Tercerización: estado actual de la cuestión



César Puntriano Rosas
Abogado laboralista

Uno de los temas que ha generado mayor controversia en los últimos años en materia laboral ha sido la restricción a la tercerización de actividades nucleares impuesta por el gobierno anterior mediante el Decreto Supremo N° 001-2022-TR (en adelante, el decreto supremo). Frente a dicha norma, cuya legalidad y constitucionalidad es evidente, se iniciaron procesos de amparo para que el juez disponga la inaplicación de la mencionada restricción, existiendo a la fecha más de un pronunciamiento, en segunda instancia inclusive, que le da la razón a la parte demandante. El efecto de estos pronunciamientos únicamente comprende al demandante y no a terceros. Adicionalmente, se iniciaron procedimientos ante el Indecopi, concretamente ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB), cuyo objetivo era que la indicada comisión declarara al decreto supremo como barrera burocrática ilegal y ordenara su inaplicación. En respuesta a ello, la CEB amparó las denuncias y declaró como barrera burocrática e ilegal a la prohibición de tercerizar las actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa y considerar como desnaturalización de la tercerización cuando el desplazamiento de trabajadores se realiza para el desarrollo de dichas actividades. Asimismo, se ampararon diversos pedidos cautelares por los que solicitaba que el MTPE y Sunafil se abstuvieran de aplicar la mencionada prohibición, así como la causal de desnaturalización indicada. La Sala de Eliminación de Barreras Burocráticas (SEL) confirmó la medida cautelar señalada ante una apelación del MTPE y resolvió, en el expediente N° 000070-2022/CEB, que esta se aplicara con efecto general hasta que se pronunciara en el expediente principal, pero posteriormente ha resuelto no hacerlo en tanto no se emitiera pronunciamiento en los procesos de acción popular contra el decreto supremo, específicamente en el expediente N° 00756-2022-0-1801-SP-DC-03. Recientemente se ha emitido sentencia de primera instancia en dicho proceso declarando fundada en parte la demanda y, en consecuencia, la nulidad de la sección del artículo 1 del decreto supremo que fija los criterios para determinar cuándo nos encontramos ante el núcleo de negocio, así como la disposición complementaria transitoria única sobre el plazo de adecuación fijado por el decreto supremo. Adicionalmente, se interpretó que la prohibición de tercerizar actividades que forman parte del núcleo del negocio es constitucional siempre que se entienda que esta restricción debe establecerse ante la acreditación de la utilización indiscriminada y abusiva (fraudulenta) de la tercerización, con el consiguiente perjuicio de los derechos de los trabajadores. Respecto a este pronunciamiento, si bien se esperaba que la sala sostuviera que el decreto supremo es abiertamente ilegal e inconstitucional, por lo menos ya no se restringe en la práctica *per se* la tercerización de actividades nucleares, sino que para ello deberá acreditarse, en cada caso concreto, la existencia de fraude. Veamos qué opina la Corte Suprema en segunda instancia.