



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Sumilla: Para determinar una tercerización legítima, se requiere analizar de forma conjunta los requisitos previstos en el artículo 2° de la Ley N° 29245. Asimismo, el elemento determinante es la autonomía de las empresas que concurren en la actividad productiva. Para el análisis, debe observarse el principio de primacía de la realidad.

Lima, diecinueve de abril de dos mil dieciocho

VISTA; la causa número veinte mil ciento cincuenta y tres, guion dos mil dieciséis, guion **LAMBAYEQUE**, en audiencia pública de la fecha; interviniendo como ponente, el señor juez supremo **Malca Guaylupo** con adhesión de los señores jueces supremos: Arévalo Vela, Rubio Zevallos y Yaya Zumaeta; con el **voto en minoría** de la señora jueza suprema, **De La Rosa Bedriñana**, con la adhesión del señor juez supremo, Yrivarren falla que; y luego de verificada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Armando Guimarey Vertiz**, mediante escrito presentado el veinticinco de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos treinta y uno a mil ochocientos cincuenta y seis, contra la Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos dieciocho a mil ochocientos veintiséis, que **confirmó** la Sentencia apelada de fecha nueve de junio de dos mil quince, que corre en fojas mil seiscientos veintiséis a mil seiscientos cincuenta y nueve, que declaró **infundada** la demanda; en el proceso laboral seguido con la parte demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otro.

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurso de casación interpuesto por el demandante, se declaró procedente mediante Resolución de fecha uno de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

fojas ciento treinta y uno a ciento treinta y seis, del cuaderno de casación, por las causales de:

- i) Infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245.*
- ii) Infracción normativa por inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.*
- iii) Infracción normativa por inaplicación del artículo 16° de la Ley N° 28806.*

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes del caso:

- a) Pretensión:** Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas cincuenta y cinco a setenta y uno, el actor solicita como pretensión principal, la desnaturalización del contrato de tercerización y su reposición en su puesto de trabajo, por haberse configurado la nulidad de su despido dentro de la causal tipificada en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; y como pretensión subordinada, la desnaturalización de la relación laboral con Telefónica del Perú S.A.A. y su reposición por despido incausado.
- b) Sentencia de primera instancia:** El Juez del Tercer Juzgado Transitorio de Trabajo de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Sentencia de fecha nueve de junio de dos mil quince, declaró infundada la demanda, al considerar que no se encuentra acreditada la subordinación del actor por parte de la empresa principal, Telefónica del Perú S.A.A.. Además de constatar que la empresa tercerizadora, cumple con los



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

siguientes supuestos: i) Presta servicio por su cuenta y riesgo, ii) cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, iii) es responsable por los resultados de sus actividades y iv) sus trabajadores se encuentran bajo su exclusiva subordinación. De otro lado, no se acreditó que las labores desempeñadas por el demandante eran de desplazamiento continuo hacia la empresa principal. En ese sentido, al no existir un vínculo laboral entre el demandante con Telefónica del Perú S.A.A., solo pudo ser despedido por la empresa Cobra Perú S.A.

c) Sentencia de segunda instancia: El Colegiado de la Segunda Sala Laboral de Lambayeque, mediante Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, confirmó la Sentencia emitida en primera instancia, al argumentar que Cobra Perú S.A.A. es una empresa con independencia jurídica, económica y administrativa, al acreditarse la pluralidad de clientes, que cuenta con un equipamiento, inversión de capital y la retribución por obra o servicio. De otro lado, el Acta Inspectiva que obra en autos no certifica la desnaturalización del contrato entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra Perú S.A.A., pues, el demandante aparece como denunciante, mas no se encuentra individualizado en ninguna de las visitas inspectivas.

Segundo: Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, incluyendo otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: La causal denunciada en el **ítem i)**, está referida a la **infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245**.

El artículo de la norma en mención, prescribe:

“Artículo 5.- Desnaturalización

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”.

Cabe señalar que la infracción normativa **por inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR**, prevista en el **ítem ii)**, tiene relación directa con la infracción anterior, por lo que se debe hacer un análisis en conjunto.

Los artículos de la norma en mención, precisan:

“Artículo 3.- Requisitos

Para efectos de la Ley, los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de la misma son copulativos¹. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización”.

¹ Ley N° 29245
“Artículo 2.- Definición



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma”.

Al respecto, corresponde señalar que aun cuando la infracción normativa respecto a la **inaplicación del artículo 16° de la Ley N° 28806**, establecida en el **ítem iii)**, no tiene relación directa con las demás causales, se debe tener en cuenta, que dicha infracción tiene relevancia jurídica para resolver las demás infracciones, pues, el recurrente sustenta la desnaturalización de la tercerización, entre otros, en los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo; en consecuencia, para un mejor resolver corresponde un análisis en conjunto.

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



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Para tal efecto el artículo de la norma en mención, prescribe:

“Artículo 16.- Actas de Infracción

Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador.

Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección del Trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten”.
(Subrayado es nuestro).

Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, el tema en controversia está relacionado a determinar si se ha configurado la desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre las empresas co demandadas, de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, para establecer el vínculo laboral del demandante con la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A.

Quinto: Alcances sobre la Tercerización

La tercerización, conocida en doctrina como el “*Outsourcing*” es definida como el proceso de externalización de servicios, caracterizado por la desvinculación del



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT**

empleador de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Esta desvinculación no es solamente de mano de obra, sino se consolida en un servicio integral.

El Autor Jorge Toyama, sobre la tercerización señala:

“(...) todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad, que previamente se desarrollaban por una misma empresa, o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero”².

El Tribunal Constitucional, señala en la Sentencia, recaída en el expediente N° 02111-2012-PA/TC, lo siguiente:

“11. La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que surge como respuesta a las nuevas necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o

² .TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *“El Derecho Individual del Trabajo en el Perú”*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2015, pp. 188.



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [Schneider, Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47].

12. *En consonancia con esta finalidad, el artículo 2º de la Ley N.º 29245, “Ley que regula los servicios de tercerización”, define a esta última como “(...) la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”.*

Sexto: Sobre la desnaturalización de la tercerización

Para que no se desvirtúe la figura jurídica de tercerización tienen que presentarse en forma conjunta los cuatro requisitos del primer párrafo del artículo 2º de la Ley N° 29245, esto es: **1)** que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo. **2)** que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. **3)** que sean responsables por los resultados de sus actividades; y **4)** que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación. Asimismo, el segundo párrafo, del artículo mencionado, indica determinados indicios a partir de lo cual se debe de analizar la existencia de autonomía empresarial, a saber: la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital, retribución por obra o servicio; éstos sin embargo, deben ser evaluados ponderadamente en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas, principal y tercerizadora (artículo 4º, Decreto Sup remo N° 006-2008-TR).

Respecto al indicio del equipamiento propio, para determinar la autonomía de la tercerizadora, se debe señalar que se entiende que ésta cuenta con equipo propio



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

cuando: (i) son de su propiedad; (ii) se mantiene bajo su administración y responsabilidad; (iii) en cuanto resulte razonable, la tercerizadora use equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral (artículo 4.3, Decreto Supremo N°006-2008-TR).

Entre otros, indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal: la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, 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, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la principal.

Séptimo: De ello se puede concluir que la tercerización constituye la descentralización de la producción y de la prestación de servicios, a través del cual, la empresa principal se desprende de parte de sus actividades, que incluso pueden ser parte de su *core business*, y las externaliza hacia otras empresas que detentan autonomía de patrimonio, administrativa y funcional. No obstante, subyace del marco legal sobre la tercerización que esta no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar los derechos colectivos de los trabajadores, sancionando en su caso con la desnaturalización de la tercerización que tiene como consecuencia que la empresa principal sea el empleador del trabajo desplazado, desde el momento en que se produce la misma (artículo 6°, Ley N°29245 y artículo 6° del Decreto Supremo N°0 06-2008-TR).

Octavo: Para efectos del análisis de la tercerización se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, el cual constituye uno de los instrumentos de



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

mayor relevancia en el Derecho de Trabajo, por cuanto permite al Juez establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual, privilegiando lo que sucede en el campo de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos³, principio que ha sido positivado en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Noveno: Solución al caso concreto

De la revisión de autos, se aprecia que la codemandada Telefónica del Perú S.A.A, en adelante “empresa principal”, suscribe un contrato de tercerización con la codemandada Cobra Perú S.A., en adelante “empresa tercerizadora”, para que brinde los servicios de atención técnica al cliente y de ingeniería, mantenimiento y construcción de planta externa, de acuerdo a los términos detallados en la instrumental, que corre en fojas ciento veintiséis a trescientos sesenta y uno.

El demandante sostiene en su demanda que se ha desnaturalizado el contrato de tercerización, por los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo en la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPE LA, los cuales son los siguientes: i) con la visita inspectiva se acredita que Telefónica del Perú S.A.A. suministra materiales de trabajo a Cobra Perú S.A., ii) la empresa tercerizadora utiliza los soportes informáticos “Gestel y Gescab” de Telefónica del Perú S.A.A., y iii) el poder de dirección lo ejerce Telefónica del Perú S.A.A., pues, de las visitas inspectivas se acredita que la empresa en mención supervisa las labores de los trabajadores de Cobra Perú S.A. y que algunos trabajadores de la última empresa realizan labores de limpieza en las cabinas telefónicas.

³ De conformidad con lo señalado por PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del derecho del trabajo”. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 243, que refiere sobre el principio de primacía de la realidad lo siguiente: “ (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos”



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Décimo: De acuerdo a lo expuesto, y atendiendo a lo descrito en el recurso de casación, corresponde analizar los requisitos del contrato de tercerización, para efectos de establecer, si se encuentra desnaturalizado o no, teniendo en cuenta los fundamentos que sostienen ambas partes, los medios probatorios actuados en el proceso y las normas pertinentes. (Ley N° 29245, Decreto Supremo N° 006-2008-TR y Ley N° 28806)

Décimo Primero: El primer requisito de tercerización se circunscribe: “*Que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo*”

De la cláusula sexta del Contrato de Locación de Servicios de Atención al Cliente, Mantenimiento y Construcción Planta Externa – Proceso SAC N° 12415717, que corre en fojas ciento treinta y cinco a ciento cuarenta y tres, se verifica, lo siguiente: “*La Empresa Colaboradora ejecutará por sí misma los servicios descritos en el presente Contrato y en consecuencia, no podrá ceder; ni subcontratar a un tercero más allá de los límites de subcontratación permitidos, salvo que cuenta con la previa y expresa autorización escrita de Telefónica. La Empresa Colaboradora deberá proporcionar las herramientas, maquinarias, elementos de señalización, equipos de protección personal, materiales y cualquier otro elemento necesario para la ejecución del servicio, por su cuenta y costo (...) La Empresa Colaboradora garantiza que durante la ejecución de los trabajos no hará uso incorrecto de los bienes e instalaciones del cliente ni los de Telefónica (...)* La Empresa Colaboradora es la responsable del control, supervisión y dirección técnica (...); Además, en la cláusula quinta, se detalla las responsabilidades, respecto las sanciones, multas, penalizaciones, daños, las obligaciones fiscales y de carácter financiero, entre otros.

De lo anotado, se corrobora que la empresa tercerizadora cumple con el primer requisito, pues, asume los servicios contratados por su cuenta y riesgo, teniendo en cuenta las responsabilidades que pudiera tener sobre los servicios.



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Décimo Segundo: El segundo requisito: “*Que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales*”:

De la revisión del expediente, se observa que la empresa tercerizadora acredita sus recursos con sus estados financieros y documentos contables, lo acordado en el Contrato Bucle. Además de tener en cuenta el Anexo número tres: suministro de materiales de la empresa tercerizadora, que corre en fojas trescientos catorce a trescientos veintiuno, donde se detalla cuáles son los materiales suministrados.

Aunado a ello, y si bien los documentos, que corren en fojas mil ciento treinta y ocho a mil cuatrocientos treinta y ocho, no constituyen medios probatorios admitidos en el proceso, cabe citar de manera ilustrativa, que dichas instrumentales contienen las licencias de funcionamiento, los registros de compra de equipos de protección personal, notas de entrega y devolución de herramientas y uniformes, constancias de arrendamientos de inmuebles y vehículos, entre otros de la empresa tercerizadora.

Décimo Tercero: Sobre este requisito, cabe resaltar lo expuesto por el demandante, en observancia del considerando noveno, respecto que la empresa principal suministra materiales de trabajo a Cobra Perú S.A., y utiliza sus soportes informáticos “Gestel y Gescab”, de acuerdo la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA.

Bajo ese contexto, corresponde analizar el Informe Final de Actuaciones Inspectivas promovido por la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA, cuyos hechos constatados, ostentan valor y fuerza probatoria, de acuerdo al artículo 16° de la Ley N° 28806.

En el Informe en mención, se establece lo siguiente: “*Siendo las 12:30 horas del día 15/03/13 (...) Se observa al entrevistado en posesión de dos llaves, una de la*”



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

puerta de ingreso y otra de la puerta de ingreso al MDF, manifestando que dichas llaves todos los días recoge y devuelve al servicio de vigilancia ubicado en las oficinas de telefónica(...) Siendo las 18: 15 horas del día 15/03/13 (...) En cuanto a los materiales encontrados en los tres almacenes el entrevistado indico que estos son repartidos en un 100% por la Telefónica-movistar, precisó que los equipos son enviados desde el almacén nodal (...) Se realizó recorrido al área donde operan sus sistemas constatando el uso del programa Gestel (telefónica básica Speedy) y el programa GESGAC (cables) (...) En la presente diligencia se obtiene ordenes de servicios de los sistemas GESTEL y GESCAB (...), así como las guías de remisión (...) de Telefónica del Perú S.A.A. respecto del envió de material del almacén nodal en Lima hasta este almacén (...)."

De lo anotado, corresponde señalar que el Inspector de Trabajo ha constatado los siguientes hechos: i) que un trabajador de la empresa tercerizadora ostenta llaves de puerta de ingreso y otra de la puerta de ingreso al MDF de la empresa principal, ii) el uso del programa Gestel (telefónica básica Speedy) y el programa GESGAC (cables) de la empresa principal y iii) se obtiene ordenes de servicios de los sistemas GESTEL y GESCAB, así como las guías de remisión de Telefónica del Perú S.A.A. respecto del envió de material del almacén nodal en Lima hasta este almacén. Es de precisar, que las manifestaciones de los trabajadores no han sido constatadas por el Inspector, pues, constituyen declaraciones unilaterales; motivo por el cual, requieren de otros medios probatorios, para su veracidad.

Décimo Cuarto: Para efectos de analizar los hechos constatados por el Inspector, se debe tener en cuenta la cláusula sexta del contrato suscrito entre las co demandadas, que corre en fojas ciento treinta y seis, parte pertinente, que acuerda lo siguiente: *"La Empresa Colaboradora deberá proporcionar las herramientas, maquinarias, elementos de señalización, equipos de personal, materiales (...), **salvo aquellos materiales que Telefónica decida proporcionar debido a la***



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

particularidad de sus especificaciones técnicas. (...)”, y de la cláusula décimo tercera, que corre en fojas ciento cincuenta y cuatro: “(...) La **Empresa Colaboradora deberá mantener absoluta confidencialidad respecto de la celebración de este contrato, de los servicios, así como de las informaciones y documentos que se le proporcionen y a los que tenga acceso como consecuencia de la ejecución del mismo** (...)”. (Subrayado y negrita es nuestro)

Décimo Quinto: De lo expuesto, si bien la empresa principal le proporcionó algunos materiales a la empresa tercerizadora y le concedió el uso de algunos programas, también es cierto, que el contrato suscrito entre las codemandadas, permitió que la empresa principal proporcione a la empresa tercerizadora los materiales, que por su particularidad solo lo puede ostentar la empresa principal, atendiendo a su condición de operador de telecomunicaciones. Asimismo, se acordó que la empresa tercerizadora pueda tener acceso a los servicios de Telefónica del Perú S.A.A., siempre y cuando cumplan con la confidencialidad, de lo que se infiere que pueda utilizar algunos sistemas informáticos (GESTEL y GESCAB), más aún, si según lo expuesto por la co demandada Telefónica del Perú S.A.A. en su contestación de demanda, a través de dichos sistemas informáticos se podía verificar la cantidad de reparaciones, instalaciones, entre otros, relacionados al servicio prestado por la empresa tercerizadora, extremo que no ha sido cuestionado.

Décimo Sexto: En ese contexto, los hechos constatados por el Inspector de Trabajo en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas, no enerva los hechos acreditados, a través de las instrumentales, que corren en fojas mil ciento treinta y ocho a mil cuatrocientos treinta y ocho, los cuales han sido detallados en el considerando décimo tercero, por lo que, corresponde concluir, que la empresa tercerizadora cuenta con sus propios recursos financieros, técnico o materiales, para la prestación de su servicio.



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Décimo Séptimo: El tercer requisito: “*Que sean responsables por los resultados de sus actividades*”.

De la cláusula quinta del Contrato de Locación de Servicios de Atención al Cliente, Mantenimiento y Construcción Planta Externa – Proceso SAC Nº 12415717, que corre en fojas ciento veintiocho a ciento treinta y cinco, se verifica, lo siguiente: “5.1. Responsabilidad General de la Empresa Colaboradora. La Empresa Colaboradora ejecutara por su cuenta, costo y riesgo, bajo su total responsabilidad los servicios descritos en el presente Contrato, cumpliendo todas las obligaciones impuestas por la legislación peruana vigente en materia laboral, de seguridad y salud en el trabajo, de confidencialidad y secreto de las telecomunicaciones (...) La Empresa Colaboradora será responsable del pago de las sanciones, liquidaciones, multas, penalizaciones, entre otros (...) 5.2. Responsabilidad por daños (...) 5.3. Gestión de recursos humanos (...) 5.4. Seguridad y salud en el trabajo (...)”. (Subrayado es nuestro).

De lo anotado, se aprecia que la empresa tercerizadora es responsable de los resultados de sus actividades; además, según los documentos, que corren de fojas trescientos ochenta y uno a trescientos ochenta, se advierte las penalidades ejecutadas por la empresa principal, por los resultados de los servicios de la empresa tercerizadora.

Décimo Octavo: El cuarto requisito: “*Que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación*”.

Respecto este requisito, se debe tener en cuenta lo expuesto por el actor, en observancia del considerando noveno, sobre el poder de dirección que ejerce la empresa principal, lo cual se acreditaría con las visitas inspectivas prescritas en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas que obra en autos.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT**

Para tal efecto, corresponde precisar que en las Visitas Inspectivas de fechas catorce y quince de marzo de dos mil trece, diecinueve de abril de dos mil trece y dos de mayo de dos mil trece, previstas en el Informe Final, que corre en fojas noventa y uno a ciento seis, el Inspector ha transcrito las declaraciones unilaterales de los trabajadores de la empresa tercerizadora Cobra Perú S.A. quienes argumentaron que eran supervisados por trabajadores la empresa principal, los mismos que se constituían como sus jefes; por su parte los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. argumentaron entre otros fundamentos, que eran supervisores de la calidad. Sobre el particular, cabe indicar que dichos argumentos no pueden ser considerados como hechos constatados por el Inspector con fuerza probatoria, de acuerdo al artículo 16° de la Ley N° 28806, pues, son declaraciones unilaterales, que requieren de otros medios probatorios para generar convicción.

De otro lado, se verifica en la Visita Inspectiva de fecha catorce de marzo de dos mil trece, que el Inspector constató un trabajo en conjunto entre un trabajador de la empresa tercerizadora y un trabajador de la empresa principal, los cuales habían descendido de un vehículo; no obstante, dicho supuesto no puede ser suficiente para determinar la subordinación entre un trabajador de Cobra Perú S.A. con la empresa principal, pues, aun cuando tenga valor y fuerza probatoria, no genera convicción sobre la subordinación, más aún, si en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas y en su aclaración, se concluye que no existe incumplimientos de la empresa tercerizadora Cobra Perú S.A, por el contrario, solo se establece indicios de desnaturalización, entre otros, por la supuesta supervisión (Aclaración). Asimismo, sobre la limpieza de las cabinas, se debe tener en cuenta que la empresa tercerizadora debe velar por el mantenimiento de la planta externa.

En ese contexto, se advierte: i) no obra documentos que acrediten la subordinación del demandante por parte de la empresa principal Telefónica del



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Perú S.A.A., ii) el demandante no ha sido individualizado en las visitas inspectivas, iii) no se acreditó un desplazamiento continuo del demandante a las instalaciones de la empresa principal, iv) en el expediente obra los contratos de trabajo suscritos entre el actor y Cobra Perú S.A., iv) en la cláusula sexta del contrato suscrito entre las co codemandadas, que corre en fojas ciento treinta y seis, se acuerda que Telefónica podrá realizar inspecciones y evaluaciones de los servicios de Cobra Perú S.A. a fin de comprobar la calidad del servicio prestado.

De lo anotado, se puede concluir que el demandante estuvo bajo exclusiva subordinación de Cobra Perú S.A., empresa que es responsable por los resultados de sus actividades.

Décimo Noveno: Respecto los indicios de la tercerización, se debe precisar que se encuentra acreditado en autos la pluralidad de clientes de la empresa tercerizadora, a través del listado, que corre en fojas trescientos sesenta y dos, y los contratos de prestación de servicios, que corren en fojas seiscientos noventa y uno a setecientos cuarenta y ocho; además, de contar con su equipamiento propio, los cuales estaban bajo su administración y responsabilidad, de acuerdo a las instrumentales que corren en fojas mil ciento treinta y ocho a mil cuatrocientos treinta y ocho. Asimismo, se verifica del expediente que el servicio prestado por la empresa tercerizadora ha sido de manera autónoma.

Vigésimo: Siendo así, ha quedado establecido que el contrato de tercerización suscrito entre la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A. y la empresa Cobra Perú S.A., cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 29245, por lo que se constituyen como empresas autónomas. Asimismo, no se verifica que actor este bajo la subordinación de la empresa principal y que no laboró luego de la cancelación del registro de la empresa tercerizadora, para efectos de que se configure la desnaturalización de la tercerización, de acuerdo al artículo 5° de la Ley N° 29245, y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

2008.TR. De otro lado, no se verifica que los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los cuales tienen fuerza probatoria, en atención al artículo 16° de la Ley N° 28806, acredite algún supuesto de desnaturalización de la tercerización.

Vigésimo Primero: En atención a lo expuesto, y aun cuando el Colegiado Superior no ha cumplido con analizar de manera disgregada los dispositivos legales citados en el considerando precedente, ello no es argumento suficiente para considerar que la conclusión arribada por la Sala Superior sea contraria a Ley, pues, determinó que no se ha desnaturalizado la tercerización, bajo un análisis debidamente motivado, conclusión que es concordante con lo expuesto por esta Sala Suprema en el considerando precedente.

Vigésimo Segundo: En mérito a lo anotado, se concluye que el Colegiado Superior no ha existido infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245, los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR y el artículo 16° de la Ley N° 28806, prescritos en los **ítems i), ii) y iii)**; por consiguiente, las causales devienen en **infundado**.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Armando Guimarey Vertiz**, mediante escrito presentado el veinticinco de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos treinta y uno a mil ochocientos cincuenta y seis; **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos dieciocho a mil ochocientos veintiséis; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso laboral seguido con la



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

parte demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otro, y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

RUBIO ZEVALLOS

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

Jmrp

EL VOTO EN MINORÍA DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA DE LA ROSA BEDRIÑANA, CON LA ADHESIÓN DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO YRIVARREN FALLAQUE ES COMO SIGUE:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Armando Guimarey Vertiz**, mediante escrito presentado el veinticinco de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos treinta y uno a mil ochocientos cincuenta y seis, contra la Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos dieciocho a mil ochocientos veintiséis, que **confirmó** la Sentencia apelada de fecha nueve de junio de dos mil quince, que corre en fojas mil seiscientos veintiséis a mil seiscientos cincuenta y nueve, que declaró **infundada** la demanda; en el proceso laboral seguido con la parte



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otro.

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurso de casación interpuesto por el demandante, se declaró procedente mediante Resolución de fecha uno de setiembre de dos mil diecisiete, que corre en fojas ciento treinta y uno a ciento treinta y seis, del cuaderno de casación, por las causales de:

- i) Infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N°29245.***
- ii) Infracción normativa por inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N°006-2008-TR.***
- iii) Infracción normativa por inaplicación del artículo 16° de la Ley N°28806.***

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: De la pretensión demandada

Conforme se advierte del escrito de demanda, que corre en fojas cincuenta y cinco a setenta y uno, el actor solicita como pretensión principal, la desnaturalización del contrato de tercerización y su reposición en su puesto de trabajo, por haberse configurado la nulidad de despido dentro de la causal tipificada en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; y como pretensión subordinada, la desnaturalización de la relación laboral con Telefónica del Perú S.A.A. y su reposición por despido incausado.



**SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

**CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT**

Segundo: Del pronunciamiento de las instancias de mérito

El Juez del Tercer Juzgado Transitorio de Trabajo de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Sentencia de fecha nueve de junio de dos mil quince, declaró infundada la demanda, al considerar que no se encuentra acreditado la subordinación del actor por parte de la empresa principal, Telefónica del Perú S.A.A.. Además que se constató que la empresa tercerizadora, cumple con los siguientes supuestos: i) Presta servicio por su cuenta y riesgo, ii) cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, iii) es responsable por los resultados de sus actividades y iv) sus trabajadores se encuentran bajo su exclusiva subordinación. De otro lado, no se acreditó que las labores desempeñadas por el demandante eran de desplazamiento continuo hacia la empresa principal. En ese sentido, al no existir un vínculo laboral entre el demandante con Telefónica del Perú S.A.A., solo pudo ser despedido por la empresa Cobra Perú S.A.

Por su parte, el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de Lambayeque, mediante Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, confirmó la Sentencia emitida en primera instancia, al argumentar que Cobra Perú S.A.A. es una empresa con independencia jurídica, económica y administrativa, al acreditarse la pluralidad de clientes, que cuenta con un equipamiento, inversión de capital y la retribución por obra o servicio. De otro lado, el Acta Inspectiva que obra en autos no certifica la desnaturalización del contrato entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra Perú S.A.A., pues, el demandante aparece como denunciante, mas no se encuentra individualizado en ninguna de las visitas inspectivas.

Tercero: Infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma, las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de normas de derecho material, incluyendo otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Cuarto: La causal denunciada en el *ítem i)*, está referida a la ***infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245.***

El artículo de la norma en mención, prescribe:

“Artículo 5.- Desnaturalización

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”.

Cabe señalar que la infracción normativa ***por inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR,*** prevista en el *ítem ii)*, tiene relación directa con la infracción anterior, por lo que se debe hacer un análisis conjunto.

Los artículos de la norma en mención, precisan:

“Artículo 3.- Requisitos



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Para efectos de la Ley, los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de la misma son copulativos⁴. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización”.

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma”.

Al respecto, corresponde señalar que aun cuando la infracción normativa respecto a la **inaplicación del artículo 16° de la Ley N°28806** , establecida en el **ítem iii)**, no tiene relación directa con las infracciones anteriores, se debe tener en cuenta, que dicha infracción tiene relevancia jurídica para resolver las demás infracciones, pues, el recurrente sustenta la desnaturalización de la tercerización, entre otros, en los hechos constatados por la Autoridad

⁴ Ley N°29245
“Artículo 2.- Definición



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Administrativa de Trabajo; en consecuencia, para un mejor resolver corresponde un análisis en conjunto.

Para tal efecto el artículo de la norma en mención, prescribe:

“Artículo 16.- Actas de Infracción

Las Actas de Infracción por vulneración del ordenamiento jurídico sociolaboral, así como las actas de infracción por obstrucción a la labor inspectiva, se extenderán en modelo oficial y con los requisitos que se determinen en las normas reguladoras del procedimiento sancionador.

Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados.

El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección del Trabajo que se reflejen en los informes así como en los documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten”.
(Subrayado es nuestro).

Quinto: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, el tema en controversia está relacionado a determinar si se ha configurado la desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre las codemandadas, de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 2924 5 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, y con ello establecer que existe vínculo laboral entre el demandante y la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A.



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Sexto: Alcances sobre la Tercerización

El artículo 2° de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, establece (...) *Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación... Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal...La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores (...).*

El Tribunal Constitucional, señala por su parte que:

“11. La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que surge como respuesta a las nuevas necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [Schneider,



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL N° 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47]. (Resaltado agregado).

Sétimo: Sobre la desnaturalización de la tercerización

Los cuatro requisitos que la ley exige para considerar válido un contrato de tercerización lo constituyen: **1)** que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo. **2)** que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. **3)** que sean responsables por los resultados de sus actividades; y, **4)** que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación.

Octavo: Ahora bien, a fin de determinar si un contrato de tercerización ha sido desnaturalizado se debe tener en cuenta el principio de primacía de la realidad, el cual constituye uno de los instrumentos de mayor relevancia en el Derecho de Trabajo, por cuanto permite al Juez establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual, privilegiando lo que sucede en los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos⁵, principio que ha sido positivado en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Noveno: Solución al caso concreto

El demandante sostiene en su demanda que se ha desnaturalizado el contrato de tercerización celebrado entre la co demandada Telefónica del Perú S.A.A, (en adelante “empresa principal”) con la co demandada Cobra Perú S.A. (en adelante “empresa tercerizadora”) para que brinde los servicios de atención técnica al cliente y de ingeniería, mantenimiento y construcción de planta externa, por cuanto la Autoridad Administrativa de Trabajo, en la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA, constató: i) que Telefónica del Perú S.A.A. suministra materiales de

⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los Principios del derecho del trabajo”. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 243.



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

trabajo a Cobra Perú S.A., ii) la empresa tercerizadora utiliza los soportes informáticos “Gestel y Gescab” de Telefónica del Perú S.A.A., y iii) el poder de dirección lo ejerce Telefónica del Perú S.A.A., pues, de las visitas inspectivas se acredita que la empresa en mención supervisa las labores de los trabajadores de Cobra Perú S.A. y que algunos trabajadores de la última empresa realiza labores de limpieza en las cabinas telefónicas.

Décimo: De acuerdo a lo expuesto, y atendiendo a lo expuesto en el recurso de casación, corresponde analizar si los requisitos del contrato de tercerización han sido observados o por el contrario se encuentra desnaturalizado, teniendo en cuenta los fundamentos que sostienen ambas partes, los medios probatorios actuados en el proceso y las normas pertinentes, para analizar el caso de autos (Ley N°29245, Decreto Supremo N°006-2008-TR y Ley N°28806).

Décimo Primero: Es de advertir que de la cláusula segunda del contrato denominado de Locación de Servicios de Atención al Cliente, Mantenimiento y Construcción Planta Externa – Proceso SAC N° 124157 17, el mismo que corre en fojas ciento veintiséis, se estableció que la codemandada COBRA PERÚ S.A., proveerá los siguientes servicios específicos: “a) *Atención técnica al cliente: involucra los servicios de instalación, rutinas y reparación en el domicilio de los clientes de Telefónica y sobre las redes de acceso de telecomunicaciones y las redes de distribución eléctrica, desde el MDF o nodo hasta el equipo terminal (...); ii) Ingeniería, construcción y mantenimiento de la planta externa: involucra los servicios de diseño, construcción y mantenimiento de la planta externa multipar, coaxial y de fibra óptica sobre las redes de telecomunicaciones y de distribución eléctrica; y las gestiones necesarias ante organismos oficiales y particulares para la obtención de permisos, constancias, conformidades y autorizaciones para la ejecución de las obras que se encuentran especificados en el Anexo 2*”. Para la ejecución del contrato citado se estableció en la cláusula sexta que: “*La Empresa Colaboradora*



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

ejecutará por sí misma los servicios descritos en el presente Contrato y en consecuencia, no podrá ceder; ni subcontratar a un tercero más allá de los límites de subcontratación permitidos, salvo que cuenta con la previa y expresa autorización escrita de Telefónica. La Empresa Colaboradora deberá proporcionar las herramientas, maquinarias, elementos de señalización, equipos de protección personal, materiales y cualquier otro elemento necesario para la ejecución del servicio, por su cuenta y costo (...) La Empresa Colaboradora garantiza que durante la ejecución de los trabajos no hará uso incorrecto de los bienes e instalaciones del cliente ni los de Telefónica (...) La Empresa Colaboradora es la responsable del control, supervisión y dirección técnica (...)". **(Resaltado agregado).**

De lo anotado, se corrobora que la empresa tercerizadora para cumplir con el primer requisito establecido por la ley, asume en el contrato que los servicios contratados son de su cuenta y riesgo, teniendo en cuenta las responsabilidades que pudiera tener sobre los servicios.

Décimo Segundo: Ahora bien, el demandante alega que la empresa principal suministra materiales de trabajo a Cobra Perú S.A., y utiliza sus soportes informáticos "Gestel y Gescab".

Conforme se desprende del acta de visita inspectiva del quince de marzo de dos mil trece, realizado en las instalaciones de la empresa cobra (almacén) el inspector verificó que la empresa Telefónica del Perú (empresa principal) suministra materiales de trabajo a la co demandada (empresa tercerizadora) para la ejecución de los servicios a que se obligaba en los contratos. En el Informe Final de Actuaciones Inspectivas llevada a cabo en mérito a la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA, cuyos hechos constatados, ostentan valor y fuerza probatoria, de acuerdo al artículo 16° de la Ley N° 28806, se menciona, lo siguiente: "Siendo las 12:30 horas del día 15/03/13 (...) Se observa al entrevistado en posesión de dos llaves, una de la puerta de ingreso y otra de la puerta de



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

ingreso al MDF, manifestando que dichas llaves todos los días recoge y devuelve al servicio de vigilancia ubicado en las oficinas de telefónica(...) Siendo las 18: 15 horas del día 15/03/13 (...) En cuanto a los materiales encontrados en los tres almacenes el entrevistado indico que estos son repartidos en un 100% por la Telefónica-movistar, precisó que los equipos son enviados desde el almacén nodal (...) Se realizó recorrido al área donde operan sus sistemas constatando el uso del programa Gestel (telefónica básica Speedy) y el programa GESGAC (cables) (...) En la presente diligencia se obtiene ordenes de servicios de los sistemas GESTEL y GESGAB (...), así como las guías de remisión (...) de Telefónica del Perú S.A.A. respecto del envió de material del almacén nodal en Lima hasta este almacén (...)". (Resaltado agregado).

El Inspector de Trabajo constató entonces: i) que un trabajador de la empresa tercerizadora tenía llaves de la puerta de ingreso y otra de la puerta al ingreso MDF de la empresa principal; ii) el uso del programa Gestel (telefónica básica Speedy) y del programa GESGAC (cables) de la empresa principal; recabando dicho funcionario del local de la empresa COBRA ordenes de servicios de los sistemas GESTEL y GESGAB, así como las guías de remisión de Telefónica del Perú S.A.A de material del almacén nodal en Lima hasta el almacén inspeccionado correspondiente a la codemandada. No son pues, manifestaciones unilaterales de las partes, sino hechos constatados por el Inspector, recabando in situ documentación que sustenta el dicho del demandante.

Décimo Tercero: En relación a los hechos constatados por el Inspector, se debe tener en cuenta que en la cláusula sexta del contrato suscrito entre las demandadas, el mismo que corre en fojas ciento treinta y seis, parte pertinente, se menciona que la empresa COBRA debía ejecutar "(...) *por sí misma los servicios objeto del contrato*". Y si es cierto, líneas después se consigna como excepción a esa obligación la entrega de "(...) **materiales que telefónica decida**



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

proporcionar debido a la particularidad de sus especificaciones técnicas”.

Ello no enerva en absoluto el hecho constatado por el inspector de trabajo de que quien proporciona los materiales para la ejecución del servicio era la empresa principal y no la tercerizadora, quien se obligó a ejecutar por si misma los servicios, y quien debía proporcionar las herramientas, maquinarias (...) materiales y cualquier otro elemento necesario para la ejecución del servicio.

En autos no se ha probado que los materiales otorgados por Telefónica a la empresa tercerizadora hayan sido producto de especificaciones técnicas particulares, y distintas a los materiales que como empresa tercerizadora debería tener para cumplir la actividad que venía realizando la empresa principal y que le fue trasladada a la codemandada COBRA PERÚ S.A.

Entonces, si Telefónica del Perú entrega los materiales indispensables para que la empresa tercerizadora ejecute el servicio, si Telefónica del Perú realiza las inspecciones y evaluaciones de los servicios de la empresa tercerizadora, luego no se explica porque en el se mencionado que esta empresa asume por cuenta, costo y riesgo, bajo su total responsabilidad la ejecución de gastos (cláusula quinta).

Décimo Cuarto: Estando a lo antes glosado queda acreditado que ha existido desnaturalización en el contrato de tercerización suscritos por las codemandadas, por lo que debe reconocerse la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el demandante y la empresa telefónica del Perú en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Décimo Quinto: Respecto a la nulidad del despido

Cabe precisar, que el artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, dispone que: *"Para el despido de un trabajador*



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada". Y el artículo 31° de la referida norma legal establece que: "El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia".

Décimo Sexto: Habiéndose acreditado que la actora era una trabajada sujeta a una relación laboral de naturaleza indeterminada solamente podía ser despedida por causa relacionada con su conducta o por su capacidad laboral.

Décimo Séptimo: En el caso concreto, se tiene acreditado en autos que producto de la denuncia por el demandante – y otros trabajadores - ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (fojas siete y ocho) se realizaron diversas actuaciones inspectivas entre marzo y abril de dos mil trece, conforme se evidencia del Informe Final de actuaciones inspectivas, que corre en fojas dos a diez; con lo cual queda demostrado el nexo causal existente entre la actuación del actor de reclamar por sus derechos laborales afectados por ante la Autoridad Administrativa de Trabajo y el despido producido el treinta de abril de dos mil trece, el mismo que trata de justificar la demandada como vencimiento de contrato, configurándose el despido nulo previsto en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Décimo Octavo: Estando a las consideraciones expuestas, la suscrita considera que la instancia de mérito ha incurrido en infracción normativa de las causales denunciadas, deviniendo en fundado el recurso de casación, casaron la Sentencia



SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

CASACIÓN LABORAL Nº 20153-2016
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otro
PROCESO ORDINARIO- NLPT

de Vista y actuando en sede de instancia debe revocar la sentencia apelada, que declara infundada la demanda, y reformándola declarar **fundada**, ordenando la reposición del trabajador.

Por estas consideraciones:

MI VOTO es porque **SE DECLARE FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Armando Guimarey Vertiz**, mediante escrito presentado el veinticinco de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos treinta y uno a mil ochocientos cincuenta y seis; en consecuencia **SE CASE** la Sentencia de Vista de fecha ocho de agosto de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil ochocientos dieciocho a mil ochocientos veintiséis; y *actuando en sede de instancia*, **SE REVOQUE** la **Sentencia apelada** de fecha nueve de junio de dos mil quince, que corre en fojas mil seiscientos veintiséis a mil seiscientos cincuenta y nueve, que declaró **infundada la demandada**, y **REFORMÁNDOLA** se declare fundada; en consecuencia, desnaturalizados los contratos de tercerización, la existencia de vínculo laboral entre el demandante y la empresa Telefónica del Perú; nulo el despido, en consecuencia, ordenar la reposición del demandante en el cargo que venía ocupando antes del despido u otro similar o de igual categoría. Careciendo de objeto emitir pronunciamiento sobre la pretensión de subordinada de reposición por despido incausado; y **SE ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otro, y se devolvieron.

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

YRIVARREN FALLAQUE

Lbmn