



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición 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 número 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, veinticinco de abril de dos mil dieciocho.-

VISTO; interviniendo como **ponente**, el señor juez supremo **Yaya Zumaeta**, con la adhesión de los señores jueces supremos: Arévalo Vela, Yrivarren Fallaque, y Malca Guaylupo; y el **voto en discordia** de la señora jueza suprema **De La Rosa Bedriñana**, con la adhesión de la señora jueza suprema: Rodríguez Chávez; y **CONSIDERANDO:**

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante **Carlos Enrique Olivera Vallejos**, mediante escrito presentado con fecha veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos sesenta y dos-A, contra la **Sentencia de Vista** contenida en la resolución de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro, que revocó la **sentencia apelada** contenida en la resolución de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon infundada; en el proceso seguido con la demandada **Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta y otra**, sobre reposición y otro.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

CAUSALES DEL RECURSO:

El recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diecisiete, que corre de fojas ciento cuarenta y siete a ciento cincuenta y uno del cuaderno formado, por las causales de: *i) infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley número 29245, e, ii) infracción normativa de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo número 006-2008-TR*, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes del caso

- a) **Pretensión:** Como se aprecia del escrito de demanda que corre de fojas cincuenta y cinco a setenta y uno, subsanada mediante escrito obrante de fojas setenta y cinco a ochenta y siete, el actor plantea como pretensión principal la reposición en el cargo de Técnico en Telefonía por haberse configurado la nulidad de despido, por la causal establecida en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR; y como pretensión subordinada, la reposición por despido incausado.

- b) **Sentencia de primera instancia:** El Séptimo Juzgado de Trabajo de la Provincia de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta, declaró fundada la demanda bajo la apreciación de haberse desnaturalizado los contratos de tercerización celebrados entre las



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

empresas codemandadas, y por tanto la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado, declarando la existencia de un despido nulo, y se requirió a la demandada que procede a reincorporar al demandante en el puesto habitual de trabajo, careciendo de objeto pronunciarse respecto a la pretensión de despido incausado.

- c) Sentencia de segunda instancia:** La Segunda Sala Laboral de la misma Corte Superior de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro, revocó la sentencia apelada contenida en la resolución de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta, que declaró fundada la demanda y reformándola la declararon infundada.

Infracción normativa

Segundo: 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. Sobre los alcances del concepto de infracción normativa, quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley número 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley número 27021, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma, además de otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Delimitación del objeto de pronunciamiento

Tercero: Conforme a las causales de casación declaradas procedentes en el auto calificadorio del recurso interpuesto el veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

sesenta y dos-A, la presente resolución debe circunscribirse a delimitar si se ha incurrido en infracción normativa por:

i) Inaplicación del artículo 5° de la Ley número 29 245, e inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo número 00 6-2008-TR. Se ha referido para ello en el recurso que la Sala Superior no ha verificado escrupulosamente el cumplimiento de los requisitos copulativos que deben cumplirse en la tercerización, y ante el incumplimiento de algún requisito esencial o que la ausencia de los elementos característicos fueran indicio suficiente de ello, evidenciará que se ha configurado una simple provisión de personal, por lo que los trabajadores de la contratista deberán considerarse trabajadores de la empresa principal.

De advertirse la consistencia y amparo de las infracciones normativas corresponderá a esta Suprema Sala declarar fundado el recurso de casación interpuesto, de conformidad con el artículo 39° de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo; en sentido contrario, de no presentarse las afectaciones alegadas por el recurrente, el recurso devendrá en infundado.

Cuarto: Análisis y Fundamentación de esta Sala Suprema

Apuntes Previos sobre el Recurso de Casación

4.1. El Recurso de Casación tiene por fines la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República, conforme lo precisa el Artículo 384° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria según autorización contenida en la Primera Disposición Complementaria de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo. En materia de casación es factible el control de las decisiones jurisdiccionales, con el propósito de determinar si en ellas se han infringido o no las normas que garantizan el derecho al proceso regular, teniendo en consideración que éste supone el cumplimiento de los principios y



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

garantías que regulan al proceso como instrumento judicial, precaviendo sobre todo el ejercicio del derecho a la defensa de las partes en conflicto.

4.2. La labor casatoria es una función de cognición especial, sobre vicios en la resolución por infracciones normativas que inciden en la decisión judicial, ejerciendo como vigilantes el control de derecho, velando por su cumplimiento *“y por su correcta aplicación a los casos litigiosos, a través de un poder independiente que cumple la función jurisdiccional”*¹, revisando si los casos particulares que acceden a casación se resuelven de acuerdo a la normatividad jurídica, correspondiendo a los Jueces de casación custodiar que los Jueces encargados de impartir justicia en el asunto concreto respeten el derecho objetivo en la solución de los conflictos. Así también, habiéndose acogido entre los fines de la casación la función nomofiláctica, ésta no abre la posibilidad de acceder a una tercera instancia ni se orienta a verificar un reexamen del conflicto ni la obtención de un tercer pronunciamiento por otro Tribunal sobre el mismo petitorio y proceso, siendo más bien un Recurso singular que permite acceder a una Corte de Casación para el cumplimiento de determinados fines, como la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia de la República.

4.3. Por causal de casación ha de entenderse al motivo que la ley establece para la procedencia del Recurso², debiendo sustentarse en aquellas previamente señaladas en la ley, pudiendo por ende interponerse por apartamiento inmotivado del precedente judicial, por infracción de la ley o por quebrantamiento de la forma. Se consideran motivos de casación por infracción de la ley, la violación en el fallo de leyes que debieron aplicarse al caso, así

¹ HITTERS, Juan Carlos. Técnicas de los Recursos Extraordinarios y de la Casación. Librería Editora Platense, Segunda Edición, La Plata, página 166.

² Monroy Cabra, Marco Gerardo, Principios de Derecho Procesal Civil, Segunda Edición, Editorial Temis Librería, Bogotá Colombia, 1979, página 359.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

como la falta de congruencia de lo decidido con las pretensiones formuladas por las partes y la falta de competencia. Los motivos por quebrantamiento de la forma aluden a infracciones en el proceso³, por lo que en tal sentido si bien todas las causales suponen una violación de la ley, también lo es que éstas pueden darse en la forma o en el fondo.

4.4. La infracción normativa en el Recurso de Casación ha sido definida por el Supremo Tribunal en los siguientes términos: *“Que, la infracción normativa puede ser conceptualizada, como la afectación de las normas jurídicas en las que incurre la Sala 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 subsumidos en el mismo, las causales que anteriormente contemplaba el Código Procesal Civil en su artículo 386, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero además incluyen otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo”*⁴. Respecto a la infracción procesal, cabe anotar que ésta se configura cuando en el desarrollo de la causa no se han respetado los derechos procesales de las partes, se han soslayado o alterado actos del procedimiento, la tutela jurisdiccional no ha sido efectiva y/o el órgano judicial deja de motivar sus decisiones o lo hace en forma incoherente, en evidente quebrantamiento de la normatividad vigente y de los principios procesales.

Quinto: Respecto a la ***infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley número 29245.***

El artículo de la disposición en mención, regula:

³ De Pina Rafael, Principios de Derecho Procesal civil, Ediciones Jurídicas Hispano Americanas, México D.F, 1940, página 222.

⁴ Segundo considerando de la Casación N° 2545-2010 AREQUIPA del 18 de septiembre de dos mil doce, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

“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 número 006-2008-TR**, tiene relación directa con la infracción anterior, por lo que se debe hacer un análisis en conjunto.

Así, 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 copulativos⁵. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización”.

“Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

⁵ Ley N°29245

“Artículo 2.- Definición

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 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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”.

Alcances sobre la Tercerización

Sexto: La tercerización, conocida en doctrina como el “Outsourcing”, es definida como el proceso de externalización de servicios, caracterizado por la desvinculación del 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”⁶.

⁶. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú”. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2015, página 188.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente número 02111-2012-PA/TC, precisa 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 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’”.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Sobre la desnaturalización de la tercerización

Séptimo: Para que no se desvirtúe la figura jurídica de tercerización tienen que presentarse en forma conjunta los cuatro requisitos del primer párrafo del artículo 2° de la Ley número 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 los cuales se debe de analizar la existencia de autonomía empresarial, a saber: la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y 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 4° de l Decreto Supremo número 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 cuando: (i) son de su propiedad; (ii) se mantiene bajo su administración y responsabilidad; y, (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 del Decreto Supremo número 006-2008-TR).

Asimismo, 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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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.

Octavo: 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° de la Ley número 29245 y artículo 6° del Decreto Supremo número 006-2008-TR).

Noveno: 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 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 documentos⁷, principio que ha sido positivizado en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo número 003-97-TR.

⁷ 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° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Solución al caso concreto

Décimo: De la revisión de autos se aprecia que la codemandada Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, en adelante “empresa principal”, suscribe un contrato de tercerización con la codemandada Cobra Perú Sociedad Anónima, 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 de fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno.

El demandante sostiene en su demanda que se ha desnaturalizado el contrato tercerización, por los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo en la Orden de Inspección número 879-2013-GRTPELA, que corre de fojas tres a once.

Décimo Primero: 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 el contrato de tercerización suscrito entre las demandadas, teniendo en cuenta los fundamentos que sostienen ambas partes, los medios probatorios actuados en el proceso y las normas pertinentes (Ley número 29245, Decreto Supremo número 006-2008-TR y Ley número 28806)

Décimo Segundo: El primer requisito de tercerización precisa: “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 número 12415717, que corre de fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, 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*”



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

permitidos, salvo que cuente 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 detallan las responsabilidades, respecto a 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.

Décimo Tercero: 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 se tiene en cuenta el Anexo número tres: suministro de materiales de la empresa tercerizadora, que corre de fojas quinientos noventa y siete a seiscientos cuarenta y cuatro, donde se detalla cuáles son los materiales suministrados.

Décimo Cuarto: Sobre este requisito cabe resaltar lo expuesto por el demandante, en el sentido que la empresa principal suministra materiales de trabajo a Cobra Perú Sociedad Anónima y utiliza sus soportes informáticos “Gestel” y “Gescab”, de acuerdo la Orden de Inspección número 879-2013-GRTPELA que corre de fojas tres a once.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Bajo ese contexto, corresponde analizar el citado Informe Final de Actuaciones Inspectivas promovido por la Orden de Inspección número 879-2013-GRTPELA, cuyos hechos constatados ostentan valor y fuerza probatoria, de acuerdo al artículo 16° de la Ley número 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 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 indicó 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 envío de material del almacén nodal en Lima hasta este almacén (...)”.*

De lo anotado, corresponde señalar que el Inspector de Trabajo constató 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 Sociedad Anónima Abierta respecto del envío 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.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Décimo Quinto: Para analizar los hechos constatados por el Inspector, se debe tener en cuenta la cláusula sexta del contrato suscrito entre las codemandadas, que corre de fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, parte pertinente, en la que se 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 particularidad de sus especificaciones técnicas.** (...),”* y de la cláusula décimo tercera, que corre de fojas cuatrocientos treinta y ocho a cuatrocientos cuarenta: *“(...) 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 son nuestros).

Décimo Sexto: Con lo expuesto corresponde señalar que si bien la empresa principal 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 esos 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 Sociedad Anónima Abierta, siempre y cuando cumplan con la confidencialidad, de lo que se infiere que pueda utilizar algunos sistemas informáticos (GESTEL y GESAB), más aún si según lo expuesto por la citada codemandada en su contestación de demanda, a través de dichos sistemas informáticos se podía verificar la cantidad de reparaciones e instalaciones, entre otros, relacionados al servicio prestado por la empresa tercerizadora, extremo que no ha sido cuestionado.

Décimo Séptimo: En ese contexto, los hechos constatados por el Inspector de Trabajo en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas, no enerva los hechos



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

acreditados a través de las instrumentales actuadas en autos, por lo que corresponde concluir que la empresa tercerizadora cuenta con sus propios recursos financieros, técnico o materiales, para la prestación de su servicio, sin perjuicio de los que pueda proporcionarle la empresa principal, en ejecución del contrato suscrito entre ambas.

Décimo Octavo: 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 número 12415717, que corre de fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, 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 (...)”.*

De lo anotado, se aprecia que la empresa tercerizadora es responsable de los resultados de sus actividades, más aún si en el citado contrato se detallan las penalidades ejecutadas por la empresa principal por los resultados de los servicios de la empresa tercerizadora.

Décimo Noveno: El cuarto requisito: “Que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación”

Respecto a este requisito se debe tener en cuenta lo expuesto por el actor, sobre el poder dirección que ejerce la empresa principal, lo cual se acreditaría



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

con las visitas inspectivas referidas en el Informe Final de Actuaciones Inspectivas que obra en autos.

Para tal efecto, corresponde precisar que en las Visitas Inspectivas el Inspector ha transcrito las declaraciones unilaterales de los trabajadores de la empresa tercerizadora Cobra Perú Sociedad Anónima, 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 Sociedad Anónima Abierta 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 número 28806, desde que son declaraciones unilaterales que requieren de otros medios probatorios para generar convicción.

En ese sentido se advierte que: i) no obran documentos que acrediten la subordinación del demandante por parte de la empresa principal Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta; ii) no se acreditó un desplazamiento continuo del demandante a las instalaciones de la empresa principal; iii) en el expediente obran los contratos de trabajo suscritos entre el actor y Cobra Perú Sociedad Anónima; iv) en la cláusula sexta del contrato suscrito entre las codemandadas, que corre de fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, se acuerda que Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta podrá realizar inspecciones y evaluaciones de los servicios de Cobra Perú Sociedad Anónima. 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 Sociedad Anónima, empresa que es responsable por los resultados de sus actividades.

Vigésimo: Respecto a los indicios de la tercerización, se debe precisar que se encuentra acreditada en autos la pluralidad de clientes de la empresa



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

tercerizadora, además de contar con su equipamiento propio, los cuales estaban bajo su administración y responsabilidad. Asimismo, se verifica del expediente que el servicio prestado por la empresa tercerizadora lo fue de manera autónoma.

Vigésimo Primero: Siendo así, ha quedado establecido que el contrato de tercerización suscrito entre la empresa principal Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta y la empresa Cobra Perú Sociedad Anónima, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley número 29245, por lo que se constituyen como empresas autónomas. Asimismo, no se verifica que actor esté bajo la subordinación de la empresa principal y que no laboró luego de la cancelación del registro de la empresa tercerizadora, para efectos que se configure la desnaturalización de la tercerización, de acuerdo al artículo 5° de la Ley número 29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto o Supremo número 006-2008.TR.

Vigésimo Segundo: En atención a lo expuesto y aun cuando el Colegiado Superior no ha analizado de manera disgregada los dispositivos legales citados en el considerando inmediato precedente, ello no es 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 el criterio asumido por esta Sala Suprema.

Vigésimo Tercero: En base a lo indicado, el Superior Colegiado al expedir la Sentencia de Vista no ha infraccionado el artículo 5° de la Ley número 29245, ni artículos 3° y 5° del Decreto Supremo número 006-2008-TR, por lo que las causales denunciadas devienen en **infundadas**.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo establecido además por el artículo 41° de la Ley número 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo,



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Carlos Enrique Olivera Vallejos**, mediante escrito presentado con fecha veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos sesenta y dos-A; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano” conforme a Ley; en el proceso seguido con las demandadas **Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta y otra**, sobre reposición y otro; y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

YRIVARREN FALLAQUE

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

Avch

**EL VOTO DE ADHESIÓN DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO YRIVARREN
FALLAQUE, ES COMO SIGUE: -----**

Por compartir los fundamentos contenidos en el voto en discordia emitido por el Señor Juez Supremo Yaya Zumaeta y la adhesión de los Señores Jueces



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Supremos Arévalo Vela y Malca Guaylupo, **ME ADHIERO** al mismo; y **concuerto** que se **declare INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante **Carlos Enrique Olivera Vallejos**, mediante escrito presentado con fecha veintiocho de setiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos sesenta y dos – A; en consecuencia, **NO CASARON la Sentencia de Vista** de fecha catorce de setiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario oficial “El peruano” conforme a ley; en el proceso seguido por **Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta y otra**, sobre reposición ; y los devolvieron.-----

S.S.

YRIVARREN FALLAQUE

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA DOCTORA DE LA ROSA BEDRIÑANA, CON LA ADHESIÓN DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA: RODRÍGUEZ CHÁVEZ; ES COMO SIGUE: -----

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Carlos Enrique Olivera Vallejos**, mediante escrito presentado con fecha veintiocho de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos sesenta y dos-A, contra la **Sentencia de Vista** contenida



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

en la resolución de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro, que revocó la **sentencia apelada** contenida en la resolución de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta, que declaró fundada la demanda, y reformándola la declararon infundada; en el proceso seguido con la demandada **Telefónica del Perú S.A.A y otra**, sobre Desnaturalización de contrato y reposición.

CAUSALES DEL RECURSO:

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

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

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, subsanada en fojas setenta y cinco a ochenta y siete, el actor solicita como pretensión principal, la desnaturalización de los contratos de tercerización y su reposición en su puesto de trabajo, por haberse configurado



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 reposición por despido incausado.

Segundo: Del pronunciamiento de las instancias de mérito

El Juez del Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante sentencia de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta, declaró fundada la demanda sosteniendo que en tanto las codemandadas no han cumplido con desvirtuar los hallazgos evidenciados en las constataciones de inspección laboral, mediante las cuales, se advierte que los trabajadores de la codemandada Cobra realizan labores bajo subordinación de Telefónica del Perú, así como efectúan la prestación de sus servicios dentro de las instalaciones de esta última empresa, utilizando los enseres de dicho lugar (escritorio, computadoras, etc.), se encuentra acreditada la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre las codemandadas, y por tanto existe vínculo laboral a plazo indeterminado entre el demandante y la codemandada Telefónica del Perú S.A.A, declarándose asimismo, la existencia de un despido nulo, requiriéndosele a Telefónica que proceda a reincorporar al demandante en el puesto habitual de trabajo, careciendo de objeto pronunciarse respecto a la pretensión de despido incausado.

Por su parte, el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de la referida Corte de Justicia, mediante Sentencia de Vista de fecha catorce de septiembre de dos mil dieciséis, que corre de fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro, revocó la sentencia apelada y reformándola la declararon infundada. Como argumento central sostiene 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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

la retribución por obra o servicio, por tanto no se encuentra acreditada la desnaturalización de los contratos de tercerización suscritos entre las codemandadas.

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 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”.



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

Cabe señalar que la **infracción normativa 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

Para efectos de la Ley, los cuatro requisitos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de la misma son copulativos⁸. 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”.

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

⁸ Ley N° 29245
“Artículo 2.- Definición



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

codemandadas, de conformidad con el artículo 5° de la Ley N° 29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-T R, y con ello establecer si existe vínculo laboral entre el demandante y la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A.

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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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, 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 documentos⁹, 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 codemandada Telefónica del Perú S.A.A, (en adelante “empresa principal”) con la codemandada Cobra Perú S.A. (en

⁹ 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 N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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, que corre en fojas tres a once, constató: i) 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 realiza labores de limpieza en las cabinas telefónicas.

Décimo: De acuerdo a lo expuesto, y atendiendo a los argumentos vertidos 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 cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, 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 (...); b) Ingeniería, construcción y mantenimiento de la planta externa: involucra los servicios de diseño,*



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 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 (que corre en foja cinco) realizado en las instalaciones de la empresa Cobra S.A. (Almacén) el inspector verificó que la empresa Telefónica del Perú (empresa principal) suministra materiales de trabajo a la codemandada



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

(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 (que corre en foja cuatro): *“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 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 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 GESGAC (...), así como las guías de remisión (...) de Telefónica del Perú S.A.A. respecto del envío 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 GESGAC, 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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 codemandadas, el mismo que corre en fojas cuatrocientos diez a seiscientos cincuenta y uno, parte pertinente, se menciona que la empresa COBRA debía ejecutar “(...) *por sí misma los servicios objeto del contrato*”. Y líneas después se consigna como excepción a esa obligación la entrega de “(...) **materiales que Telefónica decida 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 sí 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, y realiza las inspecciones y evaluaciones de los servicios de la empresa tercerizadora, luego no se explica por qué en el mencionado contrato ésta empresa asume por cuenta, costo y riesgo, bajo su total responsabilidad la ejecución de los servicios descritos en el contrato (cláusula quinta).



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 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 el actor era un trabajador sujeto a una relación laboral de naturaleza indeterminada solamente podía ser despedido por causa relacionada con su conducta o por su capacidad laboral.

Décimo Sétimo: 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 (foja cuatro) 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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

tres a once; 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 de Vista y actuando en sede de instancia se confirma la sentencia apelada, que declara fundada la demanda, ordenándose la reposición del trabajador.

Por estas consideraciones:

NUESTRO VOTO es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Carlos Enrique Olivera Vallejos**, mediante escrito presentado el veintiocho de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil seiscientos cuarenta y tres a mil seiscientos sesenta y dos – A; en consecuencia **SE CASE** la Sentencia de Vista de fecha catorce de setiembre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil quinientos ochenta y dos a mil quinientos noventa y cuatro; *y actuando en sede de instancia*, **SE CONFIRME** la **Sentencia apelada** de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos veintidós a mil cuatrocientos cincuenta , que declaró **fundada la demandada**, y ordena 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 subordinada



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

**CASACIÓN LABORAL N° 20597-2016
LAMBAYEQUE
Reposición y otro
PROCESO ORDINARIO - NLPT**

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 Reposición; y los devolvieron.

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

DSH