

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
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, nueve de octubre de dos mil dieciocho.

VISTA, la causa número dos mil trescientos cuarenta y seis, guion dos mil diecisiete, guion **LAMBAYEQUE**, y luego de producida la votación con arreglo a ley; interviniendo como **ponente** el señor juez supremo **Malca Guaylupo**, con la adhesión de los señores jueces supremos: Arévalo Vela, Yrivarren Fallaque y Yaya Zumaeta; y el **voto en minoría** de la señora jueza suprema **De la Rosa Bedriñana**; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Marcos Vallejos Arévalo**, mediante escrito presentado el cinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y seis a mil cuatrocientos cincuenta y seis, contra la **Sentencia de Vista** comprendida en la resolución número diez de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos quince a mil cuatrocientos veintiocho, que **revocó** la **Sentencia apelada** contenida en la resolución número siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil doscientos ochenta y dos a mil trescientos diez, que declaró **fundada** la demanda, reformándola a infundada; en el proceso seguido con la parte demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por el demandante, se ha declarado procedente mediante resolución de fecha veintidós de mayo de dos mil

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

dieciocho, que corre en fojas ciento treinta y cinco a ciento treinta y nueve del cuaderno de casación, por las siguientes infracciones normativas:

- i) inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245.***
- ii) inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 292545 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regula los servicios de tercerización.***

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedentes del caso:

a) Pretensión:

Conforme se aprecia de la demanda, que corre en fojas cincuenta y cuatro a setenta, el actor solicita como pretensión principal que se declare la desnaturalización de los contratos de tercerización celebrados entre Cobra Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A., como consecuencia de ello, se ordene la reposición a su centro de trabajo Telefónica del Perú S.A.A., por haberse configurado la nulidad de despido contemplado 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; mientras, como pretensión subordinada, solicita su reposición por despido incausado.

b) Sentencia de primera instancia:

El Juez del Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, mediante Sentencia contenida en la resolución número siete de fecha veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

fojas mil doscientos ochenta y dos a mil trescientos diez, declaró fundada la demanda por considerar que se han desnaturalizado los contratos de tercerización suscritos entre las codemandadas, verificándose la existencia del elemento de subordinación.

c) Sentencia de segunda instancia:

El Colegiado de la Segunda Sala Laboral de Lambayeque de la Corte Superior antes mencionada, mediante Sentencia de Vista contenida en la resolución número diez de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, revocó y declaró infundada la Sentencia emitida en primera instancia, al argumentar que la codemandada 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.

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

Tercero: Sobre las causales declaradas procedentes

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

La causal denunciada en el *ítem i)*, se encuentra referida a la ***infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley y N° 29245***; al respecto, cabe precisar que dicho dispositivo legal, 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”.

Asimismo, cabe precisar que también es objeto de denuncia en el *ítem ii)*, la infracción normativa ***por inaplicación de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR***, causal que guarda relación directa con la causal antes descrita, por ello, resulta necesario que se efectúe un análisis conjunto.

Ahora bien, los artículos presuntamente infraccionados, 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

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 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
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”.

Cuarto: Delimitación del objeto de pronunciamiento

Conforme se verifica, del recurso de casación y lo resuelto el Colegiado Superior, el tema en controversia se encuentra relacionado a determinar si el contrato de tercerización suscrito entre las codemandadas se ha desnaturalizado, bajo el ámbito de aplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245, así como de los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, para efectos de establecer el vínculo laboral del demandante con la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A.

Quinto: Definiciones sobre la tercerización

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Conocida por la doctrina como el “*Outsourcing*”, la tercerización puede ser 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 la de un servicio integral.

Al respecto, Jorge Toyama, señala lo siguiente:

“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.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente Nº 02111-2012-PA/TC, indica 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

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 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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”.*

Sexto: Supuestos para considerar válida una tercerización

Ahora bien, el primer párrafo del artículo 2º de la Ley Nº 29245, prescribe para que no se desvirtúe la figura jurídica de tercerización debe concurrir, de manera conjunta, cuatro requisitos, a saber:

- i) Que, la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo.
- ii) Que, cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- iii) Que, sean responsables por los resultados de sus actividades.
- iv) Que, sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación.

Sétimo: Elementos característicos de la tercerización

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Ahora bien, es preciso decir que el segundo párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, hace referencia a determinados indicios, circunstancia que conlleva a que deba analizarse la existencia de autonomía empresarial, esto es: *La pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital, retribución por obra o servicio*; siendo todos ellos, los elementos que caracterizan a una tercerización.

Sin embargo, dichos elementos deben ser evaluados ponderadamente en cada caso concreto, debiendo considerarse: *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*, conforme se describe en el artículo 4° del Decreto Supremo N°006-2008-TR.

En cuanto al equipamiento propio como indicio para determinar la autonomía de la tercerizadora, es preciso indicar que se entiende que ésta cuenta con equipo propio 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.

Supuesto a que hace referencia al inciso 4.3) del artículo 4° del Decreto Supremo N°006-2008-TR.

Ahora bien, 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, consiste en: *“La separación física y funcional de los trabajadores de*

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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”.

Octavo: Supuestos de desnaturalización de la tercerización

Al respecto, Carhuatocto Sandoval³, en referencia a Arce Ortiz precisa que los tres principales supuestos que conllevarían a determinar un fraude en la tercerización, serían las siguientes:

- a)** Cuando la contratista sea una “empresa pantalla estructural”, por cuanto todos sus negocios jurídicos con otras empresas principales se entablan sin contar con un soporte empresarial básico que les permita dirigir la labor de sus trabajadores.
- b)** Cuando la contratista sea una “empresa pantalla coyuntural”, en la medida que tiene recursos materiales propios, pero no los utiliza en negocios jurídicos puntuales.
- c)** Cuando la contratista tiene elementos materiales personales propios, sin embargo, esta situación es meramente formal, esto es, cuenta con una infraestructura suficiente, pero deja el poder de dirección en manos de la empresa principal.

A partir de lo anotado, podemos señalar entonces que se configurará la desnaturalización, entre otros, cuando la empresa principal encarga a la empresa tercerizadora la realización de un servicio, a pesar de que es ella

³ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry. “El fraude y la simulación en la intermediación laboral y la tercerización”. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2012, pp. 63-64.

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

misma la que dirige la prestación de los trabajadores de la empresa tercerizadora, correlato de ello, deviene en ilícita la tercerización.

Noveno: De lo antes expuesto puede concluirse 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 y, en consecuencia, la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma, conforme sostiene el artículo 6° de la Ley N°29245 y el artículo 6° del Decreto Supremo N °006-2008-TR.

Décimo: Alcances del principio de primacía de la realidad en el ámbito de la tercerización

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 documentos⁴; principio que ha sido recogido en el artículo 4° de I Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR.

⁴ 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 Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Ahora bien, en el marco de dicho principio, conviene anotar que aun cuando pueda existir un contrato debidamente formalizado, será la forma como en la práctica se ejecuta el mismo, lo que va a determinar su real naturaleza, privilegiándose la realidad sobre lo estipulado en los documentos, siendo que en el caso de una pretendida relación laboral deberá analizarse las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo, en la medida que estos últimos, determinan las características propias de una relación laboral.

Correlato de ello, que la discordia que se suscita entre la práctica y los hechos, posee múltiples procedencias, a criterio de Plá Rodríguez⁵, podemos señalar las siguientes:

- De la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, siendo aquella el principal supuesto que se aprecia en la realidad, es decir, cuando se disimula el contrato real sustituyéndolo, ficticiamente, por un contrato distinto.
- Provenir de un error, como puede ser en la calificación del trabajador.
- La falta de actualización de datos.
- La falta de cumplimiento de los requisitos formales.

Si bien los criterios antes acotados, prevén la procedencia del principio de primacía de la realidad, no son criterios absolutos, todas vez que en el devenir judicial pueden presentarse otros supuestos; sin embargo, es preciso indicar que frente a la existencia de normas protectoras y tutela laboral, este principio deberá ser aplicado cuando se aprecie una disconformidad entre los hechos y los documentos, constituyendo dichos supuestos en el soporte necesario para la aplicación del mismo.

5 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *“Los Principios del derecho del trabajo”*. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 256-257

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

De lo anotado, se infiere que la validez de un contrato de tercerización puede ser objeto de análisis bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, ello en la medida que medie discordia entre lo suscitado y los documentos que dan origen a la tercerización.

Décimo Primero: Solución al caso concreto

De la revisión de autos, se aprecia que la codemandada Telefónica del Perú S.A.A, suscribió un contrato de tercerización con la codemandada Cobra Perú S.A., para que brinde los servicios de atención técnica al cliente, mantenimiento y construcción de planta externa, de acuerdo a los términos detallados en la instrumental, que corre en fojas ciento treinta y uno a trescientos setenta y tres

El demandante sostiene en su demanda que se ha desnaturalizado el contrato de tercerización celebrado entre las empresas arriba mencionadas, por los hechos constatados por la Autoridad Administrativa de Trabajo en la Orden de Inspección N° 879-2013-GRTPELA, que corre en fojas tres a once, que son los siguientes:

- i)** 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” proporcionados por Telefónica del Perú S.A.A.
- 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.

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

Décimo Segundo: De acuerdo a lo expuesto, y atendiendo a lo descrito en el recurso de casación, corresponde analizar los requisitos del contrato de tercerización para 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 para analizar el caso de autos (Ley N° 29245, Decreto Supremo N° 006-2008-TR y Ley N° 28806).

Décimo Tercero: El primer requisito de tercerización señala: “*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 Técnica al Cliente, Mantenimiento y Construcción Planta Externa - Proceso SAC N° 12415717, que corre en fojas ciento noventa y ocho a doscientos treinta y cuatro, 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 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 (...).

6.9 La Empresa Colaboradora es la responsable del control, supervisión y dirección técnica (...). (Subrayado nuestro).

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Aunado a ello, en la cláusula quinta se detalla 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 Cuarto: El segundo requisito delimita: *“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, según lo acordado en el Contrato Bucle. Además, de tener en cuenta el Anexo número tres: suministro de materiales de la empresa tercerizadora, que corre, específicamente, en fojas trescientos dieciocho a trescientos sesenta y cinco, donde se detalla cuáles son los materiales suministrados.

Asimismo, corren en fojas quinientos sesenta y cuatro a quinientos setenta y uno, referidos a los contratos de buena pro con otras entidades, los estados financieros, licencia de funcionamiento, informes de producción de obras; así como, los referidos a los registros de compra de equipos de protección personal, los contratos de arrendamiento de vehículos, los contratos de arrendamiento de inmuebles, entre otros, de la empresa tercerizadora.

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

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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 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 (telefonía básica más 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 (...)”.

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 al ingreso MDF de la empresa principal.

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

- ii) El uso del programa Gestel (telefonía básica Speedy) y el programa GESGAC (cables) de la empresa principal
- iii) Se obtiene órdenes 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.

Es de precisar, que las manifestaciones de los trabajadores no constituyen hechos constatados por el inspector, pues, son declaraciones unilaterales.

Décimo Sexto: Para efectos de analizar los hechos constatados por el inspector, se debe tener en cuenta la Cláusula Sexta del contrato suscrito entre las codemandadas, que corre en fojas ciento cuarenta y uno, donde acuerda lo siguiente: “(...) *La Empresa Colaboradora deberá proporcionar las herramientas, maquinarias, elementos de señalización, equipos de protección personal, materiales (...), **salvo aquellos materiales que Telefónica decida proporcionar debido a la particularidad de sus especificaciones técnicas.*** (...)” y de la Cláusula Décima Tercera, que corre en fojas ciento cincuenta y nueve: “(...) 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 nuestro).

Décimo Séptimo: 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

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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; en ese sentido, se infiere que pueda utilizar algunos sistemas informáticos, más aún, si según lo expuesto por la codemandada 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 Octavo: 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 detalladas en el considerando décimo quinto de la presente resolución, por lo que, corresponde concluir, que la empresa tercerizadora cuenta con sus propios recursos financieros, técnico o materiales para la prestación de su servicio.

Décimo Noveno: El tercer requisito indica: “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 treinta y tres, se verifica, lo siguiente:

***“5.1. Responsabilidad general de la Empresa Colaboradora.
La Empresa Colaboradora ejecutará 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***

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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; además, se advierte las penalidades ejecutadas por la empresa principal, por los resultados de los servicios de la empresa tercerizadora.

Vigésimo: El cuarto requisito determina: “*que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación*”.

Respecto a este requisito, se debe tener en cuenta lo expuesto por el actor, en observancia del considerando octavo, parte final, sobre el poder 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.

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 tres a once, 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 de la empresa principal, los mismos que se constituían como sus jefes; por su parte, los trabajadores de Telefónica del Perú S.A.A. argumentaron 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,

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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, y teniendo presente que:

- i)** No corren documentos que acrediten la subordinación del demandante por parte de la empresa principal Telefónica del 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 corren los contratos de trabajo suscritos entre el actor y Cobra Perú S.A.

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

- v) En la cláusula sexta del contrato suscrito entre las co demandadas, que corre en fojas doscientos siete a doscientos quince, 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.

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.

Vigésimo Primero: Respecto a 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 ochocientos cincuenta y seis, y los contratos de prestación de servicios, que corren en fojas setecientos cuarenta y cuatro a ochocientos; además, contar con su equipamiento propio, los cuales estaban bajo su administración y responsabilidad, referidos a los registros de compra de equipos de protección personal y los contratos de arrendamiento de vehículos y los contratos de arrendamiento de inmuebles. Asimismo, se verifica del expediente que el servicio prestado por la empresa tercerizadora ha sido de manera autónoma.

Vigésimo Segundo: Siendo así, ha quedado establecido que el contrato de tercerización suscrito entre la empresa principal Telefónica del Perú S.A.A. y la empresa tercerizadora 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 el 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 de que se configure la desnaturalización de la tercerización conforme a lo establecido en el artículo 5° de la Ley N°

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N ° 006-2008-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 Tercero: En atención a lo expuesto y aun cuando el Colegiado Superior no ha cumplido con analizar de manera disgregada cada requisito de la tercerización para determinar su desnaturalización, en mérito a los dispositivos legales citados en el considerando precedente, no es argumento suficiente para considerar que la conclusión arribada por la Sala Superior es contraria a ley, pues, determinó que no se desnaturalizó la tercerización, bajo un análisis apto, conclusión que es concordante con lo expuesto por esta Sala Suprema en el considerando precedente.

Vigésimo Cuarto: En mérito a lo anotado, se concluye que el Colegiado Superior no ha infringido por inaplicación el artículo 5° de la Ley N°29245 ni los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-T R; por consiguiente, el recurso de casación deviene en **infundado**.

Por estas consideraciones:

DECISIÓN:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Marcos Vallejos Arévalo**, mediante escrito presentado el cinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y seis a mil cuatrocientos cincuenta y seis; **NO CASARON** la **Sentencia de Vista** comprendida en la resolución número diez de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos quince a mil cuatrocientos veintiocho; y **ORDENARON** la publicación de la presente

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a ley; en el proceso laboral seguido con la parte demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro** sobre desnaturalización de contrato y otros, interviniendo como ponente el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y los devolvieron.

S.S.

ARÉVALO VELA

YRIVARREN FALLAQUE

YAYA ZUMAETA

MALCA GUAYLUPO

**lbvv/rjrl*

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZA SUPREMA DE LA ROSA BEDRIÑANA, ES COMO SIGUE:

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Marcos Vallejos Arévalo**, mediante escrito presentado el cinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y seis a mil cuatrocientos cincuenta y seis, contra la **Sentencia de Vista** comprendida en la resolución número diez de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos quince a mil cuatrocientos veintiocho, que **revocó** la **Sentencia apelada** contenida en la resolución número siete de fecha

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

veintisiete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil doscientos ochenta y dos a mil trescientos diez, que declaró **fundada** la demanda, reformándola a infundada; en el proceso ordinario 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 veintidós de mayo de dos mil dieciocho, que corre de fojas ciento treinta y cinco a ciento treinta y nueve del cuaderno de casación, por las causales de: ***i) infracción normativa por inaplicación del artículo 5° de la Ley N° 29245; y ii) infracción normativa por inaplicación de los artículos 3° y 5° del 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 cuatro a setenta, el actor solicita como pretensión principal que se declare la desnaturalización de los contratos de tercerización celebrados entre Cobra Perú S.A. y Telefónica del Perú S.A.A., como consecuencia de ello, se ordene la reposición a su centro de trabajo Telefónica del Perú S.A.A., por haberse configurado la nulidad de despido contemplado 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;

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

mientras, como pretensión subordinada, solicita su 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 de fojas mil doscientos ochenta y dos a mil trescientos diez, declaró fundada la demanda, declararon la desnaturalización de la tercerización celebrada entre las empresas Telefónica del Perú y Cobra, en consecuencia, se reconoce la existencia de una relación laboral directa entre el actor con Telefónica del Perú a partir de la fecha de ingreso, declararon nulo el despido y, se dispone que la Co-demandada Telefónica del Perú proceda a reincorporar al demandante en el puesto habitual de trabajo que desempeñaba antes del despido u otro similar, bajo las mismas condiciones laborales. Asimismo, le pague las remuneraciones y demás conceptos remunerativos dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el despido hasta la reposición efectiva, más el pago de intereses legales, con costas y costos del proceso.

Por su parte, el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de la referida Corte Superior de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, revocó la Sentencia emitida en primera instancia; reformándola declararon infundada, al considerar que Cobra Perú S.A.A. es una empresa con independencia jurídica, económica y administrativa, al acreditarse que cuenta con un equipamiento, inversión de capital y la retribución por obra o servicio.

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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”.

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

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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 copulativos⁶. 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”.

⁶ Ley N° 29245
“Artículo 2.- Definición

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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° 29245 y los artículos 3° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-T R, y con ello establecer que 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

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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]". (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

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

relación contractual, privilegiando lo que sucede en 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 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 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 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

⁷ 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 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

pertinentes, para analizar el caso de autos (Ley N° 29245 y Decreto Supremo N° 006-2008-TR).

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 treinta 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 (...); 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 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

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

Empresa Colaboradora es la responsable del control, supervisión y dirección técnica (...) (El 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 Perú S.A. (almacén) el inspector verificó que la empresa Telefónica del Perú (empresa principal) suministra materiales de trabajo a la codemandada (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 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*

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

(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 (...). (El 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 GESCAB, 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 cuarenta a ciento cuarenta y uno, parte pertinente, se menciona que la empresa COBRA debía ejecutar “(...) *por sí misma los servicios objeto del contrato*”. Y si bien es cierto que 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 si misma los servicios, y quien debía

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

CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT

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).

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

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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 formule, 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 es un trabajador sujeto 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 a diez) se realizaron diversas actuaciones inspectivas entre marzo y abril de dos mil trece, conforme se evidencia de los Informes Final de actuaciones inspectivas, que corren en fojas tres a veinticinco; 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

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

**CASACIÓN LABORAL Nº 2346-2017
LAMBAYEQUE
Desnaturalización de contrato y otros
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

la Sentencia de Vista y actuando en sede de instancia se debe confirmar la sentencia apelada, que declara fundada la demanda, y ordena la reposición del trabajador.

Por estas consideraciones:

MI VOTO es porque **SE DECLARE FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Marcos Vallejos Arévalo**, mediante escrito presentado el cinco de enero de dos mil diecisiete, que corre en fojas mil cuatrocientos treinta y seis a mil cuatrocientos cincuenta y seis; en consecuencia, **SE CASE** la Sentencia de Vista de fecha veintiséis de octubre de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil cuatrocientos quince a mil cuatrocientos veintiocho; y actuando en sede de instancia, **SE CONFIRME** la **Sentencia apelada** de fecha siete de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas mil doscientos ochenta y dos a mil trescientos diez, que declaró **fundada** la demanda; en consecuencia, declara desnaturalizados los contratos de tercerización, la existencia de vínculo laboral entre el demandante y la empresa Telefónica del Perú; nulo el despido, ordenando la reposición del demandante en el puesto habitual de trabajo que desempeñaba antes del despido u otro similar bajo las mismas condiciones laborales; con lo demás que contiene; 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 parte demandada, **Telefónica del Perú S.A.A. y otro**, sobre desnaturalización de contrato y otro; y se devuelvan.

S.S.

DE LA ROSA BEDRIÑANA

Lbmn