

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

**TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN SECTORES REGULADOS: UN ENFOQUE
DESDE LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social**

AUTOR

Christian Ricardo Vargas Barrueto

ASESOR:

Javier Neves Mujica

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20164576

AÑO

2016 II

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LA TERCERIZACIÓN. CONCEPTOS Y BASE LEGAL	4
III. LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE VENTA Y PROMOCIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS POR EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES	12
IV. SUPUESTOS DE DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN.....	16
V. LA COPORDINACIÓN EMPRESARIAL.....	25
VI. PROPUESTA DE MANUAL DE COORDINACIÓN EMPRESARIAL.....	29
VII. CONCLUSIONES.....	31
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	32

RESUMEN

En este artículo, analizaremos la subcontratación empresarial, desde un enfoque económico y jurídico, así como los elementos que configuran la Tercerización y aquellas situaciones en donde se desnaturaliza la misma.

Luego, centraremos la investigación en la aplicación de la Tercerización en sectores regulados, como el de telecomunicaciones. Siendo que en las empresas operadoras del servicio de telecomunicaciones se distinguen de empresas comunes en el sentido de que las contratistas del operador deben respetar normativas impuestas por el ente regulador (OSIPTEL), así como condiciones de uso de los clientes del operador. De esta manera, veremos: (i) cómo se diferencia la subcontratación en este rubro de otro no regulado; y, (ii) cómo en esta subcontratación se requiere de un grado de flexibilidad en el grado de coordinación entre las empresas operadoras del servicio de telecomunicaciones y sus contratistas en cuanto al traslado de información y la entrega de documentación aprobada por el ente regulador.

Finalmente, extenderemos una propuesta de manual de coordinación para el caso de las empresas operadoras a fin que con su práctica se establezcan límites a la coordinación que debe existir entre las éstas y sus contratistas; evitando así, fallos judiciales que no se ajusten a la realidad.

“TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS EN SECTORES REGULADOS: UN ENFOQUE DESDE LAS EMPRESAS DE TELECOMUNICACIONES”

I. INTRODUCCIÓN.-

Como se mencionó, el presente artículo busca analizar, en un primer momento, la figura de la Subcontratación empresarial, desde el punto de vista económico y jurídico, a fin de tener las ideas y conceptos claves de dicha institución jurídica de cara a solventar el tema principal de mi trabajo de investigación. Para ello, haremos mención de algunos tratadistas especializados en el tema, así como haremos mención de las normas que regulan la Tercerización y de jurisprudencia destacada en dicha materia.

Posteriormente, indicaremos las particularidades existentes en las empresas que operan el servicio público de telecomunicaciones, de cara a la contratación empresas especializadas en ventas y promoción de productos. Situación que dota de un mayor nivel de coordinación empresarial entre tales personas jurídicas, toda vez que las operadoras deben respetar lineamientos impuestos por la Concesión y por el ente regulador, los cuales deben ser respetados por la empresa que tiene a su cargo la promoción y venta de los bienes y servicios del operador.

Cabe resaltar que este proyecto de trabajo de investigación se limita al estudio de las relaciones de Tercerización válidamente constituidas; es decir, que cumplen con todos los elementos constitutivos y característicos que establece la Ley. Ello, en el marco de que la empresa (principal) que externaliza una parte de su actividad productiva de ninguna manera pierde el control de todo el ciclo productivo.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, en el desarrollo de dicho tema, haremos mención, de manera muy somera, de los supuestos de desnaturalización de la figura de la subcontratación.

Asimismo, haremos hincapié en algunos pronunciamientos judiciales que respecto de esta figura tiene el Poder Judicial. Ello, con la finalidad de dejar por sentado que judicialmente no se tienen claros los límites de la coordinación empresarial entre la Principal y la Contratista. Lo cual puede representar una seria desventaja para los contratos de Tercerización que sí cumplen con los elementos constitutivos y característicos expuestos en la Ley.

Finalmente, en base a lo señalado en la última línea, analizaremos la figura de la coordinación empresarial en el fenómeno de la Tercerización desarrollada en el sector de telecomunicaciones, en donde la empresa operadora tiene la obligación de seguir lineamientos del ente regulador y del contrato de concesión. Ello, en la búsqueda de una propuesta de regular el grado de coordinación entre empresa operadora del servicio de telecomunicaciones con la empresa especializada en ventas y promoción de los bienes y servicios de la principal.

II. LA TERCERIZACIÓN. CONCEPTOS Y BASE LEGAL.-

En el proceso de investigación dirigido a dejar por sentada la necesidad de establecer límites para la coordinación empresarial en los procesos de Tercerización (Subcontratación) entre la Principal (operadora del servicio de telecomunicaciones) y la Tercerizadora (empresa especializada en la venta y promoción de los bienes y servicios de la Principal), abordaremos temas referentes a los orígenes de la Subcontratación, concepto de la Subcontratación, Subcontratación de Servicios, el desplazamiento de personal como elemento subjetivo que determina el ámbito de aplicación de la norma laboral, elementos constitutivos y característicos de la Tercerización; y, la propia coordinación.

Ahora bien, como bien sabemos desde los albores de la pírrica Revolución Industrial, tenemos que las unidades empresariales tienden a abrazar en su seno todas las fases del proceso productivo. Dicho acaparamiento del total del proceso

productivo suele conocerse como la etapa *fordista* del modo de producción de los bienes y servicios.

En esta etapa, la misma que se desarrolla entre los siglos XVIII y IX, se veía a un empresario inmerso y preocupado por cada una de las etapas y/o procesos del ciclo de producción, esto es, hasta la obtención del producto final.

Sin embargo, “desde hace décadas asistimos a mutaciones organizacionales en el trabajo en razón del advenimiento de la globalización, los cambios tecnológicos, y en general, al esfuerzo empresarial por encontrarse a la altura de los nuevos requerimientos de producción que hacen innecesaria la existencia de grandes empresas colmadas de stock de productos o que aglutinen internamente no solamente su actividad principal sino también aquellas de carácter periférico o auxiliar. Se presenta una modificación de paradigma organizacional en el cual surge el adelgazamiento empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones.”¹

Como bien apunta el profesor César Puntriano Rosas, el proceso de globalización es el que empujó a las empresas a desarrollar sus actividades con miras a dedicarse única y exclusivamente a su actividad principal, razón por la cual se vio en la necesidad de contratar a unidades económicas especializadas que se encarguen de las actividades periféricas y/o complementarias.

En cuanto a la definición de Tercerización, podemos encontrar sendos comentarios al respecto. Sin embargo, para efectos del presente trabajo de investigación, haremos mención sólo de tres autores.

En ese sentido, para el profesor español Jesús Cruz Villalón, respecto de la Subcontratación (outsourcing) sostiene que mediante esta figura se hace referencia

¹ PUNTRIANO ROSAS, César. *SUBCONTRATACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES Y BALANCES LEGISLATIVOS*. Libro Homenaje por los 25 años de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Lima. P – 187.

a la cesión a un tercero de todos o parte de los servicios informáticos propios para que ese tercero se los preste a través de un contrato de servicios”. Asimismo, agrega posteriormente que “a la cesión de Terceros de otros servicios diversos a los propiamente informáticos, con la finalidad de reforzar el objetivo de que la empresa cedente se dedique a lo que constituye su actividad nuclear, contratando la ejecución de cualquier otro tipo de funciones adicionales, por muy espaciales que sean”².

De otro lado, el profesor César Puntriano citando la doctrina nacional representada por el profesor Elmer Arce Ortiz, señala que “para el sector de la doctrina nacional, cuya opinión compartimos, la subcontratación es el efecto estrella de la descentralización productiva, la cual supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas”³.

Adicionalmente, tenemos que el profesor, y actual Vocal Supremo, Omar Toledo Toribio a fin de arribar a una definición y/o concepto del contrato de Tercecerización señala que “Si bien el contrato de tercecerización (outsourcing) no se encuentra descrito en el Código Civil de 1984 como un contrato nominado, sin embargo, nosotros somos de la opinión de que se trata de un contrato civil, pues regula las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercecerizadora, relaciones que deben someterse a las normas del Código Civil. Por lo demás, esta distinción entre contratos civiles y mercantiles se hace cada vez más difusa y tiene fines meramente ilustrativos, en todo caso.”⁴

De esta manera, podemos advertir que la figura de la tercecerización obedece a la necesidad de las empresas de responder de manera eficiente al proceso de globalización, así como desarrollar sus actividades dentro de un ambiente de constante competencia.

² **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** *OUTSOURCING, CONTRATAS Y SUBCONTRATAS*. Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.

³ **PUNTRIANO ROSAS, César.** *Ob. Cit.* PP – 189-190.

⁴ **TOLEDO TORIBIO, Omar.** *LA TERDCERIZACIÓN LABORAL (OUTSOURCING)*. Primera Edición. Editorial Grijley. Lima 2015. P – 29.

Efectivamente, la Subcontratación es una figura económica que le permite a las unidades económicas dedicarse a una o algunas fases del proceso productivo, siendo que para el desarrollo del presente trabajo de investigación delimitaremos el análisis a la subcontratación de servicios.

Así, pues, tenemos que por la subcontratación de servicios entendemos el contrato civil celebrado entre dos empresas, de un lado la empresa Principal y de otra la empresa Subcontratista, en donde la primera traslada a la segunda la realización de una actividad que forma parte del proceso productivo, la misma que puede consistir o no en una principal de la Principal.

Ahora bien, la norma laboral exige que para la ejecución de los servicios de Tercerización se cumplan con elementos constitutivos y característicos. Nos referimos a la Ley N° 29245, y su Reglamento, Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

En este caso, el artículo 2° de la Ley, establece dichos elementos, los cuales, al momento de analizar la figura de la Tercerización deben concurrir. A saber:

“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. 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.”

(Énfasis y subrayado agregado).

De dicha norma, tenemos que las empresas Tercerizadoras deben cumplir con los siguientes elementos:

- Asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo.
- Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- Ser responsables por los resultados de sus actividades.
- Que sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.
- Pluralidad de clientes.
- Contar con equipamiento.
- Inviertan su capital.
- Reciban una retribución por el servicio prestado.

Es decir, para que se acredite la validez de la prestación de servicios de Tercerización es necesario que la Subcontratista cumpla con dichos elementos. Elementos que redundan en la Autonomía Empresarial, la misma que se presume cuando en la prestación del servicio brindado por la Subcontratista concurren estos elementos.

Ahora bien, un punto a tener en cuenta para la aplicabilidad de la Ley y Reglamento que regulan la prestación de servicios de Tercerización, es el factor referido al desplazamiento de personal al centro de trabajo o de operaciones de la empresa Principal.

En efecto, en los artículos 9° y 2° de la Ley y el Reglamento, respectivamente, se establece lo siguiente:

“Artículo 9.- Responsabilidad de la empresa principal.- La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su

desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.”

(Énfasis y subrayado agregado)

“**Artículo 2.- Ámbito de la tercerización.-** El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con **desplazamiento continuo de los trabajadores** de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia. (...).”

(Énfasis y subrayado agregado).

De esta manera, cuando los trabajadores de la empresa Tercerizadora no son desplazados ni a centro de trabajo ni al centro de operaciones de la Principal, resulta que, legalmente, no debería el Juzgador analizar la concurrencia o no, de los elementos de la Tercerización. Sin embargo, considero que aun cuando la Ley no establezca la obligatoriedad de analizar el cumplimiento de tales elementos cuando no exista desplazamiento, es imprescindible, verificar las mismas a fin de evitar situaciones de simulación y fraude en la creación de empresas pantallas o la utilización patológica de la subcontratación. Al menos si dichas empresas cuentan con Autonomía empresarial.

Luego de vista, aunque de manera somera, la normativa aplicable al caso, es necesario exponer la existencia y necesidad de coordinación empresarial. En ese sentido, el profesor Wilfredo Sanguinetti Raymond, señala que “(...), cuando se opta por el recurso a sociedades contratistas, la descentralización introduce una división del trabajo entre empresas en principio distintas, en tanto que cada una cuenta con su propia organización de medios y su propio personal, pero dentro de la cual aquella que es titular del proceso global de producción asume por lo general una

posición de dominio de hecho y de derecho sobre las auxiliares con el fin de asegurarse la consecución de sus objetivos estratégicos. (...).⁵ (Subrayado agregado).

Adicionalmente, sostiene que “...la prestación de los terceros no se desarrolla aquí de manera singular y aislada, sino como un componente más de la actividad de la empresa acreedora (...). Esto significa que, pese a la transferencia al exterior de tareas o funciones concretas, el empresario principal retiene el control global del proceso de producción por la vía coordinación de actividades y el establecimiento de unas pautas precisas de actuación, a las que debe ceñirse las empresas colaboradoras.”⁶ (Énfasis y subrayado agregado)

Siendo ello así, es importante la existencia de coordinación empresarial, toda vez que no es posible entender que la empresa principal se desligue de la actividad desmembrada de su ciclo productivo, dado que, como dice el profesor Sanguinetti, la Principal debe mantener el control de toda la operación comercial. Adicionalmente, señala el autor que ese control se ejerce vía coordinación y mediante el establecimiento de unas pautas precisas de actuación que debe respetar la empresa colaboradora.

III. LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS DE VENTA Y PROMOCIÓN DE LOS BIENES Y SERVICIOS PRESTADOS POR EMPRESAS OPERADORAS DEL SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES.-

Luego de haber analizado los elementos y características de la Tercerización, resulta imperioso hacer mención del proceso de concesión que sufrió el Perú en el sector de Telecomunicaciones. Para lo cual, tomaremos la referencia del joven e importante jurista Carlos Baldeón Miranda.

⁵ SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Descentralización productiva y calidad de empleo: ¿Términos incompatibles?*, En Revista de Derecho Social N° 36, 2006, p – 5.

⁶ *Ibidem*, p – 3.

De esta manera, como punto de partida, el autor sostiene que en la época de los noventa, el Perú atravesaba una gran deficiencia en el sector de telecomunicaciones, el mismo que se veía reflejado en la poca infraestructura y escasa inversión en el rubro. Así, pues, en ese escenario, el gobierno decidió aplicar una serie de políticas privatizadoras a fin de reestructurar dicho sector. Dicha privatización vino aparejada con la finalidad de expansión en materia de infraestructura y mejora de la calidad de dichos servicios⁷.

El mencionado proceso de privatización, le otorgó a las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones la obligación de expandir las telecomunicaciones en la mayor parte del territorio nacional. Dicha obligación es conocida como la obligación de capilaridad, por la cual el operador del servicio público debe llevar el servicio a todo el Perú.

En efecto, a la firma del contrato de concesión del servicio público de telecomunicación⁸, la operadora de dicho servicio asume obligaciones en cuanto al

⁷ **BALDEÓN MIRANDA, CARLOS.** *La Autorización de Servicio Público.* Lima, octubre 2014. ADRUS D&L EDITORES SAC. Primera Edición. P – 25.

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES**

TITULO II CONDICIONES DE OPERACION

CAPITULO I CONCESIONES, AUTORIZACIONES, PERMISOS Y LICENCIAS

"Artículo 47.- Llámase concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado concede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones. El Ministerio otorgará concesión única para la prestación de todos los servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de la denominación de éstos contenida en esta Ley o en su Reglamento, con excepción de la concesión para Operador Independiente. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito aprobado por resolución del Titular del Sector.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las personas naturales o jurídicas, titulares de una concesión única, previamente deberán informar al Ministerio de Transportes y Comunicaciones los servicios públicos a brindar, **sujetándose a los derechos y obligaciones correspondientes a cada uno de los servicios conforme a la clasificación general prevista en la Ley, a lo dispuesto en el Reglamento, normas complementarias y al respectivo contrato de concesión.**

planeamiento de infraestructura y puntos o canales de distribución de los productos que permitan gestar la comunicación de los ciudadanos. Para ello, de un lado, se construyen antenas, tendidos de fibra óptica, entre otros que sirvan a la continuidad del servicio público; y, de otro, se instalan puntos accesibles a los ciudadanos para que puedan adquirir tales servicios.

Siendo ello así, sobre la base de la obligación de expandir el servicio público a más peruanos, es que la empresa operadora tiene habilitado tercerizar tanto la función de construcción de infraestructura, como la de la promoción y venta de sus bienes y servicios. A efectos del presente artículo, nos enfocaremos en el proceso de subcontratación de la venta y promoción de bienes y servicios que el operador del servicio público de telecomunicaciones.

Adicionalmente a lo ya señalado, debemos sostener que el ente regulador, en este caso: el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), dispone de normas que los operadores deben cumplir, como es el caso de las condiciones de uso contenidas en

Ahora bien, en el marco de las empresas operadoras del servicio de telecomunicaciones, podemos apreciar que ellas están sujetas a regulación de entidades como el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), la misma que ha dispuesto normativa referida a condiciones de uso referentes a la protección de los abonados del servicio público de telecomunicaciones.

En este caso, podemos apreciar que dicha entidad regula las condiciones de uso mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL (Texto Único Ordenado –TUO– de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones). De esta manera, en dicho cuerpo legal, podemos encontrar condiciones de uso respecto de la celebración de contratos y sus cláusulas

El Ministerio tendrá a su cargo el registro de los servicios que brinde cada concesionario, de acuerdo a las condiciones establecidas en el Reglamento."

generales en los artículos 9° y 17°. Para tales efectos, nótese lo siguiente:

“Artículo 9.- Celebración de contrato de abonado

En virtud de la celebración del contrato de prestación de servicios, la empresa operadora y el abonado se someten a los términos contenidos en el mismo y a la presente norma.

La celebración del contrato de abonado se efectuará utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII. En todos los casos, la empresa operadora estará obligada a conservar el contrato de prestación de servicios y su(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, independientemente del mecanismo de contratación utilizado, así como de la modalidad de pago del servicio. La empresa operadora deberá conservar dicha documentación en tanto subsista la relación contractual con el abonado, salvo que el referido vínculo haya sido resuelto, en cuyo caso la empresa operadora deberá conservar el contrato de abonado hasta por un período de diez (10) años, contados a partir de la fecha de efectiva de terminación del contrato.

En los casos en que la contratación se realice a través de un documento escrito, la empresa operadora deberá entregar al abonado un original del contrato y, su(s) respectivo(s) anexo(s), si lo(s) hubiere, debidamente suscritos por el representante acreditado de la empresa operadora y el abonado. **Dicho contrato y anexo(s), si lo(s) hubiere, deberán cumplir con las siguientes características: (i) estar impresos de manera claramente legible, (ii) emplear caracteres que no sean inferiores a tres (3) milímetros, (iii) contar con espacios razonables entre líneas y caracteres, y (iv) ser redactados utilizando términos que faciliten la comprensión del abonado.**

En los casos en que la contratación se realice **a través de cualquier otro mecanismo distinto al documento escrito**, la empresa operadora deberá entregar al abonado, documentación que contenga la información a que hace referencia el tercer párrafo del artículo 17, especificando además lo siguiente: (i) fecha en que se realizó la contratación del servicio, (ii) condiciones tarifarias contratadas, (iii) condiciones de la promoción, oferta o

descuento contratados, de ser el caso, y (iv) cualquier otra condición relevante para la prestación del servicio.

(...).”

“Artículo 17.- Cláusulas generales y adicionales de contratación

El contrato de abonado estará compuesto por las **Cláusulas Generales de Contratación aprobadas por el OSIPTEL y por aquellas cláusulas adicionales en las que el abonado consigne su opción respecto de cualquiera de las alternativas de adquisición, arrendamiento u otra modalidad de utilización de equipos, su mantenimiento u otras condiciones inherentes al servicio.**

(...)

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL una copia del modelo de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, independientemente de la modalidad de contratación utilizada, con anterioridad a la fecha de inicio de la comercialización del servicio, así como cualquier modificación al contenido del mismo, a efectos que dentro del plazo de veinte (20) días hábiles siguientes a la referida remisión, el OSIPTEL otorgue la conformidad a los mismos, o requiera a la empresa operadora la modificación de su contenido en caso dichos modelos de contrato y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere no se ajusten a lo establecido en la normativa vigente o establezcan disposiciones que ocasionen un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados. Esta disposición no resultará aplicable al supuesto establecido en el último párrafo del presente artículo.

En caso se requiera la modificación del contenido del modelo de contrato de abonado, el plazo a que hace referencia el párrafo precedente se reiniciará a partir de la fecha en que la empresa operadora realice las modificaciones en virtud al requerimiento efectuado. En ningún caso, las empresas operadoras podrán emplear el referido modelo y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, si el OSIPTEL no hubiera otorgado su conformidad al mismo.

El OSIPTEL publicará en su página web institucional, los modelos de contrato de abonado y su(s) anexo(s) si lo(s) hubiere, a los cuales haya

otorgado su conformidad.

(...).”

(Énfasis y subrayado agregado)

Así vistas las cosas, si la empresa operadora del servicio de telecomunicaciones decide externalizar la parte del ciclo productivo consistente en la venta y promoción de su, tiene la obligación de trasladar dichas restricciones y obligaciones a la empresa Tercerizadora. Situación que, indefectiblemente, significa un mayor grado de coordinación entre tales empresas.

Entender dicha coordinación y traslado de información a la contratista como supuestos de desnaturalización de la Tercerización, no es una tarea muy sesuda de parte del Órgano Jurisdiccional o de parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo.

De esta manera, a fin de evitar que los Jueces o Funcionarios confundan la coordinación empresarial con existencia de subordinación, es necesario que se entienda de qué se trata dicha coordinación. Es por ello, además, que resulta imperioso determinar límites a la coordinación que debe existir entre la Principal y la Contratista, en el marco de la prestación del servicio de telecomunicaciones. Ello, con la finalidad de que no existan excesos en los pronunciamientos judiciales.

Para tales efectos, la coordinación puede versar en **la proporción de material relacionado a las condiciones de uso de los abonados/clientes** de la empresa operadora del servicio de telecomunicaciones a fin de que no se afecten los derechos de tales personas; así como **el traslado de información a personal de la contratista relacionado con las características del producto**, de modo que la venta y promoción se realice con conocimiento del bien y servicio que se ofrece.

Ahora bien, volviendo a la obligación de expansión, se dijo que la empresa operadora necesita contar con canales de distribución de sus productos, tales como

Canales del Mismo Operador (CMO) y/o Canales Externos al Operador (CEO). Para efectos del presente artículo, los CMO son establecimientos del propio operador en el que se realizan funciones no sólo relacionadas a la promoción y venta, sino a la misma operativa del servicio, atención de reclamos y solución de problemas técnicos. Mientras que en los CEO, única y exclusivamente se desarrollan las actividades de promoción y venta de los bienes y servicios.

Así, pues, podemos apreciar que el sector regulado de telecomunicaciones tiene particularidades que la distinguen de un proceso de externalización desarrollado en una actividad económica común, por decirlo de algún modo. Es decir, mientras en una actividad económica común, como venta y promoción de zapatos, ropa, electrodomésticos, entre otros, la empresa contratista únicamente se dedica a la venta y promoción de los bienes y servicios de la principal; mientras en el sector de telecomunicaciones, la contratista no sólo debe dedicarse a la actividad en la que es especialista, sino que también debe cumplir con exigencias del ente que regula a la empresa principal. Situación que evidencia una situación distinta, en donde la coordinación empresarial suele ser mayor, según hemos podido apreciar.

De esta manera, los argumentos reseñados en los párrafos anteriores, hacen reflejar que la Tercerización en los sectores regulados como el de Telecomunicaciones genere situaciones particulares que la distinguen de otro tipo de procesos de externalización, razón por la cual, es imperativa la regulación en este sector que atienda a dichas exigencias, a fin de que no existan fallos judiciales que apliquen tratamientos injustos frente a tales empresas, según veremos más adelante.

IV. SUPUESTOS DE DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN.-

Como bien señalamos párrafos arriba, la norma de Tercerización exige el cumplimiento de ciertos requisitos para su validez, los cuales son los siguientes:

- Asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo.
- Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- Ser responsables por los resultados de sus actividades.
- Que sus trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación.
- Pluralidad de clientes.
- Contar con equipamiento.
- Inviertan su capital.
- Reciban una retribución por el servicio prestado.

Con ello, se busca evitar la existencia de empresas que se constituyan única y exclusivamente con el objetivo de reducir los costos laborales que genera el mantener personal en la planilla de la principal. En efecto, en estos casi ocho (08) años de vigencia de la norma de Tercerización, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional han expedido fallos en los cuales han podido detectar la existencia de empresas “fachada” las cuales fueron constituidas para encubrir un contrato de Tercerización.

Lo importante del concurso de tales requisitos establecidos por la Ley, es que ayudan a determinar la existencia de Autonomía Empresarial, la misma que genera la certeza de que la empresa con la que se contrata es una que ejerce los poderes de dirección, fiscalización y sanción respecto de los trabajadores que desplaza al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, a fin de que desempeñen una actividad especializada, según lo ordenado por la contratista.

Según lo expuesto, tenemos que el profesor Elmer Arce Ortiz, refiere que “Cuando la Tercerizadora es una empresa aparente o fraudulenta, porque es una persona jurídica sin AUTONOMÍA EMPRESARIAL, se habrá identificado una cesión ilegal de trabajadores. Otra vez, la Tercerizadora estaría utilizando de modo fraudulento su personería jurídica, con la finalidad de crear una aparente licitud en su actuar ¿Qué empresa puede funcionar sin autonomía empresarial o sin ejercer el poder de

dirección sobre sus trabajadores? Simplemente, ninguna.”⁹

Siendo ello así, la Autonomía Empresarial es lo que distingue a las empresas ficticias o pantallas, de las empresas válidamente constituidas para estos fines. Es decir, cuando la empresa contratista se comporta como empresario, se entiende que esta cumple con los requisitos que establece la norma. Sin embargo, incluso cumpliendo con los requisitos y comportándose como empresario la contratista, sucede que la forma en la que coordina con el personal de la Principal, pueda generar, a criterio judicial o de pronto de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la desnaturalización de la subcontratación.

Dicho esto, consideramos importante hacer mención de algunos pronunciamientos judiciales, a fin de apreciar el criterio del órgano jurisdiccional respecto del cumplimiento de los mencionados requisitos de Tercerización. A saber, podemos apreciar lo siguiente:

- CASACIÓN N° 3411-2014-LIMA (Recurso interpuesto por las empresas CONCYSSA SA y SEDAPAL), publicado el 02 de mayo de 2016.-

“Sumilla: Para determinar un Tercerización legítima, se requiere analizar de forma conjunta los requisitos previstos en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, cuando resulta aplicable por principio de temporalidad, y de ser el caso los requisitos establecidos en el artículo 2° de la Ley N° 29245. Para tal efecto, debe observarse el principio de primacía de la realidad.”

Ahora bien, la importancia de esta Casación la podemos ubicar en los considerandos Décimo Segundo a Vigésimo. En donde los vocales Supremos hacen referencia del cumplimiento de los requisitos del

⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. “Elementos para detectar la cesión ilícita de mano de obra”. Texto mimeografiado, 2011. PP – 1-2.

artículo 2º de la Ley N° 29245.

De esta forma, tenemos que en el Considerando Décimo Segundo la Corte Suprema señala: “(...) las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de Tercerización, deberán tener las siguientes características principales: i) Tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal); ii) Que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; iii) Que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, y iv) Sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación; y como características secundarias: i) Tener pluralidad de clientes; ii) Equipamiento propio; iii) Tener la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de persona.”

De esta forma, la Sala Suprema considera que de cumplir estos requisitos, la Tercerización se encuentra válidamente constituida. Siendo que en el caso concreto, la empresa Tercerizadora tras cumplir con tales elementos, se concluyó que cumple con lo establecido en la norma.

- CASACIÓN N° 1278—2014-LA LIBERTAD (Recurso interpuesto por la empresa NORSAC SA), publicado el 30 de diciembre de 2015.-

“Sumilla: En el presente proceso, al haberse producido la desnaturalización de los contratos de tercerización al incumplirse los requisitos que distinguen esta figura, esto es, 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; determina que la verdadera empleadora del demandante fue la empresa NORSAC SA, la misma que debe asumir el pago de los beneficios laborales adeudos.”

A diferencia del caso anterior, aquí la Corte Suprema, analiza cada uno de los elementos que constituyen una válida tercerización, llegando a la conclusión de que la empresa NORSAC SA mantuvo un contrato de tercerización fraudulento con la empresa Tejidos de Propileno SAC. Análisis que se encuadra en el Considerando Décimo Segundo, el mismo que detallamos de la manera siguiente:

“Décimo Segundo: *De acuerdo a dicha norma: a) Las empresas locadoras debían asumir las tareas contratadas, por su cuenta y riesgo, contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. Requisitos que no se cumplieron en tanto los servicios de maquila estuvieron sujetos a las normas de producción de NORSAC SA. (horarios, métodos, técnicas, Reglamento Interno, Instituciones de Uso de Maquinaria), asumiendo ésta íntegramente los gastos, así como la entrega de materiales y materia prima. b) Los trabajadores debían estar bajo exclusiva subordinación de las locadoras. Sin embargo, en la ejecución de los precitados contratos, el trabajador designado por las locadoras estuvo sujeto al reglamento interno e instrucciones de uso de las maquinarias, correspondientes a NORSAC SA, lo cual demuestra que no estuvo bajo exclusiva subordinación de las locadoras. c) Las empresas locadoras debían operar con equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal. Requisitos que tampoco se cumplieron, en tanto dichos servicios fueron prestados con maquinaria, herramientas, materia prima, materiales auxiliares, de propiedad exclusiva de NORSAC SA otorgadas al locador solo en uso, en el local de producción de ésta,*

que también tuvo a su cargo proporcionarle repuestos y mantenimiento y asumió íntegramente los gastos que el locador efectuara por la prestación pactada.”

De este modo, se advierte que la Corte Suprema tras advertir que la empresa Tejidos de Propileno SAC, la cual ni siquiera se apersonó al proceso, resultó ser una empresa pantalla, la misma que se constituyó única y exclusivamente para proveer personal a la Principal.

Adicionalmente, puede observarse que no existe un desprendimiento material, objetivo y real de la fase de producción de la empresa principal, toda vez que ella aún sigue estando bajo el entero control y dirección de la Principal. Situación que constituye una evidente utilización fraudulenta de la Tercerización a fin de trasladar ilícitamente personal.

Como puede advertirse, de ambos pronunciamientos, en el marco de los elementos constitutivos y característicos de la Tercerización, la Corte Suprema ha efectuado un análisis concienzudo de los mismos a fin de determinar la validez de uno u otro contrato. Sin embargo, como bien lo señala el profesor Arce, no sólo basta el cumplimiento de dichos requisitos, los cuales a decir de él, son sólo indicios que permitirán al Juez determinar la validez de la Tercerización, sino que resulta imprescindible que la empresa contratista se comporte como un empresario.

Dicho comportamiento de parte de la empresa Tercerizadora, redundará en que las relaciones de coordinación empresarial deben ajustarse a reglas que no permitan dejar cabos sueltos a la vista de que los Jueces puedan concluir en la existencia de subordinación de personal de la empresa contratista a la luz de indicaciones de parte de la Principal. A ello, debemos sumarle lo descrito en el acápite anterior, en donde es importante tener en cuenta el sector en el que se practica la tercerización, como es el caso de las empresas que operan un servicio público.

Para ello, recordemos que en el sector de telecomunicaciones las contratistas, por ejemplo, del segmento de promoción y venta de bienes y servicios del operador, deben respetar lineamientos del ente regulador, utilizar documentación aprobada por el ente regulador, así como recibir la información necesaria para conocer del producto de la empresa Principal.

A efectos de comprender las situaciones en las cuales los Jueces interpretan erróneamente la Tercerización en sectores regulados, citaré dos resoluciones en donde los Jueces consideran que se desnaturaliza la Tercerización. Si bien se tratan de resoluciones que conceden medida cautelares, lo cierto es que la falta de regulación y mecanismos que regulen la coordinación que debe existir en este rubro, permiten que los Jueces expidan resoluciones de este tipo.

A saber, tenemos dos fallos expedidos en el Distrito Judicial de La Libertad, cuyos expedientes son los N° 5359-2015 y N° 06634-2015, de donde podemos resaltar el razonamiento siguiente:

Expediente N° 5359-2015

“(…) Ahora bien, de la prueba aportada cabe apreciar que, la alegada verosimilitud del derecho que se requiere para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, está clara, las pruebas integradas en el cuaderno cautelar, que se tiene a la vista, son suficientes para acreditar de manera razonable la existencia de despido incausado invocado por la ex trabajadora de la demandante (al margen de que en el proceso principal, a través de la actuación de otros medios de prueba pueda adquirirse convicción de lo contrario), básicamente dos razones: i) **De la copia de 02 guías de remisión N° 0201960 – 0201961 de fecha 24 de febrero del año en curso**, (…), se advierte que quien remite la referida guía es (…), siendo recepcionada dicha guía por la demandante en calidad de promotora del establecimiento Tiendas EFE S.A., según sello de recepción (en donde se consigna el nombre Mónica García con DNI N° 46543891). Asimismo, se adjunta **02 copias del acta de recepción de inventarios de fecha 17.06.2015**, (…), de donde se advierte

en su parte superior que se consigna a (...) y en la parte inferior en calidad de promotores a los señores José León y Mónica García, siendo ésta última la demandante del presente proceso cautelar; ii) Teniendo en cuenta lo prescrito por el artículo 2° y 5°; respectivamente, de la Ley N° 29245 los que indican: *'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 (...).'* *'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 (...).'*; y, **de la revisión prima facie de los medios probatorios ofrecidos por la recurrente, consistentes en las documentales indicadas, así como fotografías en la que se aprecia a la accionante realizando funciones con un polo con el logo de Claro conjuntamente con otros colegas usando el polo de Claro con el mismo diseño**, por lo que genera en este juzgador verosimilitud del derecho invocado, pues los medios probatorios antes señalados, en donde se identifica a la solicitante de la medida cautelar, advierten que existe una alta probabilidad en que la empresa (...) mediante la utilización de las documentales antes referidas haya ejercido su poder de dirección, supervisando y autorizando las labores del recurrente. (...).”

(Énfasis y subrayado agregado)

Expediente N° 06634-2015

“NOVENO: Ahora bien, de la prueba aportada cabe precisar que, la alegada verosimilitud del derecho que se requiere para el otorgamiento de la medida cautelar solicitada, está clara, las pruebas integradas en este cuaderno cautelar, que se tiene a la vista, son suficientes para acreditar de manera razonable la calidad de la actora como trabajadora directa de (...); y, de la

revisión prima facie de los medios probatorios ofrecidos por el recurrente, consistente en: **solicitudes de variación de servicio en donde se verifica que tiene el logo de la empresa (...)**, consignándose a **la actora como Asesora y que utiliza la documentación brindada por la misma empresa (...)**; también del correo electrónico en la cual (...) efectúa la apertura de cuentas sueldo de sus trabajadores en donde se consigna a la recurrente; así también de la copia del correo electrónico en donde se verifica que se consigna a la actora para su participación en la capacitación efectuada por la empresa usuaria en el tema de “Refuerzo de Portabilidad Móvil”; así también de la copia del **portal de venta único de la empresa (...)** mediante el cual se verifica que la demandante al realizar sus funciones de promotora utilizaba un sistema de ventas de la empresa (...); y finalmente se aprecia de las **copias de fotografías, donde se verifica que la actora labora con uniforme de la empresa (...)**. De todo lo cual se verifica el comportamiento de la actora como trabajadora directa de (...) y el reconocimiento de la empleadora de tal calidad a la actora. Todo ello, llevaría a presumir que la trabajadora mantiene no sólo una relación de subordinación y dependencia directa con la Empresa (...), sino que además evidencia indicios de que ésta es su verdadera empleadora y que por lo tanto ejerce todos los poderes inherentes a quien conduce en el contrato de trabajo la actividad laboral (el empleador), poderes de dirección, control y sanción. Que, en consecuencia, considerando que la solicitud cautelar que se resuelve, esencialmente, tiene como presupuesto para su amparo, además del peligro en la demora, la probabilidad de que la demanda, en el proceso principal, se declare fundada, o dicho de otro modo, que de la situación fáctica o jurídica no exista mayor duda alguna acerca del derecho invocado por la accionante, lo cual ha ocurrido en el caso de autos.”

(Énfasis y subrayado agregado)

De tales pronunciamientos, se advierte que el Juez hace referencia de situaciones que determinan la desnaturalización del contrato de Tercerización, los cuales consisten en: (i) utilización de documentación de la empresa operadora del servicio público de telecomunicaciones; (ii) utilización del logo de la empresa; y, (iii) recibir

información del producto que promociona y vende.

Resoluciones como esta, que son expedidos sin tomar en cuenta lo particular del sector de telecomunicaciones, en donde los documentos presentados obedecen a las normativas del órgano regulador, pueden generar efectos nocivos y hasta peligrosos en el marco de la operativa de las empresas de telecomunicación.

De esta forma, es necesario el establecimiento de una regulación referida a la coordinación empresarial en este sector regulado de telecomunicaciones entre la Principal y la Contratista, a fin de evitar pronunciamientos perjudiciales. O simplemente, para generar un ambiente de seguridad jurídica en este tipo de relaciones empresariales.

V. LA COPORDINACIÓN EMPRESARIAL.-

Habiendo analizado la Tercerización desde el punto de vista económico, jurídico, así como su particularidad en el sector regulado de telecomunicaciones, consideramos pertinente hacer referencia de la Coordinación Empresarial en el marco de la subcontratación de la promoción y venta de bienes y servicios de la Principal.

Así, pues, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la Coordinación tiene las siguientes acepciones:

1. f. Acción y efecto de coordinar o coordinarse.
2. f. Relación gramatical entre palabras o grupos sintácticos del mismo nivel jerárquico, de forma que ninguno de ellos esté subordinado al otro.

De otro lado, Coordinar, tiene las acepciones siguientes:

1. tr. Unir dos o más cosas de manera que formen una unidad o un conjunto armonioso.
2. tr. Dirigir y concertar varios elementos.

De esta forma, podemos apreciar que La Coordinación, supone la existencia de dos o más elementos, o personas jurídicas para nuestro caso, los cuales deben actuar de manera armoniosa apuntando a una sola finalidad.

Así, pues, siendo que por la descentralización productiva, la empresa principal delega en la contratista una parte del ciclo productivo, es necesaria la coordinación entre tales empresas a fin de que la tarea delegada sea prestada de manera idónea. Es decir, cuando una empresa, sobre la base del derecho de libertad de empresa, externaliza una parte de su ciclo productivo, no significa de modo alguno que deje a su suerte dicha etapa. Considero que, por más especializada que sea una empresa de servicios, la empresa Principal no puede desentenderse de dicha fase o actividad que delega.

Para tales efectos, resulta pertinente, nuevamente, citar al renombrado profesor Wilfredo Sanguinetti Raymond, quien en el libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez refiere lo que “A través de la expresión descentralización productiva se designa a una nueva forma de organización del proceso de producción de bienes y servicios caracterizada por el recurso por parte de la empresa que asume el control del mismo a la contratación de empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas de las fases o actividades que lo integran, en lugar de llevarse a cabo de forma directa, mediante personal sujeto a una relación de dependencia. Lo que identifica a la descentralización productiva es, de este modo, que la obtención de los objetivos productivos de una empresa principal se lleva a cabo no por la incorporación de trabajadores a su plantilla, sino mediante la combinación o coordinación de aportaciones parciales, llevadas a cabo por empresas auxiliares o colaboradores externos. Como tal, la descentralización productiva constituye una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las

actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de contratistas y proveedores externos en vez de trabajadores dependientes para su atención; y c) la coordinación global de las actividades de éstos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así control del entero proceso de producción pese a su disgregación.”¹⁰

De esta manera, podemos apreciar que mediante la Tercerización, la empresa principal no pierde el control de la totalidad del ciclo productivo. Razón por la cual, resulta imprescindible la coordinación empresarial, teniendo como presupuesta que la contratista tenga Autonomía Empresarial, esto es, que se comporte como empresario.

Ahora bien, sucede que la Ley y Reglamento de la Tercerización en nuestro país, no regulan los supuestos de coordinación empresarial, razón por la que la doctrina llena el vacío referida la necesaria y lógica existencia de coordinación empresarial. Sin embargo, ni la Ley, ni la doctrina, como tampoco la jurisprudencia ha tocado el tema de los límites y forma en que se ejecuta la coordinación empresarial.

Es por ello que en los siguientes párrafos haremos mención de cuáles son las formas de coordinación que existen, para luego establecer límites en las formas de coordinación en el sector regulado de telecomunicaciones; y, finalmente, haremos mención de nuestra propuesta de Manual de Coordinación Empresarial, la misma que debe anexarse a los contratos de tercerización, revisadas previamente por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Para tales efectos, me permito reseñar tres tipos de coordinación que pueden existir en las relaciones de subcontratación empresarial del sector de telecomunicaciones.

A saber:

¹⁰ **SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo.** “La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?”, en LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL DERECHO PERUANO – Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Edición de Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Edición de Diciembre de 2004. PP – 410-411.

- **COORDINACIÓN DIRECTA.-** En este caso, encontramos a personal de la empresa principal en comunicación constante con personal de la empresa contratista, a fin de verificar la forma en que la empresa contratista viene efectuando la prestación especializada de servicios.

De esta forma, el trato directo con personal de la empresa contratista se sobreentiende en tanto y en cuanto la empresa principal mantiene el control de todo el ciclo de producción. En este caso, las empresas deben identificar a las personas que llevarán a cabo dicha coordinación.

Asimismo, como parte de esta coordinación, se entenderá la entrega y proporción de material (documentos y productos) necesarios para la ejecución del servicio.

- **COORDINACIÓN MEDIANTE AUDITORÍA.-** Aquí, por lo general, las empresas suelen pactar en los contratos de tercerización que la principal tiene el derecho de efectuar Auditorías a fin de que ésta pueda supervisar la correcta ejecución del servicio especializado o la elaboración de bienes según los requerimientos solicitados.

Ello obedece, sin lugar a dudas, a la necesidad de las empresas de contar con un servicio idóneo y poder tener herramientas que le permitan supervisar la prestación del servicio. Nuevamente, vemos que este derecho de la principal, radica en que la descentralización productiva no le impide tener el control de todo el ciclo productivo.

- **COORDINACIÓN MEDIANTE CORDINADORES.-** En este caso, la empresa principal designa a cierto personal de su planilla para que coordine con personal de la contratista, ello en aras de repotenciar el producto y/o servicio de la empresa principal.

Este tipo de coordinación existe en los procesos de descentralización de la etapa correspondiente a la promoción y venta de los bienes y servicios de la principal. Por

ejemplo, en las cadenas de centros comerciales, vemos sendos productos que se ofrecen en estantes abiertos al público. En estos casos, las empresas que producen estos productos, pueden contratar con empresas especializadas en técnicas de promoción y venta para que comercialicen tales bienes y servicios, con la finalidad de competir de la mejor manera en el mercado.

Ahora bien, los coordinadores de la Principal pueden, sin lugar a dudas, trasladar información del producto que la contratista, mediante su personal, promocionará y venderá. Ello, en razón de que si bien la contratista es una empresa especializada en el rubro de promoción y venta, lo cierto es que no conoce de las características de los bienes y servicios materia de venta.

En ese sentido, el coordinador se encargará de trasladar la información necesaria para que la empresa contratista pueda efectuar correctamente la venta de los bienes y servicios. Esto se conoce como "Preparación en Conocimiento de Producto". Situación que resulta necesaria para los fines de la prestación del servicio especializado.

De esta manera, consideramos que las clases de coordinación pueden ser más amplias; sin embargo, para efectos del presente artículo he decidido desarrollar solo estos tres, toda vez, que son las que más se presentan la subcontratación de bienes y servicios en el sector de telecomunicaciones.

Ahora bien, es necesario que exista normativa que regule los límites de la coordinación, a fin de que la tarea de los Jueces, en la resolución de este tipo de casos, no se limite a la discrecionalidad del A Quo. Más aún, cuando la desnaturalización de la Tercerización únicamente debe operar cuando la empresa contratista no tiene la mencionada Autonomía Empresarial y no sobre la base de la falta de comprensión de la coordinación en dicho sector regulado.

VI. PROPUESTA DE MANUAL DE COORDINACIÓN EMPRESARIAL.-

Llegando a la parte final del presente artículo, debo reconocer que éste fue inspirado en el desarrollo de las actividades de venta de productos y servicios de la empresa operadora del servicio público de telecomunicaciones en la que trabajo, en donde personal de la empresa contratista demanda judicialmente la desnaturalización de la Tercerización sobre la base de la utilización de material e información que personal de propiedad de la empresa Principal. Sin embargo, en el caso concreto, como ya lo hemos señalado, el traslado de dicho material e información, se encuentra enteramente vinculada a las particularidades del sector de telecomunicaciones.

En este caso, es importante que en los contratos en los que una empresa propietaria de la Concesión decide trasladar una parte de su ciclo productivo a un tercero, es importante que, al margen de los requisitos establecidos en la Ley y el Reglamento citados en el capítulo I, las partes establezcan la forma y modo de coordinación empresarial. La misma que debe verse reflejada en un Manual de Coordinación Empresarial.

Así pues, el contenido de dicho Manual, debe contener, cuando menos, la siguiente información:

- Personal involucrado en la coordinación.
- Información referida a la prestación del servicio que será materia de coordinación.

Respecto del segundo punto, según el tipo de servicios especializados que se presten, es que debe detallarse, dado que sólo en este caso, es importante que se establezca sobre la base de qué información debe coordinarse. Ello, con la finalidad de evitar que la principal pueda ejercer las facultades de dirección, fiscalización y sanción, de manera indirecta respecto de personal de la contratista.

La presentación de este Manual, a nivel judicial puede significar de gran apoyo a la

labor judicial de cara a determinar si en efecto, las partes en la realidad se han ceñido a lo pactado en dicho Manual, más aún cuando éste debe ser revisado por la AAT a fin de evitar encubrimiento de relaciones de subordinación. Caso contrario, se entenderá por desnaturalizado el contrato de Tercerización.

VII. CONCLUSIONES.-

Como hemos visto, en el desarrollo del presente artículo, la figura de la descentralización productiva se ha llevado a cabo de la mano con los fenómenos empresariales producto de la globalización, así como en la necesidad de las empresas de dedicarse únicamente en el *core business*, es decir, para lo que es especialista.

Asimismo, es interesante como esta figura jurídico-empresarial tiene particularidades que la hacen pasible de tratamiento diferenciado, como es el caso de las empresas operadoras del servicio público de telecomunicaciones, en donde las disposiciones del ente regulador, así como las obligaciones dispuestas en el contrato de Concesión, repercuten en el nivel de coordinación de la empresa Principal y sus contratistas. Siempre en el tramo de venta y promoción de bienes y servicios.

De otro lado, las decisiones de desnaturalización de la Subcontratación, si bien deben atender a la ausencia de Autonomía Empresarial de las contratistas, también deben tenerse en cuenta el sector en el cual se desarrollan, como es el caso del regulado por el OSIPTEL, toda vez que dicha normativa incide en la coordinación empresarial existente entre la principal y la contratista.

Del mismo modo, no debe perderse de vista que la ausencia de regulación en lo que respecta a la coordinación empresarial, puede generar pronunciamientos judiciales incoherentes y faltos de análisis de la realidad. Para ello, es que resulta necesario el establecimiento de un Manual de Coordinación Empresarial en el

sector de telecomunicaciones, el mismo que luego de ser revisado por la AAT pueda ser adjunto a los contratos de Tercerización, con la finalidad de servir de base para que los magistrados tengan conocimiento que al momento de tener en su Despacho una demanda en la que se solicite la desnaturalización de un contrato de Tercerización celebrado entre un operador del servicio público de telecomunicación y una contratista, para los casos de venta y promoción de bienes y servicios, sepa que debe revisar si el Manual permite ese tipo de coordinación. De lo contrario, puede analizarse la posibilidad de la existencia de una relación subordinada.

VIII. BIBLIOGRAFÍA.-

Respecto de la bibliografía que ha servido de base, describimos las siguientes:

- **ARCE ORTIZ, Elmer.** Elementos para detectar la cesión ilícita de mano de obra. Texto mimeografiado, 2011.
- **BALDEÓN MIRANDA, CARLOS.** *La Autorización de Servicio Público.* Lima, octubre 2014. ADRUS D&L EDITORES SAC. Primera Edición.
- **CRUZ VILLALÓN, Jesús.** *OUTSOURCING, CONTRATAS Y SUBCONTRATAS.* Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999.
- **PUNTRIANO ROSAS, César.** *SUBCONTRATACIÓN: APUNTES CONCEPTUALES Y BALANCES LEGISLATIVOS.* Libro Homenaje por los 25 años de la Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y Seguridad Social. Lima.

- **SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo.** *Descentralización productiva y calidad de empleo: ¿Términos incompatibles?*, En Revista de Derecho Social N° 36, 2006.

- **SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo.** “La descentralización productiva: ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?”, en LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL DERECHO PERUANO – Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez. Edición de Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Edición de Diciembre de 2004.

- **TOLEDO TORIBIO, Omar.** LA TERDCERIZACIÓN LABORAL (*OUTSOURCING*). Primera Edición. Editorial Grijley. Lima 2015.

