



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0013-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 10 de setiembre de 2019

Caso "Ley de servicio de tercerización"

COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLO C. CONGRESO DE
LA REPÚBLICA Y PODER EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 29245 y el Decreto Legislativo
1038

Magistrados firmantes:

SS.

BLUME FORTINI
MIRANDA CANALES
SARDÓN DE TABOADA
FERRERO COSTA



TABLA DE CONTENIDOS

DISPOSICIONES IMPUGNADAS	PARÁMETRO CONSTITUCIONAL
Artículo 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245. Artículo 1 del Decreto Legislativo 1038.	Alegatos de inconstitucionalidad: 23, 26, 27 y 28.

I. ANTECEDENTES

- A. Petitorio
- B. Debate Constitucional
 - B-1. Demanda
 - B-2. Contestación de la demanda
- C. Intervención

II. FUNDAMENTOS

§1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

- 1.1. Subcontratación laboral
 - 1.1.1. Intermediación laboral
 - 1.1.2. Servicio de tercerización
 - 1.1.3. Comparación de la intermediación laboral con el servicio de tercerización
- 1.2. Desnaturalización de cada una de las formas de contratación bajo análisis

§2. SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

- 2.1. Análisis de constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 29245
- 2.2. Análisis de constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 29245
- 2.3. Análisis de constitucionalidad del artículo 9 de La Ley 29245
- 2.4. Análisis de constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245
- 2.5. Análisis de constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038

§3. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

§4. SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA DEBIDA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

§5. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO NO REGRESIVIDAD

§6. SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

III. FALLO





SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 10 días del mes de setiembre de 2019, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Blume Fortini (presidente), Miranda Canales (vicepresidente), Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez, Espinosa-Saldaña Barrera y Ferrero Costa, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Sardón de Taboada y Ferrero Costa, y los votos singulares de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez y Espinosa-Saldaña Barrera, que se agregan.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

Con fecha 23 de junio de 2014, el Colegio de Abogados del Callao interpuso demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245; y contra el artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, alegando la vulneración de los artículos 23, 26, 27 y 28 de la Constitución, así como diversos tratados internacionales.

Con fecha 17 de junio de 2015, el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo a través de sus apoderados, contestan la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

B. DEBATE CONSTITUCIONAL

Las partes postulan una serie de argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la disposición objetada que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- El Colegio de Abogados del Callao sostiene que el artículo 3 de la Ley 29245 vulnera los artículos 23, 26 y 27 de la Constitución así como los convenios internacionales suscritos por el Estado peruano en materia laboral, al permitir, tras esta disposición, que se utilice contratistas para desarrollar la misma labor que realiza la empresa principal, pero con otras condiciones laborales menos garantistas a fin de rebajar los costos laborales.
- Asimismo, añaden que al permitir la tercerización de toda una etapa productiva de la empresa principal, se estaría desnaturalizando esta figura, dado que esta sólo debe recaer en labores complementarias.
- Por otro lado, alega que el artículo 7 de la Ley 29245 viola la dignidad del trabajador y el principio de igualdad, toda vez que existe un trato diferenciado entre los trabajadores



de la empresa usuaria y los trabajadores de empresa principal, pese a que realizan las mismas labores.

- En relación con el penúltimo párrafo del artículo 9 del mismo cuerpo normativo, la parte demandante sostiene que se estaría vulnerando el principio de igualdad y la dignidad del trabajador contemplado en el artículo 23 de la Constitución, al reducir el plazo de prescripción para hacer efectiva la responsabilidad, ya sea patrimonial o extrapatrimonial, de la empresa principal.
- Por otro lado, añade que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 vulnera el artículo 23 de la Constitución, dado que permitir la subcontratación en la tercerización genera precarización laboral, al establecer peores condiciones laborales.
- El Colegio de Abogados del Callao, también alega que el último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038 vulnera el artículo 23 de la Constitución, toda vez que introduce supuestos de excepción a la pluralidad de clientes en el ámbito de las empresas tercerizadoras y esto favorece la posibilidad de que se presenten supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores.
- Finalmente, se menciona que la norma impugnada incurre en una inconstitucionalidad por omisión en tanto que no se establece la igualdad entre los trabajadores desplazados y el resto de los trabajadores y por cuanto no se fija un porcentaje máximo de tercerización de los procesos productivos de la empresa principal abriendo la posibilidad de que toda actividad de la empresa principal sea tercerizada.

B-2. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Los demandados presentaron los siguientes argumentos:

B-2.1. CONTESTACIÓN DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

- En relación a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 29245, la parte demandada alega que tanto la doctrina, como la legislación comparada admiten la posibilidad de que una empresa pueda descentralizar una parte de la operación principal. Asimismo, sostiene que en el Decreto Supremo 003-2002-TR se contemplaba lo dispuesto en el extremo impugnado.
- En base a ello, el Congreso de la República establece que la posibilidad de elección entre contratar directamente trabajadores bajo el régimen laboral común o un sistema de tercerización, para que se hagan cargo de una parte integral del proceso productivo de la empresa, se encuentra sustentada en la libertad de empresa, y no existe prohibición alguna al respecto.



- Añade, además, que no debe confundirse la intermediación laboral con la tercerización. En cuanto a esta última, señala que se funda en la necesidad de brindar una mayor competitividad en el mercado y que dicha disposición debe entenderse a la par con el artículo 2 del mismo cuerpo normativo, el cual establece que la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.
- En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 7.1 de la Ley 29245, la parte demandada señala que no vulnera el principio de igualdad en la medida que no existe identidad esencial entra la situación jurídica en la que se encuentran los trabajadores de la empresa tercerizadora, con la situación en la que se encuentran los trabajadores de la empresa principal.
- Por otro lado, en relación con el penúltimo párrafo del artículo 9 de la Ley 29245 se aduce que la subcontratación por las empresas tercerizadoras resulta congruente con el respeto a los derechos de los trabajadores, y que el mal uso que se pudiera dar no sería motivo para que se considere inconstitucional, tal como lo señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- Asimismo, se añade que en el numeral 4.2 del artículo 4 del Reglamento de la Ley 29245, aprobado por el Decreto Supremo 006-2008-TR, desarrolla lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, es decir, los casos en los que la pluralidad de clientes no resulta ser un elemento característico de la empresa tercerizadora, el cual fue sometido a un proceso de acción popular en la que la Corte Suprema determinó que la pluralidad de clientes no es un indicio a valorar para que una empresa califique como tercerizadora; por lo que no corresponde declarar al Decreto Legislativo 1038 como inconstitucional.
- En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, el Congreso de la República alega que la parte demandante confunde dos planos diferentes; es decir, los trabajadores de la empresa tercerizadora y los trabajadores que se encuentran subordinados a la empresa principal.
- Finalmente, en relación a la supuesta omisión de la indicación del porcentaje máximo de tercerización de los procesos productivos de la empresa principal, el demandando alega que la distinción para suscribir un contrato de tercerización se produce en función de las actividades que se quieren tercerizar y no en función del número de trabajadores.

B-2.2. CONTESTACIÓN DEL PODER EJECUTIVO

- En consideración a la supuesta inconstitucionalidad del último párrafo del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, el Poder Ejecutivo aduce que la pretensión de la parte



demandante está condicionada a la existencia de situaciones de fraude o simulación que puedan cometer las empresas, pero esta no se sustenta en una vulneración directa a la Constitución, por lo que debe ser declarado improcedente este extremo de la demanda.

- Asimismo, señala que la no exigencia de la pluralidad de clientes no necesariamente supone que la prestación del servicio de una parte del proceso productivo no se haya realizado de manera autónoma.
- También se añade que dicha disposición no desconoce ningún derecho laboral, y que de una lectura integral de las normas sobre la materia se concluye que se han asegurado tales derechos.
- En cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, el Poder Ejecutivo manifiesta que la parte demandante no hace mención alguna respecto de algún mandato constitucional que, el Decreto Legislativo 1038, que precisa los alcances de la Ley 29245, o sus reglamentos, hayan omitido regular.

C. INTERVENCIÓN DE LA FEDERACIÓN NACIONAL DE TRABAJADORES MINEROS METALÚRGICOS Y SIDERÚRGICOS DEL PERÚ (FNTMNSP)

A través del auto de fecha 22 de marzo de 2016, el Tribunal Constitucional admitió la solicitud de intervención de la Federación Nacional de Trabajadores Mineros Metalúrgicos y Siderúrgicos del Perú incorporándola al presente proceso de inconstitucionalidad en calidad de tercero. De modo que, a continuación, se resumen los argumentos que éste presentara:

- El tercero alega que el artículo 3 de la Ley 29245 vulnera los artículos 22, 23 y 24 de la Constitución al precarizar las relaciones típicas laborales, estableciendo una política regresiva de los derechos de los trabajadores, lo cual va en contra de diversas normas internacionales.
- Se alega además que el inciso 1 del artículo 7 de la Ley 29245, vulnera los artículos 23, 24 y 26 de la Constitución, debido a que no se garantizan los derechos laborales de los trabajadores tercerizados en caso de que ocurra alguna contingencia. Asimismo, menciona que dicha disposición contraviene lo dispuesto en el Convenio 100 de la OIT, el cual establece que debe existir igualdad de remuneraciones.
- En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del penúltimo párrafo del artículo 9, se aduce que si bien la empresa tercerizadora es solidariamente responsable con la empresa principal, esta se encuentra circunscrita al plazo de un año contado desde la culminación de sus desplazamiento, lo cual genera desigualdad de oportunidades, vulnerando el artículo 26.1 de la Constitución y el Convenio 100 de la OIT.



- Por otro lado, se señala que la Primera Disposición Complementaria Final de dicho cuerpo normativo avala la precarización laboral al permitir la subcontratación, lo cual colisiona con lo dispuesto en los artículos 22 y 23 de la Constitución.
- En relación al Decreto Legislativo 1038, se menciona que el último párrafo del artículo 1 vulnera el artículo 23 de la Constitución, en la medida que el establecimiento de excepciones a la pluralidad de clientes de las empresas tercerizadoras desnaturaliza el objeto de la norma y la protección de los derechos laborales.
- Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad por omisión, la FNTMNSP señala que el legislador al emitir la Ley 29245 ha omitido manifestarse respecto de la situación de los derechos de los trabajadores de la empresa tercerizadora con relación a la empresa principal.
- Finalmente señalan que el 8 de mayo de 2015 la federación admitida como tercero llevó a cabo una huelga general indefinida, teniendo como principal finalidad derogar la Ley 29245, dado que en el sector minero se han tercerizado el 70% de las actividades principales; por lo que el análisis de constitucionalidad de esta materia resulta de gran importancia.

I. FUNDAMENTOS

§1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. Subcontratación laboral

El modo en el que se articulan las relaciones laborales ha sufrido múltiples transformaciones a lo largo del tiempo. La concepción tradicional de la empresa como una unidad productiva que ejecuta la totalidad de los procesos se ha visto desbordada. Actualmente existen diversas modalidades de organización empresarial, entre las que cobra importancia la subcontratación.

2. Esta constituye un mecanismo mediante la cual se descentraliza el proceso de elaboración de bienes o la prestación de servicios, en dicho contexto cobran importancia figuras como las de la intermediación laboral y la tercerización.

1.1.1. Intermediación laboral

3. La intermediación laboral es una figura en la que una empresa llamada *usuaria* contrata a otra empresa (la intermediadora) para que destaque a un trabajador con la finalidad exclusiva de que preste servicios temporales, complementarios o de alta especialización.



4. Para tal efecto, la entidad intermediadora (que es la empleadora del trabajador destacado) y la empresa usuaria suscriben un contrato de naturaleza civil denominado *Locación de Servicios*, no importando dicho destaque que exista un vínculo laboral con la empresa usuaria.
5. El Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo ha definido a este tipo de subcontratación laboral como el destaque o cesión de mano de obra por parte de una entidad intermediadora hacia una empresa usuaria, existiendo un vínculo laboral entre la entidad intermediadora y el personal destacado.
6. El artículo 3 de la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, señala los supuestos de procedencia de la intermediación laboral:

La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

7. Esta modalidad de subcontratación laboral solo puede ser prestada por empresas de servicios constituidas como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades o como Cooperativas conforme a la Ley General de Cooperativas, y tendrá como objeto exclusivo la prestación de este tipo de servicios. Estas deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que Realizan Actividades de Intermediación Laboral (artículos 2 y 10 de la Ley 27626).

1.1.2. Servicio de tercerización

8. El inciso 11.3 del artículo 11 de la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores señala que:

Las empresas de servicios especializados son aquellas personas jurídicas que brindan servicios de alta especialización en relación a la empresa usuaria que las contrata. En este supuesto la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto de las tareas que ejecuta el personal destacado por la empresa de servicios especializados.

9. Asimismo, el artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, define a esta modalidad de organización empresarial como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que:

- i. Asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo;
- ii. Cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales;



iii. Sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

10. El Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) ha señalado que la tercerización es una forma de organización por la que una empresa denominada "principal" encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas denominadas tercerizadoras, contratistas o subcontratistas.

11. Para demostrar la existencia de autonomía empresarial, es necesario basarse en determinados indicios que deben ser evaluados en cada caso en concreto y entre los que, a título enunciativo, se encuentran los siguientes:

- Pluralidad de clientes
- Contar con equipamiento propio
- Inversión de capital
- Retribución por obra o servicio
- La separación física de trabajadores
- La existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización
- La tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, secretos industriales o en general activos intangibles que demuestren su independencia.

12. Corresponde señalar que estas empresas deben ser inscritas en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, para poder iniciar y desarrollar sus actividades.

1.1.3. Comparación de la intermediación laboral con el servicio de tercerización

13. La tercerización que se analiza en el presente caso se suele confundir frecuentemente con la intermediación laboral; por lo que este Tribunal Constitucional estima necesario diferenciar ambas figuras jurídicas.

14. El MTPE ha elaborado un cuadro comparativo entre ambas formas de subcontratación en el cual se ponen en evidencia las principales diferencias entre ambos:

	Intermediación laboral	Tercerización
Partes	Contrato civil entre la empresa usuaria y la empresa de servicios.	Contrato civil entre la empresa principal y la empresa tercerizadora.
	Contrato laboral ente los trabajadores y la empresa de servicios	Contrato laboral entre los



		trabajadores y la empresa tercerizadora.
Actividad	La empresa de servicios destaca personal a la usuaria para labores complementarias temporales o especializadas.	La empresa tercerizadora se hace cargo íntegramente de una clase del proceso productivo y cuenta con una organización empresarial propia.
Poder de Dirección	La empresa de servicios cede parte de su poder de dirección (dirección y fiscalización) a la usuaria; mientras que mantiene el poder disciplinario.	El poder de dirección lo ejerce íntegramente la empresa tercerizadora.
Diferencia esencial	La empresa de servicios comparte el poder de dirección con la empresa usuaria.	El tercero asume íntegramente el poder de dirección y sus trabajadores están bajo su exclusiva subordinación.
Elemento típico	Los trabajadores laboran en las instalaciones de la empresa usuaria.	Con desplazamiento de trabajadores y maquinarias a la empresa principal (regulada por el Derecho del Trabajo). Sin desplazamiento de trabajadores ni maquinarias a la empresa principal.

(Fuente: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/informacion/TRABAJADORES/INF_INTERMEDIACION_LABORAL.pdf)

15. Tal como ha quedado demostrado *supra*, en la tercerización existe una descentralización de etapas del proceso productivo, cuya principal diferencia con el contrato de intermediación laboral radica en que el poder de dirección y la subordinación de los trabajadores solo se encuentra a cargo de la empresa tercerizadora más no de la empresa principal.

1.2. Desnaturalización de cada una de las formas de contratación bajo análisis

16. Tanto en la intermediación como en la tercerización pueden ocurrir supuestos en los cuales las relaciones laborales se vean desnaturalizadas, generando perjuicios para los trabajadores sujetos a estas modalidades de subcontratación.
17. Este Tribunal analizará dicha cuestión y pondrá de relieve el alcance de sus decisiones frente a las referidas desnaturalizaciones.



1.2.1. Desnaturalización de la intermediación laboral

18. La desnaturalización de los contratos de intermediación laboral ocurre cuando se infringen los requisitos para la configuración de este tipo de contratación de bienes y servicios, establecidos en la Ley 27262 y sus normas reglamentarias.

19. Se produce la desnaturalización del contrato de intermediación laboral cuando:

- a. Se exceden los porcentajes limitativos para la intermediación de servicios temporales
- b. Se realiza la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia.
- c. Se realiza la intermediación para labores distintas a las reguladas
- d. El incumplimiento de las obligaciones de la empresa usuaria es reiterativo.

20. Por otro lado, el artículo 5 de la Ley 27626 señala lo siguiente:

La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

21. En diversas ocasiones este Tribunal ha advertido la desnaturalización de los contratos de intermediación y decidió que existía una relación laboral entre los trabajadores desplazados y la empresa usuaria en casos como los siguientes:

- i. Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Aleida Hobby Marín Meza recaído en la sentencia 06371-2008-PA/TC de fecha 19 de diciembre de 2011.
- ii. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Erickson Arévalo Torres recaído en la sentencia 00412-2011-PA/TC de fecha 9 de octubre de 2012.
- iii. Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Rosa Sofía Vergara Mejía recaído en la sentencia 02988-2009-PA/TC de fecha 7 de noviembre de 2012.

MM



22. Tal como ha quedado demostrado, cuando se genera el incumplimiento de algún requisito de la intermediación laboral, se produce la desnaturalización, y esta tendrá como consecuencia el reconocimiento de la relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa usuaria, evitando una situación de simulación o fraude.

1.2.2. Desnaturalización de la tercerización laboral

23. El Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo ha señalado que se produce la desnaturalización de la tercerización cuando:

- a. De la verificación y análisis razonable, se establece la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- b. Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora se encuentran bajo la supervisión o subordinación de la empresa principal.
- c. En caso los trabajadores de la empresa tercerizadora continúen prestando servicios en la empresa principal, a pesar de que a la empresa tercerizadora se le haya cancelado el registro.

24. Al respecto, el artículo 5 de la Ley de Servicios de Tercerización establece lo siguiente:

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.

25. En diversas ocasiones este Tribunal ha advertido la desnaturalización de los contratos de tercerización, determinado la existencia de una relación laboral entre los trabajadores desplazados con la empresa principal:

- i. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pablo Garrido Coronado, recaído en la sentencia 04297-2012-PA/TC de fecha 21 de abril de 2014.
- ii. Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Juan Alberto Velásquez Serquén, recaído en la sentencia 01671-2013-PA/TC de fecha 29 de enero de 2014.
- iii. Recurso de agravio constitucional interpuesto don Darwin Saavedra Rojas, recaído en la sentencia 07110-2013-PA/TC de fecha 28 de noviembre de 2017.



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

§2.SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

27. El penúltimo párrafo del artículo 23 de la Constitución señala que:

(...)Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador (...).

28. La dignidad de la persona se erige como el fundamento ontológico de los derechos fundamentales, desplegando su proyección hacia ellos, y a la vez, como el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto.

29. Esta constituye un *mínimum* invulnerable que debe ser respetado en toda limitación o restricción que se imponga al ejercicio o disfrute de los derechos fundamentales. En ese sentido, se puede afirmar que, la dignidad actúa como un límite y frontera insalvable para el legislador.

30. Sobre la dignidad del trabajador, en concreto, este Tribunal Constitucional ha señalado que:

La centralidad de la dignidad de la persona en el ámbito laboral se deriva no sólo de la implicación personal del trabajador en la actividad laboral, sino también de la realización misma de la actividad laboral que constituye un espacio que permite desarrollar sus propios proyectos y planes de vida, de ahí que corresponda a este Tribunal, en su función de interprete último de la Constitución, determinar infra el alcance normativo de esta disposición constitucional (fundamento 74 de la sentencia 0020-2012-PI/TC).

31. El artículo 23 de la Constitución previamente citado está dirigido a proteger al trabajador como ser humano frente a cualquier lesión a su dignidad en la actividad laboral. Lo que se prohíbe es la cosificación del trabajador, situación que no puede ser objeto de especificación con carácter general, sino que debe ser evaluada según cada caso en concreto.

32. En el caso de autos, se alega que los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de Ley 29245, así como el artículo 3 del Decreto Legislativo 1038, vulneran la dignidad de los trabajadores, los cuales se pasarán a analizar a continuación.

2.1. Análisis de constitucionalidad del artículo 3 de la Ley 29245

M



33. La disposición impugnada establece que:

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

34. La parte demandante señala que esta disposición permite que se tercerice la actividad principal de la empresa usuaria, lo que significa que los trabajadores de la empresa tercerizadora desempeñen la misma labor, pero con menores condiciones laborales, afectando la dignidad del trabajador.

35. Corresponde comenzar advirtiendo que en esta modalidad de subcontratación la empresa tercerizadora se encarga de una etapa del proceso productivo de la empresa principal, asumiendo por su cuenta y riesgo la actividad delegada.

36. Al respecto, el último párrafo del artículo 2 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece que: "La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores".

37. Dado lo expuesto, la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora carece de sustento, toda vez que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos.

38. Asimismo, corresponde advertir que los trabajadores tercerizados se encuentran subordinados únicamente a la empresa tercerizadora, siendo esta última la encargada de garantizar que los derechos laborales de este sector sean protegidos.

39. Por lo tanto, la disposición impugnada no lesiona la dignidad del trabajador en su actividad laboral, por lo que corresponde declarar infundado dicho extremo de la demanda.

2.2. Análisis de constitucionalidad del artículo 7 de la Ley 29245

40. El artículo 7 del cuerpo normativo cuestionado establece que:

Los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

1. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se



aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador(...).

41. La parte demandante alega que dicha disposición no establece igualdad de derechos entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y los de la empresa principal, generando que en un mismo centro de trabajo no se cuenten con las mismas condiciones laborales, en virtud de lo cual se vulneraría el artículo 23 de la Constitución.
42. Tal como se ha señalado *supra*, los trabajadores que prestan servicios de tercerización, hayan o no hayan sido desplazados, no tienen ninguna relación laboral con la empresa principal, sino que este vínculo solo se genera con la empresa tercerizadora.
43. Asimismo, la Ley 29245, en su artículo 2 señala expresamente, que los derechos laborales de los trabajadores sujetos a esta modalidad de contratación, no se restringen de ninguna manera.
44. Por lo tanto, ese Tribunal estima que la disposición impugnada, no lesiona la dignidad del trabajador por lo que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

2.3. Análisis de constitucionalidad del artículo 9 De La Ley 29245

45. El Colegio de Abogados del Callao impugna también el artículo 9 de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización en cuanto establece que:

La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral (subrayado agregado).

46. La parte demandante considera que se estaría vulnerando la dignidad del trabajador, al reducir el plazo de prescripción de responsabilidad, ya sea patrimonial o extra patrimonial, de la empresa principal frente a los trabajadores desplazados.
47. Este Tribunal advierte que dicha disposición debe ser interpretada conforme al Decreto Legislativo 1038, "Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización", en cuyos artículos 2, 3 y 4, se regula el ámbito de las obligaciones y restricciones, la responsabilidad en le tercerización de servicios y el derecho de repetición y privilegios.

MM



48. En ese sentido, se establece que la obligación contenida en el artículo impugnado es aplicable a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.
49. Por otro lado, se señala que la solidaridad contenida en dicha disposición se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.
50. Asimismo, establece que, la empresa principal, tiene derecho de repetición contra la empresa tercerizadora, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.
51. La disposición cuestionada fija la responsabilidad de la empresa principal en los términos ya reseñados y se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento; sin embargo, la empresa tercerizadora mantiene dicha responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.
52. En consideración a esta última, la Ley 27321, Ley que establece nuevo plazo de prescripción de las acciones derivadas de la relación laboral, señala que:
- Las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los 4 (cuatro) años, contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.
53. Al respecto, es necesario tener presente que los trabajadores desplazados solo mantienen vínculo laboral con la empresa tercerizadora, más no respecto a la empresa principal.
54. Como es de verse el legislador ha decidido fijar el plazo de prescripción de las obligaciones de la empresa principal que recibió los servicios del trabajador desplazado por cuanto el plazo de la Ley 27321 aplica a los "derechos derivados de la relación laboral" existente entre la empresa tercerizadora y el trabajador, máxime si entre la usuaria y el trabajador desplazado no existe vínculo laboral.
55. Este Tribunal Constitucional entiende que la opción legislativa de extender la responsabilidad a la empresa principal por un año posterior a la culminación del desplazamiento, no vulnera la dignidad del trabajador, más bien por el contrario, le protege frente a cualquier afectación derivada de la falta de pago de sus derechos y/o beneficios laborales, así como lo concerniente a la seguridad social.
56. En ese sentido, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.



2.4. Análisis de constitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245

57. La parte demandante también alega la vulneración de la dignidad del trabajador respecto de la Primera Disposición Complementaria del cuerpo normativo cuestionado, el cual establece que:

Las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente Ley.

58. Al respecto, se aduce que la subcontratación de la tercerización generaría una situación de precarización, generando que los trabajadores tengan peores condiciones laborales, por lo que se rebajaría la dignidad de estos.

59. Este Tribunal advierte que el Colegio de Abogados del Callao parte de la premisa que la tercerización laboral involucra un reconocimiento menor de los derechos laborales, lo que genera *per se* una precarización laboral. Sin embargo, tal como se ha señalado previamente, la tercerización constituye un tipo de organización empresarial, donde el vínculo laboral que se genera entre el personal de la empresa tercerizadora y esta, debe garantizar que no se restrinja ningún derecho laboral.

60. En ese sentido, la disposición impugnada, al permitir la subcontratación en la tercerización, crea una nueva modalidad de organización de empresa, donde hablamos de 4 partes involucradas:

- a) La empresa principal
- b) La empresa tercerizadora que subcontrata
- c) La empresa subcontratada
- d) Trabajador de la empresa subcontratada

61. La Ley 29245 hace la salvedad que esta subcontratación rige en tanto se sigan todos los requisitos dados para que opere la tercerización, entre los cuales destaca que esta forma de contratación de servicios no restringe los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

62. Por lo tanto, este Tribunal advierte que al no existir una lesión normativa a algún derecho fundamental de los trabajadores sujetos a este tipo de modalidad de contratación, no se estaría frente a la vulneración de la dignidad de los trabajadores.

63. Sin perjuicio de ello, en caso exista algún tipo de infracción a los requisitos estipulados por ley, se produce la desnaturalización, teniendo como consecuencia que se considere

MAI



la existencia de la relación laboral directa entre el trabajador y la empresa principal desde el inicio de la prestación de servicios.

64. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.
65. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

2.5. Análisis de constitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038

66. El alcance de la Ley que regula los servicios de tercerización debe ser interpretado de conformidad con el Decreto Legislativo 1038. El último párrafo del artículo 1 establece que:

En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

67. La parte demandante señala que la excepción al requisito de pluralidad de clientes, permite que se cree supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores.
68. Al respecto, el Reglamento de la Ley 29245, aprobado mediante Decreto Supremo 006-2008-TR, señala en el inciso 4.2 del artículo 4, lo siguiente:

De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

69. Ahora bien, la regla general en los contratos de tercerización es que exista pluralidad de clientes, sin embargo, la disposición impugnada establece que puede haber ciertas excepciones, las cuales se encuentran en el Reglamento del cuerpo normativo impugnado.

MPL



70. Tal como se ha reseñado, el argumento de la parte demandante gira en torno a un posible fraude a la ley, en el cual se generen contratos de tercerización desnaturalizados, generando precarización laboral para los trabajadores.
71. Sin embargo, tal como se desarrolló *supra*, cuando ocurre algún supuesto de desnaturalización, la consecuencia está legalmente prevista y consiste en entender que existe vínculo laboral entre el trabajador falsamente desplazado y la empresa principal, desde el momento en el que se prestó el servicio o se realizó la obra.
72. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.
73. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

§3. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

74. El inciso 1 del artículo 26 de la Constitución establece que en la relación laboral se debe respetar el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación.

75. Al respecto, la igualdad es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones.

76. Además, añade que:

(...) en más de una ocasión se ha enfatizado, y, en buena medida, el juicio común permite advertir, el derecho a la igualdad no consagra llanamente la prohibición de diferenciación, sino la prohibición de diferenciación constitucionalmente injustificada, es decir, aquella que no se sostiene en criterios objetivos o razonables. Lo que es tanto como sostener que la diferenciación que la Constitución juzga inválida, es aquella que no supera el denominado *test* de igualdad, y que, en razón de ello, debe ser considerada como un trato discriminatorio (Sentencia 0015-2010-PI/TC, fundamento 7).

77. El principio de igualdad constitucionalmente garantizado no impone el trato idéntico de todos los sujetos sino un trato igualitario de los que se encuentran en la misma condición esto implica que quien invoca la afectación del principio debe demostrar dos cosas:

- i. el trato diferente; y
- ii. que se encuentra en la misma condición que quien recibió el trato diferente.

78. En tal sentido, este Tribunal afirmó que para determinar la existencia de una diferenciación jurídicamente relevante debe constatarse que se aplica diferente trato a quienes se encuentran en condiciones iguales, o un trato homogéneo a quienes se encuentran en diferente situación, lo que vendría a constituir una violación del principio de igualdad por indiferenciación (fundamentos 25 y siguientes de la sentencia 02437-2013-PA/TC).

79. En otras palabras, la identificación del tratamiento diferenciado debe realizarse mediante la comparación entre el objeto, el sujeto, la situación o la relación que se cuestiona y otro identificable desde el punto de vista fáctico o jurídico, pero al que se le asigna diferente consecuencia, que viene a constituir lo que se denomina término de comparación (*tertium comparationis*).

80. Este término de comparación debe presentar una situación jurídica o fáctica que comparta una esencial identidad, en sus propiedades relevantes, con el trato que se denuncia.

81. La inexistencia de caracteres comunes entre el trato que se cuestiona y la situación que se ha propuesto como término de comparación, impide que se pueda determinar una intervención sobre el principio-derecho de igualdad.

82. En el caso de autos, la parte demandante alega que los artículos 3,7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245 vulneran el principio de igualdad, toda vez que existe un trato diferente injustificado entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y los trabajadores de la empresa principal.

83. Para analizar la existencia de alguna transgresión al principio de igualdad, primero es necesario determinar si existe un término de comparación entre ambas situaciones jurídicas.

84. El recurrente alega un trato diferenciado entre:

- i. Los trabajadores de la empresa tercerizadora
- ii. Los trabajadores de la empresa principal

85. Este Tribunal Constitucional estima que en el presente caso no nos encontramos ante situaciones similares que puedan ser equiparables, toda vez que los trabajadores que se encuentran en el primer supuesto, mantienen única y exclusivamente una relación laboral con la empresa tercerizadora, por lo que se encuentran completamente subordinados a esta; en cambio, los trabajadores del segundo supuesto mantienen una relación laboral únicamente con la empresa principal.

MP

86. Por lo tanto, en el presente caso no se ha demostrado que el trato potencialmente diferente se lleve a cabo entre sujetos que se encuentran en la misma condición. De hecho, los trabajadores que realicen iguales tareas en empresas diferentes pueden tener los mismos o diferentes beneficios o remuneraciones.
87. En ese sentido, corresponde advertir que en abstracto no se observa que la norma impugnada resulte inconstitucional, sin perjuicio de la posibilidad de que pueda ser objeto de control en el marco de algún caso concreto por parte de los jueces.
88. Por las razones expuestas corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

§4. SUPUESTA VULNERACIÓN DE LA DEBIDA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

89. El artículo 27 de la Constitución señala que: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario".

90. Tal como ha señalado este Tribunal Constitucional, se trata de un derecho constitucional de configuración legal, en la medida que el contenido y alcance específico de la "protección adecuada" corresponde ser desarrollada por el legislador (Sentencia 0025-2013-PI/TC y otros, fundamento 85).

91. Por otra parte, en la sentencia 00976-2001-AA/TC, este órgano de control de la Constitución delimitó el contenido del derecho invocado e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario, señalando dos perspectivas en que se puede abordar dicho derecho:

- i. un régimen de carácter sustantivo, que puede ser de carácter preventivo o de carácter reparador; y
- ii. un régimen de carácter procesal, que puede ser de eficacia resarcitoria o de eficacia restitutoria.

92. Asimismo, se ha reconocido en reiterada jurisprudencia de este Tribunal dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador:

- i. protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y

MM

- ii. protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido de manera nula, incausada o fraudulenta.

93. En efecto, el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición (Sentencia 0206-2005-PA/TC, fundamento 7).

94. En relación a los despidos nulos, este Tribunal determinó que el proceso de amparo será procedente considerando la protección urgente que se requiere para este tipo de casos, sin perjuicio del derecho del trabajador a recurrir a la vía judicial ordinaria laboral, si así lo estima conveniente.

95. En el presente proceso se alega que el artículo 3 de la Ley 29245 vulnera el derecho a la debida protección frente al despido arbitrario, toda vez que la disposición cuestionada genera que los trabajadores tercerizados realicen la misma labor que los trabajadores de la empresa principal, pero con contratos a tiempo determinado.

96. Tal como se ha señalado, los trabajadores de la empresa tercerizadora mantienen una relación laboral únicamente con esta, más no con la empresa principal. Por otro lado, entre esta última y la empresa tercerizadora, siempre mediará un contrato de naturaleza civil.

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

98. Este Tribunal Constitucional advierte que la disposición impugnada, se encuentra orientada a establecer los casos en los que se constituye una tercerización de servicios, mas no limita o transgrede los tipos de protección en el caso de un supuesto despido arbitrario.

99. En ese sentido, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

§5. SUPUESTA VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

100. La Undécima Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece que:

Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente.

MP

101. En efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General 3, sobre "La índole de las obligaciones de los Estados Partes" estableció que:

(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, (...) [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general (...) que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

102. El principio de progresividad en el gasto a que hace alusión la undécima disposición final y transitoria de la Constitución, no puede ser entendido con carácter indeterminado y, por ende, el Estado debe realizar acciones concretas y constantes para la realización de los derechos reconocidos en la Constitución.

103. La Disposición Final y Transitoria Undécima de nuestra Constitución resulta concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los Estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos.

104. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas.

105. Este Tribunal en anteriores sentencias ha puesto de relieve que los derechos económicos, sociales y culturales en cuya concreción reside la clave del bien común, no deben aparecer como una mera declaración de buenas intenciones, sino como un compromiso con la sociedad dotado de metas claras y realistas (Sentencia 02945-2003-PA/TC, fundamento 38).

0 106. Relacionado con el anterior se encuentra el principio de no regresividad del que se deriva que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no podrían, en principio, generar un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida.

MM

107. Sin embargo, este principio tampoco supone la absoluta imposibilidad de limitar los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, siempre que existan razones de interés general que así lo justifiquen o cuando se trate de medidas extraordinarias o coyunturales.
108. En el caso de autos, la parte demandante alega que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera dicho principio, toda vez que involucra la posibilidad de que los trabajadores de la empresa tercerizadora realicen las mismas labores principales que los trabajadores de la empresa usuaria, pero con condiciones laborales más desfavorables.
109. Al respecto, corresponde advertir que el personal de ambas empresas se encuentra en situaciones jurídicas distintas, ya que por un lado se hallan los trabajadores de la tercerizadora, y por el otro, los de la empresa principal. Como ya se pusiera de relieve *supra* los trabajadores de distintas empresas pueden tener ingresos y beneficios diferentes.
110. Sin perjuicio de lo mencionado, corresponde advertir que la ley impugnada es clara al establecer que la aplicación del sistema de contratación de la tercerización no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.
111. Este Tribunal Constitucional entiende que la norma impugnada no supone infracción del principio de no regresividad en materia de los derechos laborales, por lo que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

§6. SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

112. El carácter normativo que la Constitución ostenta no solo significa que las disposiciones en ella contenidas no sean infringidas o desconocidas por las autoridades, funcionarios o personas, sino que aquellas obligaciones que ella señala, sean cumplidas de modo efectivo y adecuado, es decir que se cumpla con lo constitucionalmente ordenado.

113. Este Tribunal Constitucional, tiene resuelto que la necesidad de la inclusión del control de las omisiones obedece, entre otras razones, a las siguientes:

- La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución.
- La reivindicación de la naturaleza "social" del Estado constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.
- La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.

MM

- La naturaleza y el rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.
- La necesidad de tomar en serio las "obligaciones constitucionales", en particular, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales.

114. Como surge de lo expuesto, la inconstitucionalidad por omisión se genera cuando el legislador omite cumplir con lo que se encuentra constitucionalmente ordenado.

115. En el caso de autos, la parte demandante alega que se debería regular la igualdad de derechos laborales entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y los trabajadores de la empresa principal, por lo que este tipo de subcontratación laboral involucra una relación laboral de tres partes.

116. Tal como se ha advertido *supra*, no existe una identidad entre la situación jurídica del personal de la empresa tercerizadora y el de la empresa principal, por lo que no resulta constitucionalmente exigible que exista un tratamiento igualitario entre ambos.

117. Si esto es así, y no existe una obligación constitucional que haya sido omitida, corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

118. Por otro lado, el Colegio de Abogados del Callao sostiene que existe una omisión constitucional al no indicar el porcentaje máximo de los procesos productivos que puedan ser tercerizados, poniendo en riesgo que toda la actividad de la empresa principal esté sujeta a este tipo de subcontratación laboral.

119. Al respecto el artículo 6 de la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, establece que:

El número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios en las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del veinte por ciento del total de trabajadores de la empresa usuaria.

El porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía técnica y la responsabilidad para el desarrollo de sus actividades (subrayado agregado).

120. Debe tenerse en cuenta que este límite solo aplica a las empresas que se desenvuelven en el ámbito de la intermediación laboral que es una situación claramente diferente bajo el cual se desenvuelven las empresas sujetas a contratos de tercerización, como se pusiera de relieve más arriba.

121. El Tribunal Constitucional considera que la mera opción legislativa de que los contratos de servicios de especializados, como ocurre en la tercerización, no se encuentren sujetos a determinados porcentajes limitativos, siempre y cuando mantenga

MM



la plena autonomía, no constituye por sí misma una omisión de alguna obligación constitucional, por lo que corresponde declarar infundada la demanda en este extremo.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI

MIRANDA CANALES

SARDÓN DE TABOADA

FERRERO COSTA

PONENTE BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
Caso "Ley de Servicios de Tercerización"

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO FERRERO COSTA

Con el mayor respeto por la posición de mis colegas magistrados, emito el presente fundamento de voto, pues no suscribo los fundamentos 91 a 93 de la ponencia.

En efecto, en ellos se hace una interpretación sobre la estabilidad laboral en la Constitución que no comparto, pues, en mi opinión, esta (artículo 27) no reconoce el derecho a la reposición laboral frente al despido considerado arbitrario, tal como he explicado en reiterados votos singulares (cfr., por ejemplo, SSTT 1906-2013-PA/TC, 6174-2014-PA/TC, 4484-2015-PA/TC).

S.

FERRERO COSTA

Lo que certifico:


.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00013-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
CASO "LEY DE SERVICIOS DE TERCE-
RIZACIÓN"

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Si bien estoy de acuerdo con lo resuelto en la presente sentencia, me aparto de los fundamentos 21, 25 y 89 a 99, pues están referidos a un supuesto derecho a la reposición laboral.

A mi entender, el derecho al trabajo consagrado por el artículo 22 de la Constitución no incluye la reposición. Como señalé en el voto singular que emití en el Expediente 05057-2013-PA/TC, Precedente Huatuco Huatuco, el derecho al trabajo

debe ser entendido como la posibilidad de acceder libremente al mercado laboral o a desarrollar la actividad económica que uno quiera, dentro de los límites que la ley establece por razones de orden público. Solo esta interpretación es consistente con las libertades de contratación y trabajo consagradas en el artículo 2º, incisos 14 y 15; la libertad de empresa establecida en el artículo 59º; y, la visión dinámica del proceso económico contenida en el artículo 61º de la Constitución.

Así, cuando el artículo 27 de la Constitución de 1993 establece que "la ley otorga al trabajador protección adecuada contra el despido arbitrario", se refiere solo a obtener una indemnización determinada por la ley.

A mi criterio, cuando la Constitución utilizó el adjetivo *arbitrario*, englobó tanto al despido *nulo* como al *injustificado* de los que hablaba el Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, de 12 de noviembre de 1991.

Esto es así porque, según el Diccionario de la Lengua Española, *arbitrario* es:

Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.

Indebidamente, la Ley 26513 —promulgada cuando ya se encontraba vigente la actual Constitución— pretendió equiparar el despido que la Constitución denominó *arbitrario* solo a lo que la versión original del Decreto Legislativo 728 llamó *injustificado*.

Semejante operación normativa implicaba afirmar que el despido *nulo* no puede ser descrito como "sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón", lo que es evidentemente inaceptable.

Más allá de su deficiente lógica, la Ley 26513 tuvo como consecuencia resucitar la reposición como medida de protección frente a un tipo de despido, entregándoles a los jueces poder para forzar la continuidad de una relación de trabajo.

Esta nueva clasificación —que se mantiene en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR— es inconstitucional.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00013-2014-PI/TC
COLEGIO DE ABOGADOS DEL CALLAO
CASO "LEY DE SERVICIOS DE TERCE-
RIZACIÓN"

Lamentablemente, este error fue ampliado por el Tribunal Constitucional mediante los casos Sindicato Telefónica (2002) y Llanos Huasco (2003), en los que dispuso que correspondía la reposición incluso frente al despido arbitrario.

Al tiempo que extrajo la reposición de la existencia del amparo laboral, Llanos Huasco pretendió que se distinguiera entre el despido nulo, el incausado y el fraudulento. Así, si no convencía, al menos confundiría.

A mi criterio, la proscripción constitucional de la reposición incluye, ciertamente, a los trabajadores del Estado sujetos al Decreto Legislativo 276 o a cualquier otro régimen laboral público.

La Constitución de 1993 evitó cuidadosamente utilizar el término "estabilidad laboral", con el que tanto su predecesora de 1979 como el Decreto Legislativo 276, de 24 de marzo de 1984, se referían a la reposición.

El derecho a la reposición del régimen de la carrera administrativa no sobrevivió, pues, a la promulgación de la Constitución el 29 de diciembre de 1993. No cambia las cosas que hayan transcurrido más de veinticinco años sin que algunos se percaten de ello.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA LEDESMA NARVÁEZ

Con el debido respeto por la posición de mayoría, en el presente caso, considero que la demanda debe estimarse, en virtud de los siguientes argumentos:

1. En el presente caso, la parte demandante ha cuestionado la constitucionalidad de los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización, así como el artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, por ser incompatibles con los artículos 23, 26, 27 y 28 de la Constitución. Afirma que la tercerización laboral ha generado grandes perjuicios al ejercicio de los derechos laborales, habiendo precarizado las relaciones de trabajo, ha promovido la desigualdad salarial, ha empeorado las condiciones de seguridad y salud de los trabajadores, así como ha deteriorado seriamente el ejercicio el derecho de sindicación y de negociación colectiva.

Efectos de la tercerización

2. La tercerización o *outsourcing* es un mecanismo empresarial de descentralización de operaciones, donde una empresa se desprende de una parte integral de su ciclo de producción para encargárselo a un tercero, quien se hará responsable de éste por su cuenta y riesgo. Mediante la tercerización, la empresa busca concentrarse en las operaciones que son consideradas estratégicas o el núcleo duro de su giro (*core business*). Asimismo, las relaciones internas de la empresa ya no obedecerán a una estructura vertical, como es el modelo clásico, en el que existe un empleador que organiza y dirige cada parte del proceso de producción; sino que, la tercerización aproxima la empresa a un sistema horizontal, donde varias empresas se dividen el ciclo productivo.
3. La tercerización ha mejorado la competitividad de las empresas en el país. La decisión del empresario de descentralizar su proceso productivo le ha permitido la reducción de costos, trasladando a las empresas tercerizadoras el riesgo de inversión en la ejecución de parte de sus actividades, la cual ya no es asumidos solamente por la empresa principal, sino que se convierte en un riesgo compartido entre ésta y la empresa contratista. Por otro lado, el fraccionamiento de las actividades empresariales también ha generado mayor especialización y mejor entrenamiento del capital humano, toda vez que los trabajadores se concentran únicamente en producir alguna parte del ciclo de actividades de las empresas principales y no todo.
4. La tercerización ha tenido un crecimiento progresivo en el Perú. Tanto que, según datos recientes, el Perú ocupa el cuarto lugar a nivel regional con el 4.5% de la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

tercerización en Sudamérica¹, siendo, según el presidente de la Asociación de Empresas de Tercerización y Trabajo, que en “el Perú, tres sectores van a la cabeza de la tercerización: Minería y petróleo con 50%, servicios *retail* y consumo con el 30% y otros (agricultura, construcción, manufactura) con el 20%, siendo las actividades que más tercerizan sus procesos”².

5. Ahora bien, en paralelo a los efectos positivos de la tercerización, punto a parte son los efectos en relación con los trabajadores y sus derechos. Es consabido que quienes han sufrido las mayores desventajas de este fenómeno empresarial han sido ellos, en vista que las condiciones laborales han ido en un proceso de paulatina precarización. La realidad nos ha mostrado que las empresas principales reducen su personal para contratar empresas tercerizadoras para que, a menor costo, asuman alguna fase de su proceso productivo. Esto muchas veces ha significado que la empresa principal implemente una política interna de despidos de trabajadores o se les obligue a renunciar a cambio de “incentivos”.
6. En esta línea, la tercerización ha promovido la creación de empresas, donde la calidad de las condiciones sociolaborales no son las mejores en comparación con las principales. En efecto, con la finalidad de brindar un precio competitivo en el mercado de la tercerización, estas empresas contratistas pagan sueldos más bajos a sus trabajadores, exigen más horas de trabajo, tienen condiciones de seguridad frágiles para riesgos ocupacionales, etc. Y dentro de esta lógica, la contratación de trabajadores por la tercerizadora se mantiene mediante modalidades temporales, o sea, sin estabilidad laboral, en la medida que las empresas contratistas dependen de la vigencia del contrato con las empresas principales, lo que redundaría negativamente en la seguridad social del trabajador, sobre todo, en materia de prestaciones de salud y pensiones.
7. Asimismo, la tercerización ha debilitado a las organizaciones sindicales, porque ellas pierden integrantes, en vista que las empresas principales reducen su personal. El sindicato, incluso, puede hasta desaparecer si se queda con un número de asociados por debajo del mínimo legal. Por otro lado, los conflictos laborales de las principales son trasladados a las empresas tercerizadoras, dado que ellos, ahora, son los empleadores de los trabajadores subcontratados, donde si acaso hay sindicato su capacidad de negociación está sumamente disminuida, en vista que estos trabajadores no son estables y la dirigencia sindical está siempre expuesta a constante rotación; y restringida a negociar solamente en el ámbito de la tercerizadora y nunca con la principal, porque legalmente ambas empresas son

¹ Ocho de cada diez empresas en el Perú tercerizan y son 90% más productivas. (15 de setiembre de 2015). *Gestión*. Revisado de <https://gestion.pe/economia/ocho-diez-empresas-peru-tercerizan-son-90-productivas-100054-noticia/?ref=gesr>.

² Ibidem.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO


ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

independientes, a pesar que la primera depende económicamente de la segunda y los trabajadores subcontratados están realizando, finalmente, alguna fase del fin empresarial de la principal.

El derecho a la igualdad de los trabajadores de las empresas tercerizadas

- 
8. El problema que plantea la contratación laboral de la tercerización es si los trabajadores subcontratados deben tener las mismas condiciones laborales que los trabajadores de la empresa principal, sabiendo que, mientras dure el contrato civil entre la principal y la tercerizadora, los trabajadores subcontratados realizan la actividad de la principal y contribuyen a la realización de su producción. Para ello, debemos plantearnos si es que el criterio de “quién los contrata” resulta o no una variable relevante para brindar un tratamiento legal diferenciado a ambos grupos de trabajadores, tal como lo hace el artículo 7 de la cuestionada Ley 29245, al menos en cuanto a sus incisos 1 y 2, donde se limita a establecer que la igualdad de derechos, de beneficios y condiciones laborales solamente se predica entre los trabajadores de la empresa a la que se pertenece, que, en este caso, sería la empresa contratista y no así en relación con los trabajadores de la empresa principal.
 9. De entrada, debe observarse que la sentencia de mayoría parece entender que el criterio de “quién contrata” sí es relevante y que, por eso, se asume que los trabajadores de las empresas en cuestión no se encuentran en situaciones similares y, por ende, no deben recibir igual tratamiento. Pero, en mi opinión, estimo que no es así. Los trabajadores subcontratados y los de la empresa principal sí están en una relación de paridad y, por ello, no es significativo conocer cuál empresa es la empleadora directa de los trabajadores, porque, en sí, ello no incide en su diferenciación.
 10. De antemano, recordemos que el artículo 26.1 de la Constitución ha consagrado la igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, la cual constituye una manifestación del derecho a la igualdad en el ámbito del centro laboral. Además, este Tribunal ha precisado que la igualdad de oportunidades obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación con las actividades laborales, no genere una diferenciación irrazonable y, por ende, arbitraria. En ese sentido, la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución (cfr. STC Exp. 00008-2005-PI/TC, fundamentos 22-23).
 11. Sobre este derecho fundamental en particular, el *test* de igualdad ha sido una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del derecho-principio a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

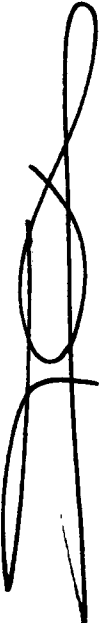
CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

de tres subprincipios: 1. subprincipio de idoneidad; 2. subprincipio de necesidad; y 3. subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu*. No obstante, antes de analizar mediante dicho *test* si la medida que se juzga es o no discriminatoria, es preciso hallar si existe un término de comparación válido. Y, en este caso, desde mi punto de vista, sería la posición fáctica y legal de los trabajadores de las empresas principales

- 
12. En efecto, los trabajadores de las principales guardan similitud con las tareas de los trabajadores subcontratados, porque, al igual que estos últimos, los trabajadores de las principales están bajo subordinación, realizan el fin empresarial y están expuestos a los mismos riesgos de seguridad y salud que los trabajadores subcontratados. El hecho de que el trabajador sea contratado por una empresa principal o por una tercerizadora, para nosotros, 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. Por ejemplo, un trabajador minero de una principal o de una tercerizadora, igualmente, tiene que hacer labores de extracción o procesamiento de minerales e, igualmente, estará expuesto al peligro de contraer enfermedades profesionales, como neumoconiosis, asbestosis, etc. O un transportista que lleva carga, independientemente de quien sea empleador directo, igualmente, él tiene que cumplir con el transporte de la carga e, igual modo, está sujeto a sufrir un accidente vehicular o sufrir un robo violento.
 13. Por eso, estamos en desacuerdo, con la mayoría que deja entrever en el fundamento 42 que, para exigir igualdad entre los grupos de trabajadores involucrados, los trabajadores subcontratados deberían tener un vínculo con la principal, lo cual es injusto, pues impone una valla demasiado alta, tanto que ya no se buscaría una situación “análoga”, sino una situación “idéntica”, lo cual desnaturaliza el principio de igualdad que protege la constitución.
 14. De ahí que, estimo que los trabajadores de las empresas principales constituyen un término de comparación válido, porque su situación es una posición que es análoga al de los trabajadores subcontratados, grupo el cual estaría siendo discriminado por el artículo 7, incisos 1 y 2, de la cuestionada Ley 29245. En estricto, la discriminación consistiría en omitir asegurar a los trabajadores de las empresas tercerizadoras el acceso a beneficios y seguridad laborales iguales de los que gozan los trabajadores de las empresas principales, en vista que ambos realizan las mismas actividades productivas de la empresa principal.
 15. Ahora, es cierto que esta omisión legislativa ha facilitado el abaratamiento de los costos del proceso productivo de las empresas mediante la posibilidad de que ellas puedan desplazar la ejecución de partes de su actividad productiva hacia otras empresas y, con ello, reducir personal directo y transferir los riesgos económicos que



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC


CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

supone mantener toda la cadena productiva bajo su dirección, lo que es una **finalidad constitucionalmente válida**. Así es, dado que el abaratamiento de costos apunta a mejorar el desarrollo nacional de las empresas y mejorar su competitividad en el mercado, tendría cobertura en el artículo 59 de la Constitución que establece que el “Estado estimula la creación de riqueza” y que incluiría, de hecho, una política de maximizar la capacidad productiva de las empresas como la que se ha tratado de hacer con la ley cuestionada. Pero, cabe cuestionarse si ¿abaratar los costos de la empresa mediante la descentralización laboral con la mira de mejorar la competitividad empresarial nacional justifica que las normas cuestionadas prescindan dar a los trabajadores de las empresas tercerizadoras un tratamiento de derechos igual al de los trabajadores de las empresas principales?

- 
16. En primer lugar, es menester decir que no asegurar que los trabajadores de las empresas tercerizadoras puedan acceder a los derechos, beneficios y condiciones laborales equivalentes de los que gozan los trabajadores de las empresas principales es, pues, una **medida idónea** para conseguir el fin constitucional, esto es, mejorar la competitividad del empresariado del país. Ello, porque el abaratamiento de costos que supone la descentralización laboral, en los términos de la ley objeto de análisis, ubica a los trabajadores subcontratados a merced absoluta de las condiciones que le impongan las tercerizadoras, que son, por supuesto, en comparación con las empresas principales, como hemos dicho, más limitadas en términos de estabilidad laboral, de salarios, de seguridad en la salud, en derechos de sindicación, etc.

De ahí que, atendiendo al criterio de costo-beneficio para una empresa principal resulta, de todas formas, más barato emplear una empresa tercerizadora que tener trabajadores propios y hacerse cargo de toda la cadena productiva. Por ello, la omisión de igualdad entre trabajadores de la principal y los subcontratados es una medida adecuada para conseguir la reducción de costos e impulsar la competitividad de las empresas. Pero, no obstante, no sucede lo mismo con un análisis de necesidad.

17. En mi opinión, esta omisión legislativa no es una **medida necesaria**, en la medida que el legislador pudo haber seleccionado una medida alternativa que signifique el abaratamiento de costos sin consecuencias negativas para las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. La ley en cuestión pudo haber incorporado algún beneficio de carácter tributario o económico en general o algún tipo de facilidad promovida por el Estado que compense una obligación legal de una política de igualamiento de derechos entre los trabajadores subcontratados y los trabajadores de la principal; o puede haber establecido que la carga de igualamiento sea compartida entre las empresas subcontratista y la principal. Y es que no es, de ningún modo razonable, que la ley permita y convalide que sean los derechos y la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

protección del trabajador quienes soporten el impacto pernicioso del abaratamiento de costos de una decisión empresarial de descentralización productiva.

18. En ese sentido, estimo que el artículo 7 es inconstitucional porque vulnera los artículos 2 y 26.1 de la Constitución, que consagran el derecho fundamental a la igualdad y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, respectivamente, en desmedro de los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Cabe precisar que la inconstitucionalidad únicamente alcanza a los incisos 1 y 2 del citado artículo 7, que son los que hacen referencia al trato desigual inconstitucional.

19. Por tales razones, estimo que los derechos, salarios, utilidades, beneficios, condiciones laborales, entre otros, que gocen los trabajadores de las empresas principales le deben ser extensible a los trabajadores de las empresas tercerizadoras. Es decir, durante el plazo que dure el contrato de servicio de tercerización, debe ser extensible todos los derechos y beneficios que titularizaría un trabajador tercerizado *si fuera* un trabajador de la empresa principal.

De la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 29245

20. La parte demandante cuestiona que el artículo 3 de la Ley 29245 permite a las empresas principales tercerizar también las operaciones principales, lo que genera desigualdad entre los trabajadores subcontratados en relación con los trabajadores de la principal, en vista que, para una misma labor principal, existen diferentes condiciones laborales, lo que vulnera la dignidad de los trabajadores subcontratados.

21. La parte del artículo 3 que impugna el recurrente establece que constituye tercerización de servicios “[...] los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”.

22. Sin embargo, en mi opinión, no considero que dicho extremo del dispositivo legal sea *per se* inconstitucional que vulnere el derecho a la dignidad del trabajador, porque ha sido estipulado por el legislador como parte de su ejercicio discrecional en materia de configuración del sector empresarial y productivo, que no necesariamente está conectado con la precarización de los derechos y condiciones laborales de los trabajadores subcontratados que se denuncia.

23. En efecto, la idea del referido artículo 3 es describir los supuestos en los que aplica la tercerización que regula la ley. No está referido a definir los derechos y deberes de los trabajadores subcontratados, como sí lo hace por ejemplo el artículo 7. En ese sentido, este extremo de la demanda debe declararse infundado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL
CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

De la inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley 29245

24. El recurrente cuestiona la reducción del plazo de prescripción del artículo 9 para que los trabajadores subcontratados puedan reclamar la responsabilidad solidaria en materia de beneficios laborales y de seguridad social a las empresas principales.
25. Conforme se advierte de la redacción del referido artículo 9, se establece que “Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento”.
26. Sobre este asunto, estimo que establecer el plazo de prescripción a un año es inconstitucional por vulnerar el principio-derecho de igualdad, pues, tal como hemos referido, los trabajadores de las empresas principales y los trabajadores subcontratados deben merecer igual tratamiento, dado que ambos grupos participan de las fases productivas de una misma empresa.
27. En ese sentido, si el criterio de “quién los contrata” no incide a efectos de proporcionar derechos y condiciones sociolaborales sustancialmente similares entre los trabajadores, por lógica consecuencia, es que debemos concluir que el derecho de acceso a la justicia debe tener también las mismas condiciones, esto es, el mismo plazo de prescripción para reclamar la protección de los derechos laborales, el cual debe ser el plazo general en material laboral para reclamar aquellos derechos derivados de un relación laboral, que es cuatro años según el artículo único de la Ley 27321.
28. Desde nuestro punto de vista, es claramente discriminatorio que el derecho que tienen los trabajadores subcontratistas para reclamar el cumplimiento de sus derechos laborales y beneficios sociales sea más reducido solamente porque se trata de la empresa principal como responsable solidario. Desde la situación del trabajador él desempeñó, tanto como los trabajadores de la principal, labores para la consecución del mismo fin empresarial, por lo que el dato de quién fue su empleador directo durante el tiempo que duro la tercerización es irrelevante.
29. Por ello, estimo que el artículo 9 es inconstitucional porque vulnera los artículos 2 y 26.1 de la Constitución, que consagran el derecho fundamental a la igualdad y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales, respectivamente, en desmedro de los trabajadores de las empresas tercerizadoras.

De la inconstitucionalidad de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL
CALLAO Representado(a) por NIVARDO
FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

30. La parte recurrente considera que la permisión de que las empresas tercerizadoras puedan, a su vez, subcontratar personal empeorará las condiciones laborales de los trabajadores, lo cual vulnera su dignidad y el derecho a la igualdad.
31. La Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley 29245 establece que “Las empresas que presten servicios de tercerización podrán subcontratar siempre y cuando el subcontratista cumpla con los requisitos establecidos en la presente ley”.
32. Este artículo, al igual que el caso del artículo 3 *supra*, no hace referencia a los derechos y deberes de los trabajadores, por eso, por sí solo no trasgrede la Constitución. Se trata, antes bien, de una norma que habilita la subcontratación como modalidad empresarial dentro de la tercerización, lo cual es constitucionalmente posible en materia del sector empresarial y productivo nacionales.
33. Sin embargo, es necesario precisar que el razonamiento explicado acerca de la igualdad de derechos, de beneficios y condiciones laborales entre trabajadores de las tercerizadoras y los de las principales es también aplicable a la situación de trabajadores subcontratados por las empresas tercerizadoras. Es decir, estos trabajadores subsubcontratados también deben merecer un tratamiento sustancialmente igual que el grupo de trabajadores de la empresa principal siempre que tenga intervención en el ciclo productivo de la principal.
34. En efecto, se trata trabajadores subsubcontratados que, independientemente de quién los contrata (en este caso, una empresa tercerizadora a favor de otra tercerizadora), de igual modo, ellos tienen los mismos derechos si se encargasen de ejecutar las fases del ciclo de producción de la empresa principal. De ahí que, si un universo de trabajadores participa de la realización del fin productivo de una empresa principal, todos los trabajadores (de la principal, los subcontratados y los subsubcontratados) deben recibir un tratamiento igual, sin atender que el criterio de quién es la empleadora directa sea un factor diferenciador.
35. En consecuencia, tomando en cuenta esta advertencia, este extremo de la demanda debe desestimarse.

De la inconstitucionalidad del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038

36. El recurrente alega que la excepción de cumplir con el requisito a la pluralidad de clientes para la procedencia de la tercerización facilita y fomenta la legalización de la desnaturalización, fraude y simulación de la tercerización.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00013-2014-PI/TC

CALLAO

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL

CALLAO Representado(a) por NIVARDO

FRANCISCO CANO RIVERA-DECANO

37. La parte cuestionada del artículo 1 del Decreto Legislativo 1038 establece que “En casos excepcionales, por razones objetivos y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley 29245 precisará lo pertinente a tal situación”.
38. En este extremo, al igual que la sentencia de mayoría, estimo que en abstracto no se observa que el dispositivo legal sea inconstitucional, lo que no impide que en los casos concretos la excepción al requisito de la pluralidad de clientes que este artículo regula sea usado en forma fraudulenta y con simulación, en cuyo caso se activarán las consecuencias legales del artículo 5 de la Ley 29245.


Por todo lo expuesto, mi voto es por:

1. Declarar **FUNDADA EN PARTE** la demanda de inconstitucionalidad; en consecuencia, **INCONSTITUCIONAL** los artículos 7, incisos 1 y 2, y el 9 de la Ley 29245 por vulnerar los artículos 2 y 26.1 de la Constitución, que consagran el derecho fundamental a la igualdad y el principio de igualdad de oportunidades sin discriminación en las relaciones laborales.
2. Declarar que los derechos, salarios, utilidades, beneficios, condiciones laborales, entre otros, que gocen los trabajadores de las empresas principales le deben ser extensible a los trabajadores de las empresas tercerizadoras.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en los demás extremos.

S.


LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:


Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DEL CALLAO

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito el presente voto porque estimo que la demanda debe ser declarada como **FUNDADA en PARTE**. En ese sentido, haré referencia, en primer lugar, al razonamiento que se ha adoptado en la ponencia para posteriormente, con dicha información, indicar los extremos que no comparto.

a) Antecedentes y posición asumida en la ponencia

Con fecha 23 de junio de 2014, el Colegio de Abogados del Callao interpuso demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 7, 9 y la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley 29245; y contra el artículo 1 del Decreto Legislativo 1038, alegando la vulneración de los artículos 23, 26, 27 y 28 de la Constitución, así como diversos tratados internacionales. La ponencia declaró la demanda como **INFUNDADA** en todos sus extremos.

En relación con la afirmación de un reconocimiento menor de derechos laborales a los trabajadores de la empresa tercerizadora, sostiene que ella carece de sustento, toda vez que la ley expresamente manifiesta que estos no son restringidos.

Por otro lado, la ponencia considera que la opción legislativa de extender la responsabilidad a la empresa principal por un año posterior a la culminación del desplazamiento, no vulnera la dignidad del trabajador, más bien le protege frente a cualquier afectación derivada de la falta de pago de sus derechos y/o beneficios laborales, así como lo concerniente a la seguridad social.

La parte demandante señala que la excepción al requisito de pluralidad de clientes, permite que se cree supuestos de fraude o simulación en la empresa contratista, desnaturalizando el objetivo de la norma en perjuicio de los trabajadores. En la ponencia se advierte que cuando ocurre algún supuesto de desnaturalización, la consecuencia está legalmente prevista y consiste en entender que existe vínculo laboral entre el trabajador falsamente desplazado y la empresa principal, desde el momento en el que se prestó el servicio o se realizó la obra. En ese sentido, según se indica, es posible advertir que en abstracto la norma impugnada no resulta inconstitucional,

Se hace referencia, también, a un supuesto trato diferenciado entre dos grupos: i) los trabajadores de la empresa tercerizadora; ii) y los trabajadores de la empresa principal. De acuerdo con lo indicado en la sentencia, no nos encontraríamos ante situaciones similares que puedan ser equiparables, toda vez que los trabajadores que se encuentran en el primer supuesto, mantienen única y exclusivamente una relación laboral con la empresa tercerizadora, por lo que se encuentran completamente subordinados a esta; en cambio, los trabajadores del segundo supuesto mantienen una relación laboral únicamente con la empresa principal. Por lo tanto, la ponencia considera que no se ha demostrado que el trato potencialmente diferente se lleve a cabo entre sujetos que se encuentran en la misma condición. De hecho, agrega que los trabajadores que realicen iguales tareas en empresas diferentes pueden tener los mismos o diferentes beneficios o remuneraciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DEL CALLAO

También se ha cuestionado que el artículo 3 de la ley impugnada vulnera el principio de igualdad, toda vez que involucra la posibilidad de que los trabajadores de la empresa tercerizadora realicen las mismas labores principales que los trabajadores de la empresa usuaria, pero con condiciones laborales más desfavorables. En la sentencia se advierte que el personal de ambas empresas se encuentra en situaciones jurídicas distintas, ya que por un lado se hallan los trabajadores de la tercerizadora, y por el otro, los de la empresa principal. Como ya se pusiera de relieve *supra* los trabajadores de distintas empresas pueden tener ingresos y beneficios diferentes.

En relación con la presunta vulneración del principio de no regresividad, se indica que la norma impugnada no supone infracción alguna en materia de los derechos laborales, por lo que corresponde desestimar la demanda en este extremo también.

Finalmente, en la ponencia se indica que la mera opción legislativa de que los contratos de servicios de especializados, como ocurre en la tercerización, no se encuentren sujetos a determinados porcentajes limitativos, siempre y cuando mantenga la plena autonomía, no constituye por sí misma una omisión de alguna obligación constitucional, por lo que declara infundada la demanda en este extremo.

De todo lo expuesto es posible advertir que, a criterio del magistrado ponente, la demanda debe ser rechazada en su conjunto, por lo que debe declararse como **INFUNDADA**.

Soy partidario de reconocer que no todas las disposiciones impugnadas resultan contrarias a la Constitución. Sin embargo, sí considero, a diferencia de la ponencia, que en algunos casos sí se advierten distintas vulneraciones de la *norma normarum*. En el siguiente apartado explicaré las razones por las que algunas de las disposiciones cuestionadas son inválidas desde el punto de vista constitucional.

b) Razones por las que corresponde estimar la demanda

Puedo apreciar que, en líneas generales, el razonamiento en la ponencia fundamenta la validez constitucional de las disposiciones impugnadas en lo que estas mismas contienen. Es decir, se desestiman distintos argumentos de una posible inconstitucionalidad remitiéndose a las propias leyes, a fin de justificar que el tratamiento diferenciado obedecería a que los grupos objeto de comparación no se encuentran en condiciones similares.

La verdadera dimensión del principio de igualdad, según considero, no puede remitirse únicamente a lo que disponen las leyes. Si así fuera, la sola creación artificial de realidades diferenciadas -más allá de lo que, efectivamente, ocurra en la realidad- permitiría cualquier clase de justificación frente a algún cuestionamiento respecto del referido derecho. En efecto, al principio de igualdad también le corresponde examinar la forma en que, en los hechos, se pueden haber materializado tratamientos discriminatorios, independientemente de lo que la ley disponga.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
ILUSTRE COLEGIO DE
ABOGADOS DEL CALLAO

Ahora bien, la tercerización, y es imposible negarlo, ha brindado en algunos escenarios distintos aportes positivos en el mercado laboral, y esto básicamente porque ha fomentado la competitividad. Sin embargo, y aunado a este factor, también se han podido advertir distintos efectos nocivos de esta institución. Así, se han creado distintas empresas en las que la calidad de las condiciones laborales es más restringida en relación con las que ostentan carácter principal. Es, precisamente, en este punto en que se encuentra involucrado el principio de igualdad. Lo que el Tribunal debería interrogarse es si es que los trabajadores de las empresas tercerizadas deben gozar (o no) de los mismos beneficios que los que pertenecen a una empresa principal.

Determinar si es que las disposiciones impugnadas son contrarias a la Constitución demanda el uso del test de igualdad. En este punto, concuerdo con lo expuesto con la magistrada Ledesma Narváez en su voto, ya que, tal y como lo expone, las disposiciones cuestionadas en este punto no superan el sub-principio de necesidad, ya que bien pudo el legislador seleccionar alguna otra medida direccionada a reducir los costos pero sin que ello suponga una merma del reconocimiento de los derechos de los trabajadores. Esto justificaría que el artículo 7 de la ley cuestionada sea incompatible con nuestra norma suprema.

En esta misma línea considero que es arbitrario que el artículo 9 de la Ley 29245 disponga un plazo de reclamo más reducido para los trabajadores subcontratistas respecto de los que pertenecen a una empresa principal. No encuentro, desde el punto de vista constitucional, alguna razón válida o algún principio que sustente este trato discriminatorio. Como expuse *supra*, la sola remisión a los preceptos legales no es suficiente para abordar una comprensión holística del principio de igualdad. Desde el terreno de los hechos, toda persona que mantiene algún vínculo con alguna entidad, y que desee formular algún reclamo en contra de ella, no debe recibir algún trato diferenciado por parte del legislador.

c) Sentido del voto

Por las razones expuestas, mi voto es por declarar:

1. **FUNDADA EN PARTE** la demanda. En consecuencia, corresponde declarar **INCONSTITUCIONAL** los artículos 7, incisos 1 y 2, y el 9 de la Ley 29245 por ser contrarios a los artículos 2.2 y 26.1 de la Constitución.
2. Declarar que los derechos, salarios, utilidades, beneficios, condiciones laborales, entre otros, que gocen los trabajadores de las empresas principales le deben ser extensibles a los trabajadores de las empresas tercerizadoras.
3. Declarar **INFUNDADA** la demanda en lo demás que contiene.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
Caso "Ley de servicios de tercerización"

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Emito el presente voto singular debido a que discrepo de lo resuelto en el proyecto de sentencia que se me ha alcanzado. De manera contraria a lo que allí se afirma, me parece claro que la regulación cuestionada es contraria a varios derechos fundamentales, tal como de inmediato pasaré a explicar:

1. En primer lugar, y con todo respeto por mis colegas, considero que el proyecto de sentencia no contiene un examen adecuado del caso, pues, con base en razonamientos incorrectos, se basa en la literateralidad de lo que dispone la legislación cuestionada, al margen de los potenciales y demostrados efectos negativos de dicha normativa en los derechos de los trabajadores y las trabajadoras.
2. Y es que, a lo largo del proyecto se justifica la diferencia entre los derechos de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa tercerizadora, pese a que ambos realicen actividades de y para la empresa principal. Ello con base en que la propia legislación cuestionada indica que los trabajadores tercerizados no tienen relación laboral con la empresa principal, justamente un tema a discutir en este caso en particular. En similar sentido, la ponencia insiste, a lo largo de todo texto, en que los derechos de los trabajadores tercerizados no se ven disminuidos debido a que la ley dice que no se les debe restringir ningún derecho laboral. Sin embargo, allí no se toma en cuenta algo central: que el carácter de lo que se le encarga a ambos tipos de trabajadores(as) en muchas ocasiones es exactamente lo mismo, y, por ende, debería recibir una misma cobertura de derechos, salvo que existiese una justificación razonable para hacer una distinción, justificación que, por cierto, no se consigne.
3. Aspectos como los ya expuestos inducen equivocadamente a que se declare infundada la demanda. De este modo, y en relación con el derecho a la igualdad, el proyecto justifica la desigualdad de trato entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa tercerizadora, así como las desiguales responsabilidades se éstas frente a los trabajadores tercerizados, alegando que los trabajadores tercerizados, según la propia regulación cuestionada, no tiene relación laboral con la empresa principal. Al respecto, me parece evidente que ente punto existe un claro vicio de razonamiento. Por una parte, hay una especie de petición de principio (se argumenta, en lo esencial, que "la ley no es contraria al derecho a la igualdad porque la ley los trata diferente"); y ello pone de manifiesto, además, que en el fondo, no se ha discutido si se encuentra constitucionalmente justificado el trato diferenciado contenido en la regulación impugnada. Cabe sin duda efectuar tratos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
Caso "Ley de servicios de tercerización"

diferentes, pero si la diferencia de trato otorgada no se encuentra debidamente justificada (como en este caso) nos encontramos en supuestos vulneratorios de la igualdad.

4. Considero entonces, que la regulación es lesiva del derecho a la igualdad, pues nos encontramos ante una intervención directa, negativa, concreta y sin justificación razonable en el derecho a los trabajadores tercerizados (que sin duda incide en otros de sus derechos fundamentales en mérito al carácter relacional de la igualdad), y que, con base en el test de igualdad, no se justifica suficientemente si se atiende la satisfacción de la libertad de empresa o la mayor competitividad en el mercado, que son esencialmente los bienes alegados por la demandada.
5. Adicionalmente, estimo pertinente indicar que es equivocado desestimar el uso del test de igualdad debido a que la situación de los trabajadores de la empresa principal y de la empresa tercerizadora es diferente. Y es que los trabajadores en cuestión no son diferentes porque la propia ley cuestionada los trata diferente, sino que es necesario examinar si dicha diferencia es conforme con la Constitución (y para ello está el test de igualdad). En este mismo sentido, debemos precisar que la determinación de un *tertium comparationis* (que en este caso, implica la comparación entre los trabajadores de la empresa principal y la empresa tercerizadora) no puede partir, gratuitamente, de asumir la conformidad o constitucionalidad de la medida que se cuestiona, sin, por lo menos, alcanzar justificación suficiente para conformar dicho *tertium*. Una ausencia de justificación suficiente en este caso supone más bien un prejuzgamiento de la cuestión, que termina haciendo inútil la existencia e importancia del test de igualdad.
6. Por otra parte, en la ponencia se indica que la tercerización sería solo un tipo más de la organización laboral, que no supondría la precarización del empleo, debido a que la propia ley dice que no se debe restringir algún derecho laboral. Se indica, asimismo, que no se trata de una medida regresiva (es decir, contraria al principio de no regresividad de los derechos), ni que tiende a la precarización de la situación de los trabajadores tercerizados, en comparación con los trabajadores de las empresas principales, ello debido a que la propia regulación prevé esta diferencia. Nuevamente, estamos ante un razonamiento que incurre en una *petitio principii* o, incluso, en una argumentación de tipo circular.
7. Al respecto, y contrariamente a lo que se indica en la ponencia, considero que la regulación cuestionada sí es contraria a los derechos de los trabajadores y trabajadoras porque se trata de una distinción insuficientemente justificada, al empleo digno entendiendo al debido trato deferente y la precarización de los trabajadores y trabajadoras tercerizados, y al mandato de no regresividad de los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 0013-2014-PI/TC
Caso "Ley de servicios de tercerización"

derechos sociales.

8. Por último, debo señalar que es casos como estos (en los que existen situaciones publicas u notorias que debe tomarse en cuenta al resolver, como es el caso de la precarización de los empleos) resulta extraño resolver la controversia propuesta de espaldas a una realidad que todos conocemos. Como aparase en copiosa jurisprudencia de este Tribunal, la realidad siempre debe orientar la interpretación de la Constitución (cfr. STC Exp. N° 00020-2003-AI, ff. jj. 6-9; STC Exp. N° 00011-2010-AI, ff. jj. 31-33; STC Exp. N° 03330-2004-AA, f. j. 66) e incluso a mayor abundamiento, la realidad tiene una estrecha relación con la adecuada comprensión de los roles que debe cumplir la judicatura constitucional.

S.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

Flavio Reategui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL