el Ejecutivo no ha sido la más adecuada, pese a su intención loable de proteger los derechos fundamentales de los trabajadores<sup>438</sup>. Con

---

<sup>436</sup> Como parte de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley 29245, el Colegio de Abogados del Callao denunció que el artículo 3 de la norma parecía permitir la tercerización de las labores principales, con el riesgo de vulneración del principio de igualdad y la dignidad de los trabajadores desplazados. Al respecto, el supremo intérprete de la Constitución desmintió cualquier afectación a los derechos de los trabajadores en base a la cláusula del artículo 2 de la Ley que refiere que la tercerización no restringe el ejercicio de los derechos humanos laborales. En el subcapítulo 3.2.3.2. ya hemos oportunidad de pronunciarnos sobre la ineficacia de esta disposición meramente declarativa.

<sup>437</sup> Incluso, una interpretación extensiva del término “ser experto o especializado en algo” puede llevar a su equiparación con el área abarcada por las tareas principales, actividad a la que el Decreto Supremo 001-2022-TR expresamente redirige el ámbito de aplicación de la Ley 29245.

<sup>438</sup> Así se establece expresamente en los considerandos del Decreto Supremo.

independencia de la controversia por la falta de publicación del proyecto del Decreto Supremo<sup>439</sup>, la norma utiliza un término no recogido en la Ley 29245 que, dada la cultura formalista nacional, hacía más que previsible su impugnación en sede administrativa o judicial. Adicionalmente, a pesar de que los considerandos de la norma hacen mención a la “utilización indiscriminada” de la descentralización productiva, en el texto mismo del decreto no se brinda mayor explicación al rol de sustento que ejerce sobre el concepto “núcleo del negocio”. Recordemos que la norma solo señala que, “por sus particulares características”, el *core business* no forma parte de las actividades que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento<sup>440</sup>.

Vistas así las cosas, el Poder Judicial concluye que la norma reglamentaria “no muestra un concepto claro” del significado o contenido de la actividad nuclear y los cinco criterios para su identificación generan “más y más interrogantes” (2023, pp. 57-58). Asimismo, ante la ausencia de una mención expresa a un procedimiento de fraude a la ley que denote un delicado ejercicio de ponderación en cada caso en particular -como proponemos en esta investigación-, la Sala concluye que el Decreto Supremo 001-2022-TR “denota un alto grado de incertidumbre” (2023, p. 59).

Lo mismo sucede con el procedimiento de determinación del núcleo del negocio. Dado que no existe una referencia reglamentaria al procedimiento de ponderación de valores constitucionales

---

<sup>439</sup> El artículo 4 del derogado Decreto Supremo 001-2009-JUS recogía la obligación de publicar los proyectos de normas de carácter general en un plazo no menor de treinta días antes de la fecha prevista para su entrada en vigor, salvo que la entidad exprese -en el proyecto de norma- las razones debidamente fundamentadas por las que considere a la prepublicación como “impracticable, innecesaria o contraria a la seguridad o al interés público”. Justamente, la Resolución del INDECOPI (2023, p. 25) declara al Decreto Supremo 001-2022-TR como barrera burocrática ilegal ante la falta de publicación de su proyecto normativo o de las razones para su excepción. La sentencia de acción popular (2023, p. 51) se abstiene de realizar ese control formal, habida cuenta que ese proceso constitucional solo ha sido diseñado para el contrates de normas reglamentarias con la ley y la constitución.

<sup>440</sup> A todo esto, la exposición de motivos del decreto sí recoge nuestra concepción del núcleo del negocio como “criterios” para la detección de “supuestos de fraude”. Sin embargo, en el mismo documento se deja constancia de que, para el MTPE, el *core business* continúa basándose en una concepción tradicional de la descentralización productiva -pues permite a la principal que “se dedique a atender los asuntos más neurálgicos de esta”- en lugar de un análisis de ponderación de principios constitucionales.

que debería desembocar en la determinación de las actividades del núcleo del negocio, la Tercera Sala Laboral deduce que “terceros u operadores del derecho” pueden determinar su contenido “bajo propio criterio o libre albedrío” (2023, pp. 63-64). De ahí que el Poder Judicial asuma la existencia de una vulneración a la libertad de empresa y a la libertad de contratación y, por ende, declare fundada la demanda de acción popular en primera instancia, salvo en el supuesto de la utilización fraudulenta de la externalización, para lo cual la prohibición de tercerizar actividades nucleares debe entenderse como constitucional<sup>441</sup>.

#### **3.4.2.4. *Hacia una propuesta de regulación (reglamentaria)***

La apuesta del Poder Ejecutivo para regular las consecuencias nocivas del uso indiscriminado de la tercerización, más allá del debate jurídico generado, no ha tenido ningún efecto trascendente sobre el sistema de relaciones laborales. La inaplicación con efectos generales ordenada por el INDECOPI hace más de dos años parece haber satisfecho los intereses de la parte empresarial, pues los proyectos de Ley presentados en el Congreso para su derogación han carecido de impulso y, a pesar de que el Decreto Supremo 059-2025-PCM ordena su expulsión del ordenamiento como barrera burocrática ilegal, no se han escuchado voces patronales para su efectivización. Por el lado de la Corte Suprema tampoco parece haber interés en un pronunciamiento célere y hacia ello apunta el transcurso de casi dos años y medio desde

---

<sup>441</sup> A todo esto, no parece claro que la Sala hubiese cambiado de criterio si el mismo texto del Decreto Supremo hubiera hecho mención expresa al uso indiscriminado de la tercerización. Efectivamente, con ocasión del análisis de la afectación al principio de proporcionalidad, el Poder Judicial aborda los casos en los que “se está frente a una tercerización fraudulenta”, esto es, la determinación “en el caso concreto” de que existe un móvil subalterno empresarial -paralelo a la generación de mayor competitividad- consistente en la disminución o anulación de los trabajadores externalizados (2023, p. 67). Empero, la Sala entiende que las garantías de la Ley 29245 son adecuadas para salvaguardar los derechos de la clase trabajadora y que, por ello, la prohibición de tercerizar el núcleo del negocio es irrazonable, a menos que se acredite la utilización abusiva e indiscriminada de la subcontratación. Curiosamente, si la Sala hubiese entendido al núcleo del negocio como el resultado de un ejercicio de fraude de ley y a las actividades listadas en el Decreto Supremo 001-2022-TR como criterios para su análisis, hubiese dotado de constitucionalidad a dicha norma.

el fallo de primera instancia de la acción popular<sup>442</sup>. Peor aún, si llegase a derogar el Decreto Supremo 001-2022-TR, es poco creíble que la actual administración emita una norma de ese rango con similar carga tuitiva.

Mientras todo ello ocurre, las limitaciones -irrazonables o no- sobre la eficacia de los derechos fundamentales de los trabajadores continúan manifestándose. Con el propósito de que lo descrito no se limite únicamente a engrosar las estadísticas sobre la materia, consideramos primordial que se comience la discusión de un nuevo texto reglamentario que utilice un lenguaje compatible con la Ley 29245 que minimice o elimine la posibilidad de impugnaciones, pero, principalmente, que no renuncie a proteger a la clase trabajadora frente a la utilización fraudulenta de la tercerización<sup>443</sup>.

En primer lugar, proponemos que el nuevo texto no haga mención al término “núcleo del negocio”. Si las actividades nucleares, como hemos expuesto en el subcapítulo 3.3.4.5., son el resultado de un examen de ponderación en el marco de un ejercicio de fraude de ley, entonces es posible arribar a un resultado similar en virtud de la disposición del artículo 2 de la Ley 29245, que prohíbe la restricción del ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores con la tercerización. La redacción que planteamos es la siguiente:

*Artículo 1.- Definiciones*

*Para los efectos de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:*

*[...]*

*Restricción del ejercicio de derechos.- Es la limitación irrazonable del ejercicio de los derechos de los trabajadores referida por el artículo 2 de la Ley y a la que se arriba tras*

---

<sup>442</sup> El cual fue emitido por la Tercera Sala Laboral a poco más de un año de la dación del Decreto Supremo 001-2022-TR.

<sup>443</sup> Por cierto, la propuesta de decreto supremo no va a revertir totalmente las graves deficiencias de la Ley 29245 en lo que respecta a sus ineficaces garantías de derechos laborales -véase el subcapítulo 3.2.3.2-, pero puede ofrecer ciertas mejoras sin que se viole el principio de jerarquía normativa o la actual redacción de la potestad reglamentaria del presidente en la Constitución de 1993.

*la aplicación de un examen de proporcionalidad en cada caso en específico por el operador jurídico, en el que se ponderan los primeros con el principio de eficiencia empresarial derivado de la libertad de empresa. De conformidad con el artículo 7, inciso 4 de la misma norma, aquellas actividades tercerizadas cuyas limitaciones a los derechos laborales no superen el mencionado test devienen en fraudulentas. En consecuencia, los trabajadores de dichas actividades pueden solicitar su reconocimiento como trabajadores de la empresa principal, sin perjuicio de los otros remedios establecidos por el ordenamiento.*

En segundo lugar, planteamos la inclusión de un nuevo artículo en el reglamento que aborde criterios para la detección de usos fraudulentos de la tercerización, en concordancia además con lo dispuesto por el artículo 7 de la ley, referido a las garantías de estos bienes jurídicos. Con esta nueva redacción, se planea dar visibilidad a principios tuitivos del derecho del trabajo cuya protección debe ampararse en función a la cláusula abierta del artículo 2 de la norma en mención.

*Artículo 9A.- Criterios para la garantía de la eficacia de los derechos laborales*

*Para efectos de garantizar la eficacia de los derechos laborales en las actividades tercerizadas, los operadores jurídicos toman en cuenta, entre otros, los siguientes criterios al momento de pronunciarse:*

- 1. Contratación sujeta a modalidad: los operadores jurídicos deben analizar la estructura organizacional de la empresa principal e identificar si los puestos de trabajo o actividades tercerizadas poseen naturaleza permanente para el negocio de la empresa principal, a fin de determinar la existencia de una restricción irrazonable al ejercicio del derecho al trabajo de los trabajadores tercerizados. Con ese propósito, priorizan el examen de ponderación en las actividades que identifican a la empresa principal frente a sus clientes finales o la que lo diferencia frente a sus competidores.*
- 2. Principio de no discriminación: los operadores jurídicos deben analizar la estructura remunerativa de la empresa principal e identificar si la tercerización de los puestos de trabajo o actividades tiene como intención o efecto que los trabajadores tercerizados perciban un menor salario frente a actividades con similar valor de la empresa principal o que implique trasladar irrazonablemente el riesgo del negocio a los trabajadores tercerizados. Con ese propósito, priorizan el examen de ponderación en las actividades que suele reportarle mayores ingresos a la empresa principal.*

3. *Libertad sindical: los operadores jurídicos deben analizar la estructura organizacional de la empresa principal e identificar si la tercerización de los puestos de trabajo o actividades tiene como intención o efecto que los trabajadores tercerizados vean perjudicados irrazonablemente el ejercicio de sus derechos colectivos a la sindicación, negociación colectiva o huelga.*

A modo de colofón, es importante recordar que, si bien el paradigma de descentralización productiva impulsado por la globalización busca dotar de eficiencia al empleador en un modelo de competencia mundial, es innegable que esa eficiencia muchas veces descansa en el traslado del riesgo a la clase trabajadora. Con las limitaciones que posee el derecho para la regulación de los fenómenos económicos, es imperativo que nuestra rama de estudio no renuncie al postulado tuitivo que le dio origen hace más de un siglo y que no es otro que dotar de legitimidad social al modelo de producción capitalista, bajo pena de dar origen a una nueva cuestión social.



## CONCLUSIONES

**Primera.** El derecho del trabajo como rama jurídica surge para canalizar el conflicto surgido entre capital y trabajo y hacerlo compatible con el modelo productivo burgués. Acorde con dicha función histórica, el ordenamiento laboral impone medidas compensatorias para equilibrar la desigualdad de poderes inmanente a la relación laboral y reconoce a la tutela colectiva como una herramienta no solo para la distribución de la riqueza, sino para lograr mayores dosis de democracia para la clase trabajadora. El objetivo es lograr una ciudadanía de corte social.

En las últimas décadas, el principio protector ha cedido terreno frente al principio de eficiencia empresarial. Ante ese panorama, se vuelve imperativo adecuar nuestra rama jurídica a los retos del proceso globalizador, pero sin perder de vista su función tuitiva. Por consiguiente, mientras más agudas sean las diferencias entre burguesía y proletariado, mayor intensidad deberá tener la funcionalidad compensadora del ordenamiento laboral, con cargo a evitar una segunda cuestión social. En otras palabras, a más capitalismo, más derecho del trabajo.

**Segunda.** La globalización ha trastocado los elementos constitutivos del Estado constitucional, modelo al cual se encuentra adscrito nuestro país. La competencia entre empresas promovida por el Estado ha dado paso a la competencia entre Estados impulsada por un capital móvil e inestable. Asimismo, la competitividad ha sido elevada a la categoría de bien supremo al que deben subordinarse los demás bienes jurídicos, incluso los derechos humanos laborales. Finalmente, el proceso globalizador ha contribuido a la fragmentación de la clase trabajadora y la deslegitimación del sujeto colectivo.

Frente a ello, urge la búsqueda de respuestas que reconduzcan al proceso globalizador hacia un mundo con justicia social, a través de medidas fundamentadas en la dignidad de la persona y con alcance internacional, habida cuenta de la naturaleza universal del fenómeno. Desde el fuero local, tiene que abandonarse el enfoque que plantea que la única vía para obtener competitividad es la reducción de costos laborales, incluso con la alta tasa de informalidad que poseemos, y debe plantearse la continuidad de la labor reconstructiva laboral de nuestro Tribunal Constitucional tras la reforma de los años noventa.

**Tercera.** El fenómeno de la descentralización productiva plantea el recurso a otras empresas para delegar fases concretas de la producción, en un abandono del modelo clásico taylorista. Por su parte, la subcontratación de mano de obra o intermediación y la subcontratación de bienes y servicios o tercerización son manifestaciones jurídicas de este fenómeno. Tradicionalmente basado en criterios de especialidad y coordinación por parte de la empresa principal, la externalización no ha sido ajena a la globalización, que la ha consagrado como el modelo por excelencia para responder a las demandas de un mercado cada vez más exigente.

De esta manera, la empresa principal deja la noción de hacienda y pasa a convertirse en actividad, en la medida que puede ser una entidad no necesariamente tangible y dedicada a la mera coordinación de actividades, para lo que se vale de las nuevas tecnologías. Por otro lado, las empresas contratistas van a competir entre ellas ya no por razones técnicas, sino por ofrecer un precio atractivo, muchas veces en detrimento de la clase trabajadora.

**Cuarta.** La interposición de la personalidad jurídica de la empresa contratista entre la empresa principal y los trabajadores desplazados es el vehículo para una política de diferenciación *in peius* en contra de los últimos, pero sin las consecuencias negativas que una nueva reforma liberal acarrearía. Esta diferenciación o dualización del mercado de trabajo tiene un impacto importante sobre el sistema de relaciones laborales, en especial sobre derechos como la estabilidad en el empleo, la libertad sindical y la prohibición de discriminación salarial, además de significar la ruptura de clásicos principios del derecho del trabajo como el de ajenidad, causalidad y bilateralidad.

En el sector minero, el centro de acumulación capitalista del país, los datos analizados demuestran que la tercerización provoca: i. diferenciación salarial basada en la ubicación del trabajador en el organigrama, ii. inestabilidad laboral para casi la totalidad de trabajadores mineros, iii. mayor grado de siniestralidad ya que los trabajadores tercerizados son los que asumen las labores de mayor riesgo y iv. dificultades para la sindicalización, la negociación colectiva y la huelga.

**Quinta.** La relación de trabajo es una relación de poder institucionalizado que sirve como medio para la realización de los derechos fundamentales de los sujetos participantes, bajo un axioma de habilitación-restricción distinto al correspondiente a las libertades como la de empresa.

Cuando la tercerización se sostiene únicamente en la afectación a los derechos fundamentales de los trabajadores, entonces se configura un fraude de ley. Y es que el fin legítimo de la tercerización no es otro que la búsqueda de eficiencia empresarial mediante el acceso a los recursos y especialización de la empresa tercerizadora, es decir, su valor agregado.

Al respecto, el legislador puede adoptar un enfoque fisiológico que tolere el fenómeno de la descentralización productiva, pero con una serie de garantías dirigidas a mitigar sus consecuencias negativas. Desde el lado opuesto, la perspectiva patológica plantea su prohibición por su necesaria asociación con una estrategia empresarial para la degradación de las condiciones de empleo de los trabajadores destacados. En el Perú, las medidas de corte garantista de la ley, con excepción de la responsabilidad solidaria, han demostrado su ineficiencia para atender desde los principios tradicionales del derecho a un modelo productivo eminentemente trilateral.

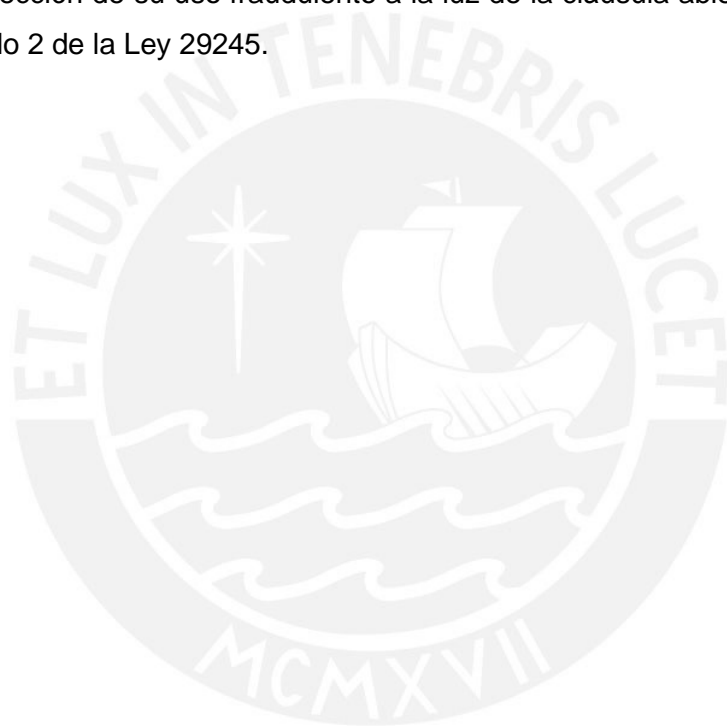
**Sexta.** La regulación de la subcontratación en el Perú ha sido desordenada. La Ley 27626, llamada a tratar la intermediación laboral, preceptuó supuestos identificados clásicamente con la tercerización de servicios complementarios y de alta especialización. Por consiguiente, el término “actividad especializada” -utilizado por la Ley 29245 para designar a las actividades objeto de tercerización-, siempre se intentó reconducir al ámbito de la actividad principal de la Ley 27626, a pesar de la transversalidad de la actividad especializada.

A pesar de que la noción de núcleo del negocio no puede justificarse plenamente desde una interpretación tradicional de la descentralización productiva, sí es posible hacerlo desde su consideración como el resultado de un ejercicio de fraude de ley. De esta manera, la protección de la autonomía empresarial de la principal llevaría a considerar a las labores de coordinación como un núcleo del negocio mínimo. De otro lado, la tutela a la estabilidad en el empleo permitiría concluir que la tercerización de actividades distintivas, si son permanentes, podrían ocultar un fraude de ley. Por último, la protección de la igualdad salarial nos llevaría a afirmar la intangibilidad de las actividades más lucrativas de la principal, de comprobarse el traslado del riesgo del negocio a los trabajadores.

A todo esto, conforme con la doctrina pospositivista, no se requiere acreditar la intención de vaciar de contenido a los principios del derecho del trabajo, dada la labor de coherencia del ordenamiento jurídico que debe ejercer el operador del derecho. Sin embargo, debido a la tardía

administración de nuestra justicia, podría considerarse un intercambio ponderado de puntos de vista entre el empleador y los trabajadores, como ya se realiza en la divergencia frente a la huelga de servicios indispensables.

**Séptima.** Proponemos dos acciones para la recomposición de los equilibrios constitucionales en la tercerización. La primera de ellas es el fortalecimiento del rol del juez activo en la detección de fraudes de ley, para lo cual se brindan pautas para la aplicación del examen de ponderación en la subcontratación. En segundo lugar, se propone un texto reglamentario que evite el uso del término “núcleo del negocio” -para fortalecer su compatibilidad con la norma legal- y que brinde criterios para la detección de su uso fraudulento a la luz de la cláusula abierta de protección de derechos del artículo 2 de la Ley 29245.



## REFERENCIAS

- Albuquerque, R. (2019). La descentralización de la empresa. En W. Sanguineti y C. Carballo (Coord.), *La tercerización empresarial en América Latina* (pp. 33-56). Palestra.
- Aguiló, J. (2001). Sobre la constitución del Estado constitucional. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (24), 429-457. <https://doi.org/10.14198/DOXA2001.24.16>.
- Aguiló, J. (2008). *Sobre derecho y argumentación*. Lleonard Muntaner.
- Aguiló, J. (2012). *Teoría general de las fuentes del derecho (y el orden jurídico)*. (2ª ed.). Ariel.
- Aguiló, J. (2021). *En defensa del Estado constitucional de derecho*. Palestra.
- Aguiló, J. (2024). Notas sobre inteligencia artificial y decisión judicial. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 24, 107-126. <https://doi.org/10.36151/RJIB.2024.26.04>.
- Aguinaga, E. (2024). ¿Tienen los empleadores el deber de seguir abonando salarios, a pesar de no recibir trabajo a cambio? Razones para su debida consideración. *Ius et Veritas*, (69), 103-124. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202402.007>.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de estudios políticas y constitucionales.
- Álvarez, M. (2020). *El valor de la igualdad y el derecho del trabajo*. Comares.
- Amnistía Internacional (13 de noviembre de 2024). *El Salvador. Crisis de derechos humanos podría profundizarse durante el segundo mandato de Bukele*. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/02/el-salvador-human-rights-crisis-bukeles-second-term/>
- Antola, M. y Houghton M. (2008). Zonas grises entre la intermediación laboral y la tercerización de servicios. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 65-73). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-34-38.pdf>.
- Arias, Á. (2019). El derecho del trabajo en la era del turbocapitalismo. *Themis. Revista de Derecho*, (75), 219-235. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.016>.
- Arce, E. (2004a). Informalidad y derecho. *Derecho PUCP*, (57), 139-159. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200401.008>.

- Arce, E. (2004b). Apuntes sobre la función social del derecho del trabajo contemporáneo. *Laborem*, (4), 33-78. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem4-31-76.pdf>.
- Arce, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra.
- Arce, E. (2008a). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Palestra.
- Arce, E. (2008b). Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿Persiguiendo un gigante o un molino de viento? *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 21-50). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-12-27.pdf>.
- Arce, E. (2011). Elementos para detectar la cesión lícita de mano de obra. A propósito de la sentencia de Acción Popular que resuelve la ilegalidad del Reglamento de Tercerización. *Diálogo con la jurisprudencia*, (150), 23-31.
- Arce, E. (2013). Derechos fundamentales en la relación de trabajo: metodología del juicio de ponderación en el derecho laboral. *Laborem*, (13), 85-102. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem13-85-102.pdf>.
- Arce, E. (2019). Tercerización de actividades principales. El caso peruano. En W. Sanguinetti y C. Carballo (Coord.), *La tercerización empresarial en América Latina* (pp. 189-207). Palestra.
- Arce, E. (25 de febrero de 2022). *La tercerización en actividades nucleares*. <https://lpderecho.pe/la-tercerizacion-en-actividades-nucleares/>.
- Arce, E. (2024). El derecho al trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema. *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos* (Vol. II, pp. 81-93). Palestra, Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Asensi, J. (2014). Origen e historia del Estado social. En A. Noguera y A. Guamán (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales* (pp. 25-39). Tirant lo Blanch.
- Atienza, M. (2012). *El sentido del derecho*. Ariel.
- Atienza, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Atienza, M. (2 de febrero de 2014). *Qué significa motivar*. <https://lamiradadepeitho.blogspot.com/2014/02/que-significa-motivar.html>.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta.
- Atienza, M. (2020). *Una apología del derecho y otros ensayos*. Trotta.

- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2004). *Las piezas del derecho* (2ª ed.). Ariel.
- Atienza, M. y Ruiz, J. (2006). *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (2ª ed.). Trotta.
- Ávalos, O. (2008). Incidencia en las acciones de subcontratación laboral: la responsabilidad solidaria derivada de la tercerización. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 75-91). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-39-47.pdf>.
- Balbín, E. (2006). La legislación laboral y la tercerización. *Foro jurídico*, (6), 15-22.
- Banco Mundial (s.f.). Comercio (% del PIB). <https://datos.bancomundial.org/indicador/NE.TRD.GNFS.ZS?end=2024&start=1960&view=chart>.
- Baylos, A. (2006). Mercado y sistema jurídico laboral en el nuevo siglo (Notas para debatir con Moisés Meik). En G. Gianibelli y Ó. Zas (Coord.), *Estudios de teoría crítica del derecho del trabajo: inspirados en Moisés Meik* (pp. 63-79). Bomarzo.
- Bernal, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador* (4ª ed.). Universidad Externado de Colombia.
- Blancas, C. (2011). *La cláusula de Estado social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas, C. (2012). Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral. *Derecho PUCP*, (68), 383-402. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.014>.
- Blancas, C. (2013). *Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo* (2ª ed.). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas, C. (2022a). *El despido en el derecho laboral peruano* (4ª ed.). Palestra.
- Blancas, C. (11 de octubre de 2022). *¿Es inconstitucional prohibir la tercerización del núcleo de la empresa? A propósito del D.S. 1-22-TR*. <https://www.blancasabogados.com/post/es-inconstitucional-prohibir-la-tercerizaci%C3%B3n-del-n%C3%BAcleo-de-la-empresa-a-prop%C3%B3sito-del-d-s-1-22-tr>.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.

- Boza, G. y Guzmán-Barrón, C. (1998). El pago a cuenta a los trabajadores de la participación en las utilidades de la empresa. *Ius et Veritas*, (16), 114-122. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15764>.
- Boza, G., Campana, D., Cortés, J., Toyama, J. y Villavicencio, A. (2004). La dimensión social del proceso de globalización. *Laborem*, (4), 151-214. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem4-151-214.pdf>.
- Bustamante, R. (2018). *Conceptos y funciones de los derechos humanos o fundamentales*. <https://reynaldobustamante.com/concepto-y-funciones-de-los-derechos-humanos-o-fundamentales/>.
- Carballo, C. (2019). Tercerización laboral. En W. Sanguinetti y C. Carballo (Coord.). *La tercerización empresarial en América Latina* (pp. 59-100). Palestra.
- Carballo, C. (2025). *Derecho del Trabajo. Trazos cardinales*. Palestra.
- Carbonell, M. (2010). *Para comprender los derechos. Breve historia de sus momentos clave*. Palestra.
- De Cabo, A. (2014). La crisis del Estado social. En: A. Noguera y A. Guamán (directores). *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales* (pp. 59-79). Tirant lo Blanch.
- Cadillo, C. (2008). Ámbito de aplicación de la nueva regulación sobre tercerización de servicios. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 93-104). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-48-54.pdf>.
- Canessa, M. (2009). Los derechos humanos laborales en el derecho internacional. *Derecho PUCP*, (63), 349-373. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200902.014>.
- Canessa, M. (s.f.). *Las singularidades de los derechos humanos laborales*. [https://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin\\_12/doc\\_boletin\\_12\\_01.pdf](https://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_12/doc_boletin_12_01.pdf).
- Castello, A. (2018). El empleador complejo. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Coord.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 77-92). Comares.
- Carhuatocto, H. (2013). La casación laboral n° 1399-2010-LIMA que atiza el debate sobre la tercerización de las actividades principales y el fraude a la ley laboral. *Diálogo con la jurisprudencia*, (176), 25-34.
- Carhuatocto, H. (2022). *El ejercicio abusivo de la tercerización en trabajos nucleares de las empresas*. Instituto de Defensa Legal del Ambiente y el Desarrollo Sostenible.

<https://idladsperu.org.pe/wp-content/uploads/2022/05/Digital-El-ejercicio-abusivo-de-la-tercerizacion-en-actividades-nucleares-Henry-Carhuatocto-25-03-2022.pdf>.

- Carrillo, M. (2001). La flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En V. Ferro (Coord.), *Balance de la reforma laboral peruana* (pp. 45-91). Sociedad peruana del Derecho del trabajo y de la seguridad social.
- Castillo, C. (2020). Aproximación crítica a la regulación de la subcontratación de las actividades complementarias vía intermediación laboral. *Revista de Derecho*, (21), 59-87. <https://revistas.udelpe.edu.pe/derecho/article/view/2905>.
- Cavero, O. (2023). Minería, tercerización laboral y poder en el Perú. Una aproximación contemporánea en diálogo con la obra de Denis Sulmont. En M. Canessa (Coord.), *Las personas y el mundo del trabajo peruano* (pp. 19-45). Palestra.
- Cevallos, D. (2025). *La institución del amparo en el Estado constitucional de Derecho*. Tirant Lo Blanch.
- Congreso de la República (2007). Dictamen recaído en el Proyecto de Ley No. 1696/2007-CR, que propone la “Ley que regula los servicios de tercerización”.
- Congreso de la República (2008a). Diario de los debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2007, correspondiente al miércoles 28 de mayo de 2008.
- Congreso de la República (2008b). Diario de los debates de la Segunda Legislatura Ordinaria de 2007, correspondiente al jueves 22 de mayo de 2008.
- Convoca (11 de mayo de 2024). *A un año de la tragedia: minera Yanaquihua no es incluida como investigada por la fiscalía mientras busca cerrar acuerdos con familiares de víctimas*. <https://convoca.pe/agenda-propia/un-ano-de-la-tragedia-minera-yanaquihua-no-es-incluida-como-investigada-por-la>.
- Cornejo, C. (2006). Del outsourcing a la descentralización productiva y a la tercerización de servicios: algunas consideraciones técnicas. *Advocatus*, (14), 209-227. <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/2857>.
- Cornejo, C. (2008). Tercerización de servicios: expresión legal de una manera eficiente de hacer empresa. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 105-117). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-54-60.pdf>.
- Cornejo, C. (2011). La tercerización en debate. En busca de la verdadera identidad. *Diálogo con la jurisprudencia*, (150), 43-52.

- Cuadros, F. (2020a). Nueva Ley MYPE: ¿es el remedio peor que la enfermedad? En C. Sánchez y F. Cuadros (Coord.), *Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década* (pp. 185-190). Ius et Veritas.
- Cuadros, F. (2020b). Situación del mercado de trabajo y costos laborales en el Perú. En C. Sánchez y F. Cuadros (Coord.), *Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década* (pp. 29-70). Ius et Veritas.
- Cuadros, F. (2020c). La informalidad laboral en el Perú y propuestas para su reducción. En C. Sánchez y F. Cuadros (Coord.), *Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década* (pp. 145-149). Ius et Veritas.
- Cuadros, F. (2025). *Aspectos conceptuales de la informalidad en el Perú*. <https://larepublica.pe/opinion/2025/08/10/aspectos-conceptuales-de-la-informalidad-en-el-peru-fernando-cuadros-lugue-hnews-625870>.
- Cuadros, F. y Sánchez, C. (2020a). Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora. En C. Sánchez y F. Cuadros (Coord.), *Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década* (pp. 115-132). Ius et Veritas.
- Cuadros, F. y Sánchez, C. (2020b). La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida. En C. Sánchez y F. Cuadros (Coord.), *Derecho y economía laboral: políticas y regulación de la última década* (pp. 89-105). Ius et Veritas.
- Cruz, J. (2009). *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Grijley.
- Cruz, J. (2018). El futuro del trabajo y su gobernanza. En R. Mantilla y otros (Coord.), *Trabajo y seguridad social desde el Estado social de derecho: temas actuales. Libro homenaje a Carlos Blancas Bustamante* (pp. 87-111). Palestra.
- Danós, J. (2008). El régimen de los reglamentos en el ordenamiento jurídico peruano. En E. Ferrer y A. Zaldívar (Coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho* (Tomo XII, pp. 169-230). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2564/15.pdf>.
- Deloitte (2021). *Deloitte global shared services and outsourcing services*. <https://www.deloitte.com/es/es/services/consulting/research/encuesta-servicios-compartidos-y-outsourcing.html>.
- Díaz, E. (1963). Teoría general del Estado de derecho. *Revista de estudios políticos* (131), 21-48. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048229>.

- Díaz, J. (2014). Reflexiones sobre la evolución del derecho del trabajo a la luz de las leyes económicas y civiles. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 343-366). Comares.
- Ermida, Ó. (1996). *Apuntes sobre la huelga* (2ª ed.). Fundación de Cultura Universitaria.
- Ermida, Ó. (2003). *Derechos laborales y comercio internacional*. <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/wp-content/uploads/2011/06/derechos-laborales-y-comercio-internaconal-oscar-ermida.pdf>.
- Ermida, Ó. (2009). Políticas laborales después del neoliberalismo. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (pp. 407-425). ARA.
- Ermida, Ó. (2011). *Meditación sobre el derecho del trabajo*. Cuadernillos de la Fundación Electra.
- Ermida, Ó. y Colotuzzo, N. (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Organización Internacional del Trabajo.
- Espinoza, F. (2008a). La tercerización de las actividades complementarias. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 135-145). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-69-74.pdf>.
- Espinoza, F. (2008b). ¿El fin de la intermediación laboral? *JuS. Doctrina & Práctica*, (5), 31-44.
- Espinoza, F. (2008c). *Tercerización: alcances conceptuales y régimen jurídico-laboral* [Tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Espinoza, F. (2011). La ilegalidad del reglamento de la ley de tercerización. A propósito de la sentencia que resuelve la Acción Popular en contra del Decreto Supremo 006-2008-TR. *Diálogo con la jurisprudencia*, (150), 53-61.
- Fernández, H. (2018). *El futuro del derecho del trabajo. El impacto tecnológico y la cultura jurídica*. [https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2018/10/brignoni\\_noticias\\_cielo\\_n9\\_2018.pdf](https://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2018/10/brignoni_noticias_cielo_n9_2018.pdf).
- Fernández, H. y Gauthier, G. (1997). La tercerización y el derecho del trabajo. *Derecho laboral*, (186), 379-411.
- Ferrajoli, L. (2012). Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (34), 15-53. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02>.

- Ferrajoli, L. (2019). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y proyecto político*. Trotta.
- Galicia, S. (2019). *Derecho e informalidad. Explicaciones alternativas a la relación entre el derecho laboral y la informalidad en el caso de Gamarra* [Tesis de licenciatura en Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Gamarra, L. (2024). El sindicalismo en los últimos treinta años en el Perú. *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos* (Vol. I, pp. 205-223). Palestra, Departamento Académico de Derecho PUCP.
- García, Á. (2013). El principio de primacía de la realidad en la intermediación laboral y en la tercerización de servicios. A propósito de las actividades materia de externalización. *Diálogo con la jurisprudencia*, (176), 35-40.
- García Moreno, J. (2002). Contratos entre empresas para la instrumentación de la externalización. En: A. Pedrajas (director), *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Lex Nova.
- Gianibelli, G. (2006). Algunos intentos explicativos sobre el derecho del trabajo: un diálogo con Moisés Meik. En: G. Gianibelli y Ó. Zas (Coord.), *Estudios de teoría crítica del derecho del trabajo: inspirados en Moisés Meik* (pp. 125-146). Bomarzo.
- Godoy, J. (9 de julio de 2024). *Democracia asaltada y copamiento parlamentario*. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/democracia-asaltada-y-copamiento-parlamentario/>.
- Goerlich, J. (2002). Actividades laborales externalizables: régimen jurídico. *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*. Lex Nova.
- Goldín, A. (2015). Conceptualización universal y construcciones locales sobre la idea de derecho del trabajo. *Laborem*, (14), 237-278.
- Goldín, A. (2018). La problemática laboral de la descentralización productiva y la transformación del derecho del trabajo. En: J. Monereo y S. Perán (directores), *La externalización productiva a través de la subcontratación temporal* (pp. 25-49). Comares.
- Gorelli, J. (2007). *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Grupo difusión.
- Gorelli, J. (2019). Plataformas digitales, prestación de servicios y teletrabajo. En S. Quiñones y A. Villavicencio (Coord.), *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y perspectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp.

- 83-108). Pontificia Universidad Católica del Perú.  
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/191598>.
- Guerra, L. (2013). *El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo y en los equilibrios constitucionales. Análisis y propuestas* [Tesis de licenciatura en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Guerra, L. (2024). El impacto de la tercerización en las relaciones colectivas de trabajo. *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos* (Vol. II, pp. 383-401). Palestra, Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Guibourg, R., Ghigliani, A. y Guaroni, R. (1985). *Introducción al conocimiento científico*. Editorial Universitaria.
- Hohfeld, W. (s.f.) *Conceptos jurídicos fundamentales*. Fontamara.
- Instituto nacional de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual (2017). *Manual sobre prevención y eliminación de barreras burocráticas*.
- Instituto nacional de defensa de la competencia y de la protección de la propiedad intelectual (2023). *Resolución 0270/2023/CEB-INDECOPI, recaída en el expediente 000362-2022/CEB*.
- Instituto peruano de economía (2022). *Boletín de discusión. La tercerización de servicios en el Perú*. [https://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-IPE\\_tercerizacion-laboral-en-el-Peru\\_nv.pdf](https://www.ipe.org.pe/portal/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-IPE_tercerizacion-laboral-en-el-Peru_nv.pdf)
- Kahale, D. (2011). *Descentralización productiva y ordenamiento laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Thomson Reuters-Arazandi.
- Kahn-Freund, O. (1987). *Trabajo y derecho*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Kresalja, B. y Ochoa, C. (2020). *Derecho constitucional económico*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>.
- Leguía, J. (1986). Reflexiones sobre el artículo 32 de la Ley 24514. *Themis*, (5), 25-30. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10652>.
- Lust, J. (2020). La continuidad del modelo extractivista de desarrollo en el Perú. *Pluriversidad*, (5), 61-78. <https://doi.org/10.31381/pluriversidad.v0i5.3207>.
- Marmanillo, L. (2021). Desafíos pendientes en torno al principio de igualdad salarial por trabajo de igual valor en el Perú: el trabajo reproductivo. *Enfoque Derecho*.
- Marmanillo, L. (2025). *La agonía del 001*. <https://arbizu-gamarra.pe/la-agonia-del-001/>.

- Marmanillo, L. y Sánchez, C. (2024). El debate sobre la tercerización laboral en el Perú: cuestiones prácticas". *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos* (Vol. II, pp. 433-451). Palestra, Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Martínez, C. (2018). Externalización productiva, creación de empleo y trabajo decente desde la perspectiva de la OIT. En J. Monereo y S. Perán (directores). *La externalización productiva a través de la subcontratación temporal* (pp. 51-71). Comares.
- Meguira, H. (2006). La nueva dimensión global de la empresa. Sus efectos en el derecho del trabajo. En: G. Gianibelli y Ó. Zas (Coord.), *Estudios de teoría crítica del derecho del trabajo: inspirados en Moisés Meik* (pp. 147-163). Bomarzo.
- Mejía, R. (2009). La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor. *Ius et veritas*, (37), 124-131. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12220>.
- Mejía, R. (2014). El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva. *Themis*, (65), 97-106. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10852>.
- Meléndez, W. (2024). Un repaso a la figura de la subcontratación productiva de bienes y servicios, con ocasión de la determinación de las actividades nucleares pasivas de externalizarse. *Derecho del trabajo. Desafíos contemporáneos de la tutela colectiva e individual. Homenaje al profesor Alfredo Villavicencio Ríos* (Vol. II, pp. 423-431). Palestra, Departamento Académico de Derecho PUCP.
- Mendoza, L. (2023). El diálogo social: de instrumento metodológico a derecho habilitante en las relaciones de trabajo en las dimensiones nacional o regional. En: *Derecho del trabajo. Actualidad y proyección. Ensayos desde la pospandemia* (pp. 113-142). Derecho & Sociedad.
- Mendoza, W., Leiva, J. y Flor, J. (2011). La distribución del ingreso en el Perú. 1980-2010. *Revista CIS*, 9(15), 27-50.
- Merino, A. (2006). Soft law y globalización. En: G. Gianibelli y Ó. Zas (Coord.), *Estudios de teoría crítica del derecho del trabajo: inspirados en Moisés Meik* (pp. 165-175). Bomarzo.
- Ministerio de Energía y Minas (2019). *Informe de empleo minero 2019. Panorama y tendencias en el Perú*.
- Ministerio de Energía y Minas (2024). *Boletín estadístico minero. Edición n° 06-2024*.
- Ministerio de Energía y Minas (2025a). *2024. Anuario minero*
- Ministerio de Energía y Minas (2025b). *Boletín estadístico minero. Edición n° 06-2025*.
- Ministerio de la Producción (2024). *Las mipyme en cifras. 2023*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2007). *Informe 137-2007-MTPE/5*.

- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2009). *Informe 49-2008-MTPE/9.110 (115/1846)*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2012). *Informe 067-2012-MTPE/2/14*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022a). *Exposición de motivos. Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo 006-2008-TR, que aprueba el reglamento de la Ley 29245 y el reglamento del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2022b). *Informe 105-2022-MTPE/2/14.1*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2023). *La sindicalización en el sector privado formal en Perú, 2015-2022. Boletín de economía laboral 55*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2024a). *Anuario estadístico sectorial. 2023*.
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2024b). *Boletín estadístico sectorial. Semestre 2024*.
- Miranda, G. (2023). La relación laboral como una relación de sujeción. Un ajuste de tuerca pragmático a partir de las categorías de W.N. Hohfeld. En L. Mendoza (Coord.), *Derecho del trabajo. Actualidad y proyección. Ensayos desde la pospandemia* (pp. 22-54). Asociación Civil Derecho y Sociedad.
- Miranda, G. (2024). El contexto institucional de la organización empresarial para la imputación de la relación laboral desde una mirada pospositivista. *Soluciones Laborales*, (194), 135-163.
- Monereo, J. (2014). Teoría jurídico-política de la democracia y crisis de la constitución social. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 117-148). Comares.
- Monereo, J. y Perán, S. (2018). Delimitación conceptual de la subcontratación empresarial como forma privilegiada de la descentralización productiva. En J. Monereo y S. Perán (directores). *La externalización productiva a través de la subcontratación temporal* (pp. 1-22). Comares.
- Montoya, A. y Loayza, F. (2015). La determinación obligatoria del objeto social: una regla anacrónica. *Ius et veritas*, (51), 156-172.  
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15658>.
- Najar, C. (2025). Los nuevos principios del derecho del trabajo frente a la gestión laboral algorítmica en la era digital. *Laborem*, (31), 163-185.  
<https://doi.org/10.56932/laborem.24.31.7>.

- Navarrete, A. (2018). *Tercerización e intermediación laboral. Problemática actual*. Gaceta Jurídica.
- Neves, J. (2009). *Introducción al derecho del trabajo*. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neves, J. (2010). La determinación del nivel negocial en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre los estibadores portuarios. *Ius et veritas*, (40), 128-139. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12145>.
- Nino, C. (1983). *Introducción al análisis del derecho*. Ariel.
- Ochoa, C. (2020). *El Estado social en la Constitución de 1993. Evolución, interpretación y proyección garantista en el Perú*. Palestra.
- Ojeda, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Derecho PUCP*, (60), 375-402. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200701.013>.
- Ojeda, A. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley.
- Organización Internacional del Trabajo (2005). *V Informe (1). Relación de trabajo* (1ª ed.).
- Organización Internacional del Trabajo (2018). *La libertad sindical. Recopilación de decisión del Comité de Libertad Sindical* (6ª ed.).
- Palomeque, C. (2011). *Derecho del trabajo e ideología*. Tecnos.
- Palomeque, C. (2016). La adaptación del ordenamiento laboral a la realidad económica cambiante a través de treinta y una proposiciones. *Laborem*, (17), 17-27. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/09/Laborem17-17-27.pdf>.
- Palomeque, C. (2018). El derecho del trabajo frente a las transformaciones de la empresa. En W. Sanguineti y J. Vivero (Coord.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 3-11). Comares.
- Pasco Cosmópolis, M. (2009). Crisis económica mundial y derecho del trabajo. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (pp. 407-425). ARA.
- Pasco Lizárraga, Mario (2008). Sugerente sociedad. Algunos aspectos del contrato de gerencia frente a la legislación laboral. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pp. 147-159.
- El Peruano (16 de agosto de 2023). *Sunafil reforzará labor con 200 nuevos agentes*. <https://www.elperuano.pe/noticia/220762-sunafil-reforzara-labor-con-200-nuevos-agentes>.

- Pino, G. (2023). ¿Por qué ser positivistas? En Á. Ródenas y V. García (Coord.), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero* (pp. 375-393). Palestra.
- Plá, A. (2000). La descentralización empresarial y el derecho del trabajo. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo* (pp. 11-21). Fondo de Cultura Universitaria.
- Pérez, F. (2005). Retos del derecho del trabajo del futuro. *Revista de derecho social*, (32). 45-78.
- Poder Judicial (14 de diciembre de 2020). *Poder judicial convoca a comunidad jurídica para que participe en pleno jurisdiccional nacional laboral*. [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s\\_cortes\\_suprema\\_home/as\\_inicio/as\\_enlaces\\_destacados/as\\_imagen\\_prensa/as\\_notas\\_noticias/2020/cs\\_n-pj-convoca-comunidad-juridica-pleno-jurisdiccional-14122020](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cortesuprema/s_cortes_suprema_home/as_inicio/as_enlaces_destacados/as_imagen_prensa/as_notas_noticias/2020/cs_n-pj-convoca-comunidad-juridica-pleno-jurisdiccional-14122020).
- Poder Judicial (2022). Expediente 00756-2022-0-1801-SP-DC-03. Sentencia: 8 de marzo de 2023.
- Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo (2004). *La democracia en América Latina. Hacia una democracia de ciudadanos y ciudadanas*. <https://www.undp.org/es/latin-america/publicaciones/la-democracia-en-america-latina-hacia-una-democracia-de-ciudadanas-y-ciudadanos>.
- Puntriano, C. (2008). Apuntes sobre la tercerización de servicios. Ventajas y comentarios a su regulación. *Jus. Doctrina & práctica*, (5), 17-30.
- Puntriano, C. (2013). *Incidencia de la subcontratación en la estabilidad laboral de los trabajadores de la subcontratista y de la empresa principal* [Tesis para obtener el grado de magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú].
- Puntriano, C. (2014). Subcontratación y contratos temporales. El estado de la cuestión. *VI Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Estabilidad en el empleo, fiscalización laboral, jubilación de trabajadores independientes y el arbitraje en la negociación colectiva* (pp. 191-207). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
- Puntriano, C. (2017). *Tercerización laboral versus estabilidad laboral*. Gaceta Jurídica.
- Puntriano, C. (2022). Actividades que pueden ser objeto de subcontratación: la frontera entre el *core business* y las denominadas actividades principales. En E. Aguinaga y M. Molero (Coord.), *Siete estudios sobre derecho del trabajo peruano: el derecho del trabajo peruano en la actualidad* (pp. 163-186). Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Quiñones, S. (2012). La flexibilidad laboral en España y Perú: análisis de ciertos aspectos diferenciadores. *Derecho PUCP*, (68), 309-334. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.011>.
- Quiñones, S. (2016). Breve repaso a la evolución histórica del derecho del trabajo. *Ius et Veritas*, (52), 258-268. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16384>.
- Quiñones, S. y Hernández, J. (2024). ¿El sistema de eliminación de barreras burocráticas es constitucional? Un debate a partir del caso de la tercerización laboral. *Ius et Veritas*, (69), 210-232. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202402.012>.
- Raso, J. (2000). Outsourcing. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo* (pp. 37-45). Fondo de Cultura Universitaria.
- Real Academia Española (s.f.). *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/criterio>.
- Rodríguez, M. (2011). Efectos de la flexibilización laboral a 20 años de vigencia: la casi eliminación del mejor instrumento de inclusión social que ha inventado el capitalismo. Entrevista al Dr. Alfredo Villavicencio Ríos. *Derecho & Sociedad* (37), 95-100. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13162>.
- Rojas, G. (2014). Reformas estructurales del mercado de trabajo y desequilibrio institucional. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 237-270). Comares.
- Romero, J. (2024). *El sistema de los límites a los derechos fundamentales*. Zela.
- Rosenbaum, J. (2022). La redefinición del ámbito de aplicación del derecho del trabajo. *El derecho del trabajo y la seguridad social en época de cambios* (pp. 17-43). Gaceta Jurídica.
- Ruiz, J. (2018). Las redes empresariales como fenómeno económico y realidad jurídica. En W. Sanguinetti y J. Vivero. *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 13-26). Comares.
- Saco, R. (2008). Algunas consideraciones sobre la crisis del sindicalismo en el Perú. *Trabajo y seguridad social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 361-393). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Luis-Aparicio-Homenaje-full-001-424-391-423.pdf>.
- Sánchez, F. (2014). El Estado de bienestar y sus clasificaciones. En A. Noguera y A. Guamán (directores), *Lecciones sobre Estado social y derecho sociales* (pp. 41-58). Valencia.
- Sanguinetti, W. (2002). Las respuestas del derecho del trabajo al desafío de la flexibilidad: un balance a la luz de experiencia española. En M. Pasco y L. Pastor (Coord.), *La reforma*

- laboral en el Perú. El derecho del trabajo y la política laboral del Estado* (pp. 112-148). Gráfica horizonte.
- Sanguinetti, W. (2008a). *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Gaceta jurídica.
- Sanguinetti, W. (2008b). La reconstrucción jurisprudencial del derecho del trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional peruano. *Derecho y sociedad*, (30), 75-83. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17330>.
- Sanguinetti, W. (4 de diciembre de 2010). *La (difícil) tutela del derecho de huelga en los procesos de subcontratación*. <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2010/12/04/la-dificil-tutela-del-derecho-de-huelga-en-los-procesos-de-subcontratacion/>.
- Sanguinetti, W. (2013). *Derecho del trabajo. Tendencias contemporáneas (diecisiete estudios)*. Grijley.
- Sanguinetti, W. (2014). Ciudadanía de empresa y poderes empresariales: el difícil equilibrio. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 271-289). Comares.
- Sanguinetti, W. (2016). *Redes empresariales y derecho del trabajo*. Comares.
- Sanguinetti, W. (2018). El empleador plural, el empleador complejo y el empleador instrumental en las redes empresariales. En W. Sanguinetti y J. Vivero (Coord.), *Impacto laboral de las redes empresariales* (pp. 115-149). Comares.
- Sanguinetti, W. (2019). La nueva regulación de la subcontratación o tercerización de actividades productivas en América del Sur. En W. Sanguinetti y C. Carballo (Coord.), *La tercerización empresarial en América Latina* (pp. 103-131). Palestra.
- Sanguinetti, W. (16 de diciembre de 2024). *El Tribunal Supremo cierra el 'anillo exterior' de protección del derecho de huelga*. <https://www.aedtss.com/el-tribunal-supremo-cierra-el-anillo-exterior-de-proteccion-del-derecho-de-huelga/>.
- Schneider, B. (2004). *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Norma.
- Sinzheimer, H. (1984). *Crisis económica y derecho del trabajo. Cinco estudios de Sinzheimer sobre la problemática humana y conceptual del derecho del trabajo*. Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2022). *Informe 410-2022-SUNAFIL-DINI*.
- Supiot, A. (1996). *Crítica del derecho del trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

- Telesur Noticias (2007). *García niega haber ofrecido eliminar las “services”* [videograbación]. [https://www.youtube.com/watch?si=5Sbr3P42VaVC9yby&v=xETfpFEe\\_ss&feature=youtu.be](https://www.youtube.com/watch?si=5Sbr3P42VaVC9yby&v=xETfpFEe_ss&feature=youtu.be).
- Tostes, M. y Villavicencio, A. (2012). Flexibilización del derecho del trabajo y sus implicancias sobre las relaciones del trabajo en el Perú. *Derecho PUCP*, (68), 355-382. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.013>.
- Toyama, J. (2020). *El derecho individual del trabajo en el Perú*. Gaceta jurídica.
- Ubaldo, J. (2000). Ventajas e inconvenientes de la descentralización empresarial. *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo* (pp. 47-57). Fondo de Cultura Universitaria.
- Ugaz, M. (2008). La subcontratación y su repercusión en el ejercicio de la libertad de sindicación. *Ius et Veritas*, (37), 112-123. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12219>.
- Ugaz, M. (2009). El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú. *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (pp. 177-201). ARA.
- Valdés, F. (1989). La potestad reglamentaria en el ordenamiento laboral. *Revista española de derecho constitucional*, (26), 41-88. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-26-mayoagosto-1989/la-potestad-reglamentaria-en-el-ordenamiento-laboral-2>.
- Valdés, F. (2002). La externalización de actividades laborales: un fenómeno complejo. En A. Pedrajas (director). *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar* (pp. 23-45). Lex Nova.
- Viciano, R. y González, D. (2014). Estado social y derechos sociales en América Latina. En A. Noguera y A. Guamán (directores), *Lecciones sobre Estado social y derechos sociales* (pp. 97-119). Tirant lo Blanch.
- De la Villa, L. (2014). La efectividad de los límites de la cláusula de Estado social en la doctrina del Tribunal Constitucional. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 25-39). Comares.
- Villasmil, H. (2019). La reordenación del trabajo en la postmodernidad: riesgos y desafíos para el derecho del trabajo. En: W. Sanguineti y C. Carballo (Coord.), *La tercerización empresarial en América Latina* (pp. 15-33). Palestra.

- Villanueva, R. (2018). Activismo judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, (41), 151-169. <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.08>.
- Villanueva, R. (2022). *Aspectos básicos para entender el derecho del Estado constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villavicencio, A. (2000). La flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: el caso de la intermediación. *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú. Documento de trabajo 124* (pp. 80-100). Organización Internacional del Trabajo.
- Villavicencio, A. (2004). La regulación del derecho del trabajo en la globalización, la integración regional y en los tratados de libre comercio. *I Congreso Nacional. Desafíos y perspectivas del derecho del trabajo y de los regímenes de pensiones en el Perú* (pp. 181-221). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/10/Congreso-Nacional-I-176-216.pdf>.
- Villavicencio, A. (2008) Los grandes desafíos de los derechos colectivos del trabajo en un (hasta ahora) adverso siglo XXI. *III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos laborales* (pp. 549-566). Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. <https://www.spdtss.org.pe/wp-content/uploads/2021/11/Congreso-III-Nacional-Full-186-201.pdf>.
- Villavicencio, A. (2010). *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcance y regulación*. PLADES.
- Villavicencio, A. (2011a). Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como normas de rango constitucional. En: F. Parra y C. Carballo (editores). *Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social. Estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera* (pp. 611-635). Universidad Católica Andrés Bello.
- Villavicencio, A. (2011b). Atomización y disfuncionalidad de la tutela colectiva en el Perú. *Ius et Veritas*, (42), 218-230. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12089>.
- Villavicencio, A. (2012). El derecho del trabajo en la encrucijada posmoderna. Entrevista al doctor José Luis Monereo. *Derecho PUCP*, (68), 18-32. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2824>.

- Villavicencio, A. (2013). El derecho al trabajo: en tránsito del despido libre indemnizado al derecho constitucional garantizado. *Derecho PUCP*, (71), 309-339. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.012>.
- Villavicencio, A. (2015). La negociación colectiva en el Perú: la hiperdescentralización y sus múltiples inconvenientes. *Derecho PUCP*, (75), 333-353. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201502.015>.
- Villavicencio, A. (2018). La “desvinculación asistida” y el derecho al trabajo. El choque entre la lex mercatoria y el Estado constitucional de derecho. En: R. Mantilla y otros (Coord.), *Trabajo y seguridad social desde el estado social de derecho: temas actuales. Libro homenaje a Carlos Blancas Bustamante* (pp. 379-406). Palestra.
- Villavicencio, A. (2019). El cuerpo y alma del derecho del trabajo en un contexto donde la ética y la política reclaman su lugar. En S. Quiñones y A. Villavicencio (Coord.), *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y perspectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 39-61). Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Villavicencio, A. (2022). La flexibilidad interna: la singularidad del caso peruano. En J. Monereo y otros (directores) y P. Ortega e I. Marín (Coord.), *Medidas de flexibilidad interna como alternativa y solución en un nuevo derecho del trabajo garantista* (pp. 893-914). Comares.
- Villavicencio, A. y Balbín, E. (2007). Intermediación y tercerización, labores principales y complementarias: precisiones conceptuales, de naturaleza y alcances. *Revista de Trabajo*, (15), 12-19.
- Villavicencio, A., Mendoza, L. y Guerra, L. (2010). Reforma laboral en el Perú: gran intensidad y ausencia de resultados. Entrevista al doctor Javier Neves. *Derecho PUCP* (68), 301-307. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2835>.
- Vinatea y Toyama (s.f.). *Las claves de las relaciones laborales en el sector minero*. <https://vinateatoyama.com/las-claves-de-las-relaciones-laborales-en-el-sector-minero/>.
- Vivero, J. (2014). Defensa del modelo clásico de derecho del trabajo como pieza fundamental del estado social”. En M. Ramos y G. Rojas (Coord.), *Transformaciones del Estado social y el derecho del trabajo. Libro homenaje al profesor Manuel Álvarez de la Rosa, catedrático de derecho del trabajo y de la seguridad social, con motivo de su jubilación* (pp. 291-305). Comares.