

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de suficiencia profesional para optar por el Título de Abogada

**INFORME JURÍDICO SOBRE LA CASACIÓN LABORAL  
Nº 2346-2017-LAMBAYEQUE**

Autor:

***Francesca Alessandra Ferruzo Matos***

Asesor:

***Manuel Gonzalo De Lama Laura***


Lima, 2023

## Informe de Similitud

Yo, DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "**INFORME JURÍDICO SOBRE LA CASACIÓN LABORAL N° 2346-2017-LAMBAYEQUE**", del autor FERRUZO MATOS, FRANCESCA ALESSANDRA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 29%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> DE LAMA LAURA, MANUEL GONZALO	
DNI: 42890241	Firma: 
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0002-7286-8621">https://orcid.org/0000-0002-7286-8621</a>	



*A Dios, y mis amados padres, por brindarme la fortaleza que necesité para no renunciar en los momentos más desafiantes de mi vida.*

*A mi amada abuela, cuyo espíritu ahora descansa en el cielo, le dedico un especial agradecimiento por haber creído en mí incondicionalmente hasta el último día de su existencia.*

*Y a mi pequeña Conny, le expreso mi profunda gratitud por acompañarme en madrugadas de estudio.*

## RESUMEN

En la actualidad, los contratos de tercerización se han convertido en una práctica extendida en diversos sectores industriales, lo que ha tenido un impacto significativo en las dinámicas laborales. A través de la implementación de contratos de cooperación entre empresas, se ha influenciado también en las relaciones entre empleadores y trabajadores.

Este informe profesional tiene como objetivo analizar la decisión de la Corte Suprema en el caso concreto de un trabajador que demanda la desnaturalización de su contrato de tercerización y, por ende, la desnaturalización de su contrato de trabajo, alegando que su verdadero empleador es la empresa usuaria, solicitando así su reincorporación a la misma. Para ello, requiere que se declare el despido nulo por represalia, ya que previamente presentó una queja ante la Autoridad Administrativa de Trabajo referida al incumplimiento de obligaciones sociolaborales por parte de las empresas demandadas.

Al respecto, la doctrina mantiene un debate acerca de la comprobación de los requisitos de la tercerización laboral, ya que de una lectura literal se podría extraer que estos deben encontrarse de forma copulativa; sin embargo, la Corte Suprema determina que el elemento determinante para establecer una tercerización legítima es la “autonomía empresarial”.

Por lo tanto, en el presente informe profesional, se pretende analizar las principales controversias jurídicas identificadas, exponer una posición sobre la valoración de los indicios de desnaturalización; para lo cual, se acudirá al uso de doctrina, legislación y jurisprudencia sobre la materia.

**Palabras clave:** Desnaturalización de la tercerización, Requisitos de la tercerización, Autonomía Empresarial, Despido nulo, Despido Incausado

## **ABSTRACT**

Currently, outsourcing contracts have become a widespread practice in various industrial sectors, which has had a significant impact on labor dynamics. Through the implementation of cooperation contracts between companies, the relationships between employers and employees have also been influenced.

This professional report aims to analyze the Supreme Court's decision in the specific case of a worker who demands the denaturalization of his outsourcing contract, and therefore, the denaturalization of his employment contract, alleging that his real employer is the user company, thus requesting his reintegration into it. For this, he requires that the dismissal be declared null due to retaliation, since he previously presented a complaint to the Administrative Labor Authority regarding the non-compliance with social and labor obligations by the defendant companies.

In this regard, the doctrine maintains a debate about the verification of the requirements of labor outsourcing, as a literal reading could suggest that these should be found in a conjunctive manner; however, the Supreme Court determines that the determining element to establish a legitimate outsourcing is "business autonomy".

Therefore, in this professional report, it is intended to analyze the main legal controversies identified, to present a position on the evaluation of the signs of denaturalization; for this, doctrine, legislation and jurisprudence on the subject will be used.

**Keywords:** denaturing of outsourcing, Outsourcing requirements, Business autonomy, Null dismissal, Unjustified dismissal

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN</b> .....	8
<b>II. JUSTIFICACIÓN</b> .....	9
<b>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO</b> .....	10
3.1. Antecedentes .....	11
3.2. Primera Instancia .....	12
3.3. Segunda Instancia.....	13
3.4. Casación .....	13
<b>IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS</b> .....	16
4.1. Problema Principal: ¿Se desnaturalizó el contrato de tercerización suscrito entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra S.A.? .....	16
4.2. Problemas Secundarios .....	16
4.2.1. ¿La inexistencia de los requisitos de la tercerización de forma copulativa en el contrato entre Telefónica y Cobra desnaturalizan la figura?.....	17
4.2.2. ¿Existe autonomía empresarial en la forma de ejecución del contrato entre Telefónica y Cobra?.....	17
4.3. Problema complementario: ¿Se configura la causal del Inc. c) del Art. 29 de la LPCL acerca del despido nulo en el presente caso? .....	17
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	17
5.1. Análisis de los problemas secundarios .....	18
5.1.1. Primer problema secundario .....	18
5.1.1.1. Análisis teórico conceptual: Exigibilidad de los requisitos de forma copulativa para una tercerización legítima.....	18
5.1.1.2. Análisis material: Comprobación de la existencia de los requisitos de forma copulativa en el caso en concreto .....	22
5.1.2. Segundo problema secundario .....	29
5.1.2.1. Análisis teórico conceptual: Implicancia de la autonomía empresarial en la tercerización .....	29
5.1.2.2. Análisis material: Análisis de la autonomía empresarial en el caso en concreto .....	31

5.2. Análisis del problema principal .....	35
5.3. Análisis de problema complementario .....	37
<b>VI. POSICIÓN INDIVIDUAL FUNDAMENTADA DEL CASO</b> .....	<b>40</b>
6.1. Sobre la lectura copulativa de los requisitos de tercerización .....	40
6.2. Sobre el fallo de la resolución.....	40
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	<b>41</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>42</b>



## PRINCIPALES DATOS DEL CASO

<b>Casación N°</b>	Casación Laboral N° 2346-2017-Lambayeque 2346-2017
<b>Demandante</b>	Marcos Vallejos Arévalo
<b>Demandados</b>	Telefónica del Perú S.A.A. Cobra S.A.A.
<b>Materia</b>	Recurso de Casación
<b>Órgano Resolutor</b>	Corte Suprema
<b>Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes</b>	<ol style="list-style-type: none"><li>1. Primera Instancia: Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo</li><li>2. Segunda Instancia: Segunda Sala Laboral de Lambayeque</li><li>3. Casación: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema</li></ol>
<b>Área del derecho sobre el cual versa el contenido del presente caso</b>	Derecho Laboral, Derecho Procesal Laboral



## I. INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más globalizado y competitivo, las empresas buscan constantemente formas de optimizar sus recursos y mejorar su eficiencia. En consecuencia, una estrategia popular utilizada en la actualidad para lograr estos objetivos es la tercerización laboral. Esta figura ha generado un intenso debate en el ámbito laboral, debido a las diferencias de beneficios y riesgos a los que están expuestos los trabajadores inmersos en este tipo de relaciones contractuales.

Nuestra legislación considera como tercerización, o en inglés el “outsourcing”, al servicio en el que una empresa tercerizadora se encarga de una o más partes de la actividad principal de la empresa. En ese sentido, de acuerdo con las disposiciones legales peruanas acerca del ámbito de aplicación de las normas de tercerización, estas solo aplican a las empresas que realicen desplazamiento de personal de manera continua a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal.

En tal sentido, algunos comentarios de Estrada et. al. (2015) respecto a la convivencia entre el personal de la empresa tercerizadora y la empresa principal, que estos contemplen condiciones diferentes de trabajo genera un clima organizacional negativo ya que influye en la identificación del personal externo con la empresa principal, creando así una confusión acerca de su real empleador.

Tomando en cuenta la contextualización detallada en párrafos precedentes, el presente informe profesional tiene como objetivo realizar un análisis de los problemas jurídicos identificados en la Casación Laboral N° 2346-2017-LAMBAYEQUE (en adelante, la Casación); en específico, se evaluarán los argumentos de la Corte Suprema que fueron la base de decisión final para no declarar la desnaturalización de la tercerización laboral entre la empresa principal y la empresa tercerizadora en el caso en concreto. El presente informe se dividirá en cuatro secciones: i) Hechos del caso, ii) Identificación de problemas jurídicos, iii) Análisis de los problemas jurídicos y iii) Posición individual del caso.

En la primera parte del análisis, se procederá con la descripción de los hechos del caso, recapitulando las decisiones de instancias previas, a fin de afianzar cada suceso relevante con las fechas provistas en la Casación. Ello, no dará un marco general sobre los hechos del caso.

En la segunda parte se abordarán los problemas jurídicos encontrados en el caso, los cuales están relacionados con la discusión de las figuras jurídicas encontradas y su aplicación práctica. Por ello, se plantearán preguntas teóricas acerca del concepto de la desnaturalización de la tercerización laboral y su lectura a partir de la interpretación de las normas que regulan la figura jurídica.

En consecuencia, la tercera parte desarrolla el análisis de cada problema jurídico encontrado con el apoyo de jurisprudencia, doctrina y legislación. En esta sección el análisis se centrará en la evaluación de los requisitos de la tercerización laboral y su lectura aplicada al caso, para así determinar si efectivamente existe desnaturalización del contrato entre la empresa principal y empresa contratista del caso presentado. En adición a ello, como tema complementario se realizará el análisis correspondiente a la desnaturalización de contrato de trabajo existente entre el trabajador de la tercerizadora y su empleador.

Finalmente, se expondrá la posición individual del tema, tomando en consideración el análisis de las secciones previas, en la cual se fundamentarán los argumentos que conducen a una declaratoria de desnaturalización de la tercerización laboral entre las empresas implicadas y por ende la propuesta de análisis que se debió aplicar para la declaratoria de laboralidad entre la empresa principal y el trabajador demandante.

## **II. JUSTIFICACIÓN**

En los últimos años, el crecimiento significativo de la tercerización laboral entre empresas, como mecanismo para optimizar procesos, reducir costos y mejorar la eficiencia en las empresas matrices, ha planteado diversas interrogantes sobre el tratamiento de las relaciones laborales entre el trabajador y el empleador. El aumento significativo de la práctica de tercerización laboral con desplazamiento implica un constante relacionamiento entre trabajadores de la empresa principal y trabajadores de la empresa tercerizadora, a causa de ello se han presentado demandas solicitando la declaración de la desnaturalización de la tercerización laboral debido a que los trabajadores de la tercerizadora muchas veces identifican a la empresa principal como su real empleador, a pesar de pertenecer a la planilla de la empresa tercerizadora.

En esta línea, el propósito del presente informe es explorar y analizar el fenómeno de la desnaturalización de la tercerización laboral y el impacto que tiene respecto a las relaciones laborales entre el empleador y el trabajador. La motivación detrás de la discusión planteada sirve para examinar las prácticas actuales de tercerización laboral y con ello las motivaciones que sigue la jurisprudencia al momento de decidir acerca de una controversia sobre la declaración de una tercerización laboral legal.

En adición a lo mencionado, la importancia social y económica del presente análisis recae en la tercerización laboral como una práctica común en el mundo empresarial moderno, el mismo que debe gozar de previsibilidad para tener un impacto positivo en las relaciones, más aún de que si se logra comprender sus implicancias a nivel laboral, se podrán garantizar relaciones laborales justas y equitativas a futuro. Por lo tanto, el presente informe no solo realiza un análisis teórico-jurídico, sino que al tomar como objeto un caso concreto, aterriza el estudio a un contexto de la vida real, tomando como evidencia para la justificación de la posición datos reales y evidencia fáctica.

Finalmente, gracias a la metodología y estructura aplicada a la elaboración del presente informe, se logra un estudio descriptivo y crítico que combina conceptos teóricos y ejecución práctica para fundamentar la posición individual sobre el tema y contribuir a futuro para investigaciones que promuevan el diálogo en la búsqueda de soluciones más equitativas en el ámbito laboral.

### **III. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS DEL CASO**

En esta sección se procederá con la recapitulación de hechos del caso para determinar su grado de importancia a fin de ser analizados más adelante.

El presente informe versa acerca del proceso seguido por el Sr. Marco Vallejos Arévalo (en adelante, “demandante”) contra Telefónica del Perú SAA (en adelante, “Telefónica”) y Cobra SAA (en adelante, “Cobra”) sobre la desnaturalización del contrato de locación de servicios suscrito entre ambas partes, el cual tiene como objeto la ejecución de los siguientes servicios: construcción y mantenimiento de planta externa, obras civiles conexas, servicios de atención al cliente (instalaciones, rutinas y reparaciones).

A continuación, se detallan los hechos del caso con mayor relevancia, así como el desarrollo del proceso judicial.

### **3.1. Antecedentes**

#### **Sobre la demanda:**

El año 2018, el demandante presentó su demanda sobre desnaturalización de contrato y reposición laboral, solicitando se declare la desnaturalización del contrato de locación de servicios suscrito entre Telefónica y Cobra, se declare la desnaturalización del contrato de trabajo del demandante, se determine la existencia del “despido nulo” y se ordene su reincorporación en el puesto de Técnico en la empresa Telefónica.

Cabe precisar que, el demandante desempeñaba sus labores como trabajador temporal de Cobra; sin embargo, al identificar a Telefónica como su real empleador, el demandante presenta una queja ante la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, “AAT”), la cual realiza visitas inspectivas a las empresas demandadas para la verificación de los indicios de desnaturalización de tercerización laboral. Además, el demandante alega que su contrato temporal no es renovado por parte de Cobra, hecho que relaciona directamente a su queja interpuesta ante la AAT.

#### **Sobre la contestación de la demanda:**

##### **Por parte de Telefónica:**

La empresa alega la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, sosteniendo que no ha tenido vínculo laboral con el demandante. Además, señala que su contratista, Cobra, cuenta con los elementos necesarios para ser una empresa tercerizadora, en tanto tiene pluralidad de clientes y su servicio se basa en la ejecución de construcción y mantenimiento de planta externa, obras civiles conexas, servicios de atención al cliente (instalaciones, rutinas y reparaciones); por lo tanto, los servicios de Cobra se ejecutan de manera íntegra fuera de lo que se conoce como “centro de trabajo”.

Por otro lado, la empresa advierte que la contratación de servicios tercerizados por parte de Telefónica en todo momento implicó que Cobra asuma por su propia cuenta y riesgo los servicios pactados; por ello, Cobra hizo una inversión de dinero para brindar el servicio contratado y debe cumplir con los objetivos y metas de dicho servicio.

**Por parte de Cobra:** La empresa alega excepciones de incompetencia, oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda y falta de legitimidad para obrar del demandante. Solicita que se considere el demandante carece de legitimidad activa ya que según manifiesta no es trabajador de Cobra y por lo tanto se encuentra en una posición inerte respecto a la empresa.

Además, se pronuncia sobre los indicios de la desnaturalización de la tercerización laboral alegando que, en referencia al otorgamiento de materiales de trabajo y la supervisión realizada, en algunas ocasiones por parte de los trabajadores de Telefónica; Cobra considera que no se tomó en cuenta la realidad, ya que afirman que la verificación de calidad de servicio es compatible con el servicio tercerizado. Asimismo, afirman que no debe confundirse la verificación de servicio por parte de Telefónica con el poder de dirección, el cual es ejercido por Cobra.

Cobra considera que el contrato establece consideraciones técnicas que son suficiente justificación para que Telefónica otorgue equipos a Cobra sin que esto se configure como una desnaturalización, ya que esto no le resta autonomía porque los beneficiarios finales de estos equipos son los clientes de Telefónica.

### **3.2. Primera Instancia**

El 27 de mayo de 2016, el Séptimo Juzgado de Trabajo de Chiclayo declara FUNDADA la demanda argumentando la comprobación de la desnaturalización de la tercerización laboral celebrada entre las co-demandadas; por lo tanto, Telefónica mantendría un contrato de trabajo a plazo indeterminado con el demandante desde su fecha de ingreso al servicio.

Asimismo, el referido Juzgado declara la existencia del despido nulo, requiriendo a Telefónica proceder con la reincorporación del demandante a su puesto habitual u otro similar bajo las mismas condiciones laborales, y ordena el pago de las remuneraciones y demás conceptos remunerativos dejados de percibir desde la fecha que se produjo su despido.

Además, se declaran infundadas las excepciones de falta de legitimidad para obrar activa y pasiva por Telefónica y Cobra, respectivamente, debido al razonamiento que deriva de la capacidad de decisión de la relación laboral que recae en ambas

demandadas respecto al demandante. Bajo el mismo razonamiento, se declaran infundadas las excepciones de incompetencia y oscuridad o ambigüedad presentadas por Cobra. Finalmente se ordena el pago de costos y costas a las co-demandadas.

### **3.3. Segunda Instancia**

El 26 de octubre de 2016, la Segunda Sala Laboral de Lambayeque confirma (¿en parte?) la sentencia de primera instancia, respecto a declarar infundadas las excepciones formuladas por Cobra, y la revocan, declarándola INFUNDADA, justificando su decisión en que los servicios prestados por la empresa Cobra no constituyen una relación laboral con Telefónica.

La Sala argumenta que Cobra opera de manera autónoma, sin subordinación hacia Telefónica, y solo proporciona materiales para respaldar la calidad del servicio.

A su vez, menciona que solo el control y monitoreo por parte de Telefónica a Cobra se realiza mediante soportes informáticos propiedad de Telefónica. Se afirma que no hay desplazamiento de trabajadores y que, respecto al demandante, debido a que lo que suscitó fue la finalización de su contrato en lugar de ser despedido. Se destaca el Contrato Bucle como fuente de obligaciones entre Cobra y Telefónica, permitiendo el uso de equipos y materiales específicos justificados en su especificidad. Se argumenta que la tercerización laboral combina avances tecnológicos y especialización. Se cuestiona la evidencia presentada sobre el control de ingreso de trabajadores y se enfatiza la independencia jurídica y administrativa de las empresas involucradas en la contratación.

### **3.4. Casación**

El recurso de casación interpuesto por Marcos Arévalo, en calidad de recurrente, se declara procedente de acuerdo con las siguientes infracciones normativas alegadas:

- i) Inaplicación del artículo 5 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> **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.

- ii) Inaplicación de los artículos 3<sup>2</sup> y 5<sup>3</sup> del Decreto Supremo N°006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización

El 09 de octubre de 2018, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema declara infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante, y NO CASÓ la Sentencia de Vista, concluyendo que el Colegiado Superior no ha infringido ninguna de las normas alegadas por el demandante, deviniendo en infundado el recurso de casación.

Los fundamentos en los que se basa la Corte Suprema para la motivación de su decisión son los siguientes:

- o El cumplimiento del primer y segundo requisito la Ley N° 29245. El primer respecto al desarrollo de los servicios prestados por cuenta y riesgo de Cobra, y, el segundo, respecto a comprobar que el mismo cuente con sus propios recursos financieros y técnicos, siendo que la Sala considera que el servicio es asumido en su totalidad por Cobra.
- o No toman en cuenta las declaraciones de los trabajadores en el Informe Inspectivo, debido a que consideran que son hechos “unilaterales” y no forman parte del informe.
- o Considera que Cobra es responsable de los resultados de sus actividades; además, se justifica en la advertencia de las

---

<sup>2</sup> **Artículo 3.- Requisitos**

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

<sup>3</sup> **Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización**

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales conforme a las definiciones establecidas en el artículo 1 del presente Reglamento.
- b) Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c) 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.
- d) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.
- e) 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 trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador de los trabajadores desplazados desde el inicio el desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, sin perjuicio de las sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

penalidades en el Contrato Bucle<sup>4</sup> y posterior ejecución de estas por Telefónica, relacionadas a los resultados de los servicios de la empresa tercerizadora.

Así también, la CS considera relevante que un trabajador de Telefónica y de Cobra bajen juntos de una movilidad propiedad de Telefónica, ya que no puede ser suficiente para determinar la subordinación entre un trabajador de Cobra con la empresa principal, pues, aun cuando tenga valor y fuerza probatoria, no genera convicción sobre la subordinación.

#### **Voto en minoría:**

La jueza suprema De la Rosa Bedriñana emite su voto en discordia declarando fundado el recurso de casación, basándose en que la AAT constató que Telefónica suministra materiales a Cobra (según se advierte en la Orden de Inspección); Cobra utiliza los soportes informáticos propiedad de Telefónica; el poder de dirección lo ejerce Telefónica pues, de acuerdo con las visitas inspectivas, se acredita que dicha empresa ostenta la supervisión de las labores de los trabajadores de Cobra; y que algunos trabajadores de Cobra realizan labores de limpieza en las cabinas telefónicas de propiedad de Telefónica.

Acerca del contrato, la jueza considera que el denominado contrato de locación de servicios de atención al cliente, mantenimiento y construcción de planta externa estipula la responsabilidad del servicio a cuenta y riesgo de Cobra; sin embargo, de acuerdo con el acta de visita inspectiva de fecha 15 de marzo de 2013, el inspector verificó que Telefónica suministra materiales de trabajo a Cobra para la ejecución de sus labores, constatando en el acta la posesión de llaves del centro de operaciones de Telefónica por parte de un trabajador de Cobra, además del uso del programa GESTEL y GESCAB y guías de remisión de Telefónica de material del almacén nodal en Lima hasta el almacén inspeccionado correspondiente a Cobra. Todo lo mencionado lleva a considerar a la jueza que no se tratarían de manifestaciones unilaterales de las partes, sino de hechos fácticos constatados por el inspector.

---

<sup>4</sup> Para términos del presente informe, el contrato bucle se refiere al que suscribe una empresa (Telefónica) y contrata los servicios de otra empresa (Cobra) para llevar a cabo una parte específica del trabajo. A su vez, la subcontratista puede a su vez subcontratar a otra empresa y así sucesivamente, formando una cadena de contratos en bucle.



La justificación por parte de las co-demandadas sería que los materiales que Telefónica brinda a Cobra se proporcionan debido a la particularidad de sus especificaciones técnicas, sin embargo, la jueza considera que durante el proceso no se ha probado que dichos materiales hayan sido producto de especificaciones técnicas particulares, ya que esto se contradeciría con la asunción de riesgo total de responsabilidad que se estipula en el contrato bucle.

Finalmente, De la Rosa considera que en aplicación del principio de primacía de la realidad queda acreditada la existencia de la desnaturalización del contrato de tercerización laboral entre Telefónica y Cobra. En consecuencia, una vez acreditada la calidad de trabajador del demandante respecto a Telefónica, se corrobora la existencia de una relación laboral de naturaleza indeterminada, por lo que no podría ser despedido sin causa justa, en virtud de eso, en el caso en concreto se configura el despido nulo por la causal de represalia, al comprobarse que el demandante presentó una queja contra el empleador ante las autoridades competentes.

#### **IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS**

A continuación, se señalan los problemas jurídicos que encontramos en el caso objeto de análisis, tanto a nivel teórico como material en orden de relevancia.

El problema principal de la resolución consiste en elucidar si el contrato de locación de servicios suscritos entre Telefónica y Cobra se desnaturalizó en base al análisis razonado de los indicios que se describen en el caso, en virtud de ello el planteamiento se formula de la siguiente forma:

- 4.1. Problema Principal: ¿Se desnaturalizó el contrato de tercerización suscrito entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra S.A.?

##### **4.2. Problemas Secundarios**

Los problemas secundarios son los primeros que deberán responderse para servirnos como guía en la formación de argumentos y finalmente conducirnos hacia la dilucidación del problema principal, así tenemos los siguientes:

4.2.1. ¿La inexistencia de los requisitos de la tercerización de forma copulativa en el contrato entre Telefónica y Cobra desnaturalizan la figura?

4.2.2. ¿Existe autonomía empresarial en la forma de ejecución del contrato entre Telefónica y Cobra?

Finalmente, una vez solucionado el problema principal, procederemos a plantear la pregunta accesoria que nace subsecuentemente, la misma que se plantea en el caso, pero no es objeto de pronunciamiento de la Corte Suprema, por lo tanto, el análisis de este problema es independiente del problema principal, de ahí que el problema complementario sea el siguiente:

4.3. Problema complementario: ¿Se configura la causal del Inc. c) del artículo 29 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo? N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral del despido nulo en el presente caso?

## **V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

A continuación, se procederá con el análisis de los problemas jurídicos, iniciando con el examen teórico y material respecto a la figura jurídica de la tercerización, cuestionamientos contenidos en los problemas secundarios, para que una vez resueltas las cuestiones teóricas y materiales de discusión respecto a la figura jurídica procedamos con el análisis de la posición de la Corte Suprema en el caso, y de forma comparativa con jurisprudencia y doctrina podamos sentar una posición definida respecto de quien escribe a manera de respuesta de la pregunta principal, esto como parte de las conclusiones al análisis ejecutado.

Es importante precisar que este orden metodológico también permite un contraste adecuado de lo teórico aterrizado a la práctica, ello porque cada sección de estudio comienza con un análisis teórico conceptual, donde se evalúan las normas aplicables al caso, jurisprudencia relacionada con el tema y doctrina que aporte a la temática; luego de ello, se progresa al segundo análisis de orden material, el mismo que tiene como propósito, confrontar el orden de los hechos acontecidos en la realidad con las normas

jurídicas aplicables al caso, de acuerdo a lo desarrollado previamente en el análisis teórico conceptual. Por lo tanto, esta estructura de análisis nos llevará a obtener una respuesta fundamentada y coherente en cada pregunta planteada.

## **5.1. Análisis de los problemas secundarios**

### **5.1.1. Primer problema secundario**

Para responder la primera pregunta secundaria, debemos analizar los requisitos de la tercerización laboral y la interpretación que aplica la Corte Suprema para definir la legalidad del contrato de tercerización laboral entre Telefónica y Cobra en el caso en concreto. Para cumplir con este objetivo, el análisis se dividirá en dos partes; primero el análisis teórico conceptual, donde se definirá a la tercerización laboral como figura jurídica de acuerdo con la regulación peruana, y se evaluará la discusión en doctrina acerca de la exigibilidad de sus requisitos de forma copulativa; en segundo lugar, se procederá con el análisis material, en este acápite se contrastará lo discutido teóricamente en la primera parte con los sucesos encontrados en el caso en concreto, para así poder examinar si la inexistencia de todos los requisitos legales de la tercerización laboral en el caso en concreto desnaturalizan el contrato de locación de servicios suscrito entre las co-demandadas.

#### **5.1.1.1. Análisis teórico conceptual: Exigibilidad de los requisitos de forma copulativa para una tercerización legítima**

La tercerización es conocida también como “outsourcing”, haciendo referencia a la subcontratación entre empresas, normalmente se da desarrolla mediante un contrato de locación de servicios de parte de una empresa de mayor escala que requiere servicios específicos de una empresa de menor escala. Esto propicia la desintegración de la producción en fases, figura que suele estimular el desarrollo de “nuevos fenómenos empresariales” y “nuevas formas de sistema productivo” como es el caso de las redes empresariales.

En este sentido, Cruz Villalón señala que la tercerización se efectúa cuando “una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y

personales ciertas fases o actividades previstas para alcanzar el bien de consumo, optando, en su lugar, por desplazarlas a otras empresas, con quienes establece acuerdos de cooperación” (1994). En la misma línea, de una forma más general, Toyama señala que la tercerización es “todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa” (2008). Como podemos ver, la tercerización es, un mecanismo de flexibilización laboral, que permite la contratación de un tercero para realizar labores que aporten a la empresa que desee tercerizar, sin la necesidad de contratar más trabajadores en su planilla, ni deba capacitarlos para la actividad, por ello dentro del marco de un contrato, distinto al contrato laboral, este realiza las labores que se le transfiere (que pueden ser productivas) y así la empresa tercerizadora se encargará de ese paso de producción correspondiente.

Específicamente, en nuestro país la figura de tercerización tiene como ámbito de aplicación solo a las empresas principales que tercerizan su actividad siempre que se produzca con desplazamiento continuo de trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas, afirmación que podemos encontrar en el Art. 2 del D.S. N° 006-2008-TR – Reglamento de la Ley N° 29245, Ley que Regula la Tercerización (en adelante el Reglamento):

*“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.** (...) Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3° de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento. Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley”.*

Sobre el destaque de personal, es importante enfatizar que solo son posibles siempre y cuando estos trabajadores estén subordinados respecto de la empresa prestadora de los servicios de tercerización, elemento que será objeto de análisis en los siguientes acápite, sin embargo es necesario tener claro para este apartado que, en el contrato debe constar la actividad empresarial que deben ejecutar en el espacio físico de la empresa a la cual se le presta el servicio o que la empresa determine como “centro de

operaciones”, siendo esta lista de actividades restrictiva, y numerada, para así no confundir su labor con actividades que no guarden relación con sus labores especificadas y mucho menos recibir órdenes de parte de la empresa a la que fue destacado.

Para cerrar con la definición de la tercerización, en la normatividad peruana se regula exclusivamente la tercerización con desplazamiento continuo de personal hacia el centro de trabajo (o centro de operaciones), porque se entiende que la tercerización sin destaque es una simple provisión de bienes o servicios, en tanto ello, se regulan por el Código Civil.

Ahora bien, conforme al Art. 2 de la Ley que Regula los Servicios de Tercerización (en adelante la Ley), determina como requisitos de validez para la ejecución del contrato respecto de la contratista los siguientes:

1. Servicios prestados por su cuenta y riesgo.- desarrollar su actividad asumiendo el resultado de la misma, ya sea ganancia o pérdida, siempre debe acreditar que la ejecución del servicio es su entera responsabilidad.
2. Recursos financieros, técnicos o materiales propios.- se refiere al equipamiento con el cual cuenta la contratista para realizar los servicios para los que fue contratado, estos deben ser de su propiedad. Cuenta con una excepción en el Art. 4.3 del Reglamento de la Ley.
3. Responsables por los resultados de sus actividades.- la contratista deberá contar con recursos económicos que sean capaces de financiar al personal que tiene a su cargo, los insumos, herramientas, entre otras obligaciones que implican costos laborales.
4. Trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.- uno de los requisitos más esenciales para determinar una tercerización legal, esta implica que todos los trabajadores de la tercerizadora se encuentren a su exclusivo cargo y poder de dirección.

Además de los requisitos esenciales para la determinación de la tercerización, en el mismo artículo tenemos elementos característicos que nos sirven de indicios para identificar a la tercerización legal, los cuales implican: la pluralidad de clientes (elemento con excepciones en el Art. 4.2 del Reglamento), que cuente con equipamiento, la

inversión de capital y la retribución por obra o servicio, entre otros. Estos elementos “característicos” sirven como indicios a valorar además de los requisitos, sin embargo, terminan siendo un símil de ampliación a los requisitos ya denominados taxativamente en el Art. 2 de la Ley (como se puede apreciar en el Cuadro 1). Y en adición a lo mencionado, en el Art. 3 del mismo cuerpo normativo se determina que la existencia de cada uno de estos requisitos debe cumplirse de forma “copulativa”, ya que la ausencia de uno de ellos desvirtúa la tercerización.

Cuadro 1

Tercerización	
Requisitos	Rasgos típicos
Servicios bajo cuenta y riesgo del contratista	Pluralidad de clientes de la contratista.
Recursos financieros, técnicos y materiales del contratista que respalden los beneficios laborales del personal	Equipamiento propio del contratista.
Trabajadores del contratista están bajo su dirección y supervisión.	Forma de la retribución del precio del servicio.
Contrato escrito con indicación de objeto y lugar del servicio	

Tomada de: Toyama, J. (2008). *Tercerización e Intermediación Laboral. Diferencias y Tendencias*.

Ahora, una vez especificados los requisitos de la tercerización, se debe responder a la siguiente cuestión: ¿La inexistencia de todos los requisitos de la tercerización desnaturalizan la figura? Prima facie podríamos decir que sí debido al *numerus clausus* que ordena el Art. 3 de la Ley, sin embargo para responder a esta interrogante será necesario remitirnos al Reglamento de la Ley de Tercerización, cuyos artículos 4 y 5, dotan de excepciones a la regla. A continuación, veremos algunas posiciones en doctrina y jurisprudencia al respecto.

Sobre las excepciones a la regla, el Art. 4 del Reglamento determina que respecto a los indicios a valorar, hay dos excepciones a la regla en lo referente al uso de equipos (equipamiento) propio, donde si bien hace mención al segundo requisito estipulado en la ley, también abre la posibilidad de que esta no sea de propiedad exclusiva del contratista “cuando sea razonable”, es decir que puede ser otorgada también por la empresa principal o usuaria. También menciona la excepción a la pluralidad de clientes,

donde existen dos supuestos a su valoración como indicio de validez de la tercerización, ya que se considera que pueden existir servicios muy específicos que no permitan que estas empresas contratistas cuenten con pluralidad de clientes o en los casos donde mediante contrato existen pactos de exclusividad con la empresa principal.

Siguiendo a Chira:

*“El mismo RLTL nos remite a los tres artículos como requisitos para determinar la desnaturalización, pero a su vez al utilizar la frase “análisis razonado” abre la posibilidad de que no se necesite la presencia de todos los requisitos o características para determinar la autonomía empresarial, dicho de otro modo, pese a contar con evidencia de que no todos los requisitos o características de la tercerización estén presentes, del entendimiento o interpretación que cada uno le pueda dar, podrá concluir indistintamente si existe o no autonomía empresarial”.*  
(Chira, 2020)

En base a todo lo expuesto, podemos concluir que la tercerización se desnaturaliza cuando, después de cumplir con los requisitos y elementos establecidos en los Artículos 2 y 3 de la Ley, así como el Artículo 4 del Reglamento, se constata la falta de autonomía empresarial. Es importante destacar que la mera ausencia de los requisitos no es suficiente, ya que en circunstancias excepcionales, algunos pueden no estar presentes pero aún así existir una demostración de autonomía empresarial. En esos casos, la tercerización seguiría siendo legítima. Por lo tanto, la evaluación de los requisitos no se realiza de manera conjunta, sino que requiere un análisis detallado caso por caso.

#### **5.1.1.2. Análisis material: Comprobación de la existencia de los requisitos de forma copulativa en el caso en concreto**

Luego de haber desarrollado teóricamente la discusión sobre la figura jurídica de la tercerización y tomar una postura respecto a la lectura de los requisitos, corresponde la siguiente fase: el análisis material referente a la resolución planteada. Este apartado analizará la valoración de la Corte Suprema respecto a la existencia de los requisitos y elementos de la tercerización que se encuentren presentes en el caso en concreto para determinar la existencia conjunta de todos ellos o caso contrario identificar qué

requisitos no se encuentran presentes y analizar si son posibles de subsumir en algún supuesto de excepción presente en el Art. 4 del Reglamento<sup>5</sup>.

En consecuencia, se procederá con el recuento del criterio aplicado por la Corte Suprema respecto a la lectura de los requisitos de la tercerización, para así proponer una crítica basada en la teoría estudiada previamente.

Al respecto, la Corte Suprema en la decisión final se pronuncia sobre los requisitos y elementos de la tercerización, realizando una valoración resumida de lo analizado en la resolución sobre cada uno de ellos, la misma se detalla a continuación:

- 1) Acerca de la asunción de riesgo por parte de Cobra: en este punto la Corte Suprema no realiza un análisis de hechos, sino que se restringe a mencionar que se cumple con dicho requisito debido a que en la cláusula quinta del contrato bucle entre Telefónica y Cobra se detallan las responsabilidades que asume

---

<sup>5</sup> **Artículo 4.-** Elementos característicos

4.1. Los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

4.2. De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla.

Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar 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.

4.4. Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares.



Cobra respecto de las sanciones, multas, penalizaciones, daños y obligaciones de carácter financiero respecto del servicio ejecutado a favor de Telefónica.

- 2) Acerca del requisito de contar con recursos financieros técnicos o materiales propios: en este punto la Corte Suprema asume que este requisito se acredita con los recursos demostrados en estados financieros y documentos contables según lo acordado en el contrato bucle. Sin embargo, es necesario hacer una acotación en este punto, debido a que sí se comprueba que Telefónica suministra de materiales de trabajo a Cobra, como serían los soportes informáticos Gestel y Gescab; además se alega por parte del demandante que el Inspector de Trabajo encontró a un trabajador de Cobra con llaves de la puerta de ingreso al centro de labores de Telefónica, situaciones no valoradas por la Corte Suprema en su decisión final.
- 3) Sobre la responsabilidad de Cobra respecto al resultado de sus actividades: en este punto la Corte Suprema advierte penalidades ejecutadas por Telefónica hacia Cobra, con lo cual para ellos quedaría demostrado que los resultados son responsabilidad entera de Cobra.
- 4) Acerca de la subordinación de Telefónica respecto a trabajadores de Cobra: la Corte Suprema considera que no existe subordinación, debido a que no toman en cuenta los testimonios de los trabajadores de Cobra que identifican como supervisores al personal de Telefónica, además invalidan el Informe de la Visita Inspectiva en el extremo que detalla haber encontrado personal de Cobra descendiendo junto a uno de Telefónica de un mismo vehículo.
- 5) En cuanto a la pluralidad de clientes de parte de Cobra, la Corte Suprema solo hace referencia a que esto se comprueba en los documentos de Constitución e identificación de Cobra, donde se puede observar los contratos de prestación de servicios con otros clientes.

A continuación, se procederá con la clasificación de los considerandos que la Corte Suprema menciona durante la Casación materia de análisis ( ver Tabla 1), distinguiendo entre aquellos que se basan en la corroboración de documentos y los fundamentos que corresponden a la interpretación de hechos fácticos. Esta clasificación será de utilidad para la próxima fase de análisis, en la cual se llevará a cabo una crítica en relación a la evaluación de los requisitos realizada por la Corte Suprema.

**Tabla 1**

Nº de Considerando en la Casación Laboral	Tipo	Requisito	Fundamentación de la Corte Suprema
<p>Décimo Tercero: La Cláusula Sexta del contrato menciona que:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- "La empresa colaboradora desarrollará los servicios por sí misma"</li> <li>- "La empresa colaboradora deberá proporcionar herramientas, maquinarias, elementos de señalización, equipos de protección, y cualquier otro elemento necesario para la ejecución del servicio"</li> <li>- "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"</li> </ul>	Documento	<p>Primer Requisito: "Que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo"</p>	<p>La empresa tercerizadora cumple con el primer requisito pues asume mediante el contrato bucle los servicios contratados por cuenta y riesgo, teniendo en cuenta las responsabilidades que pudiera tener sobre los servicios.</p>
<p>Décimo Cuarto: Estados financieros y documentos contables.</p>	Documento	<p>Segundo Requisito:</p>	<p>Si bien Telefónica le proporciona algunos</p>
<p>Décimo Cuarto: Contratos de buena pro con otras entidades, los estados financieros, licencia de funcionamiento, los contratos de arrendamiento, entre otros.</p>	Documento	<p>"Que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales"</p>	<p>esta práctica está permitida por el contrato bucle suscrito entre las co-demandadas justificándose en la particularidad del servicio. Asimismo, el contrato también permite que la empresa tercerizadora pueda tener acceso a los servicios informáticos de Telefónica siempre que se cumpla con la</p>
<p>Décimo Quinto: Suministro de soportes informáticos GESTEL y GESCAB por parte de Telefónica a Cobra.</p>	Hecho		
<p>Décimo Quinto: Materiales de Telefónica en tres almacenes de Cobra indicando repartidos desde el almacén nodal de Telefónica.</p>	Hecho		

			confidencialidad del caso.
Décimo Noveno: Cláusula quinta del contrato bucle determina que la empresa colaboradora ejecutará por su cuenta, costo y riesgo, bajo su total responsabilidad los servicios descritos en el contrato.	Documento	Tercer Requisito: "que sean responsables por los resultados de sus actividades"	Se aprecia que Cobra es responsable de sus resultados, ya que se advierten penalidades de parte de Telefónica hacia Cobra en el contrato suscrito por ambas.
Vigésimo: El Informe Final de Actuaciones Inspectivas que transcribe las declaraciones de los trabajadores de Cobra, quienes identifican a personal de Telefónica como supervisores directos.	Documento y Hecho	Cuarto Requisito: "que sus trabajadores (de Cobra) estén bajo su exclusiva subordinación"	Consideran que son declaraciones unilaterales sin fuerza probatoria por lo que no generan convicción.
Vigésimo: Trabajo en conjunto entre un trabajador de Cobra y uno de Telefónica, los cuales descienden de un mismo vehículo propiedad de Telefónica, comprobado mediante Informe de Actuaciones Inspectivas.	Documento y Hecho		No es suficiente para determinar subordinación del personal de Cobra respecto del personal de Telefónica porque aunque tenga valor y fuerza probatoria, no genera convicción.
Vigésimo: Informe Final de Actuaciones Inspectivas que concluye inexistencia de incumplimientos pero existencia de indicios de desnaturalización, entre otros.	Documento		Al no concluir en Acta de infracción entonces no establece convicción.

*(Elaboración propia)*

Continuando con la clasificación de fundamentos realizada por la Corte Suprema en relación a los elementos de la tercerización, es importante destacar que la Corte solo se pronuncia sobre un indicio específico: la pluralidad de clientes. En este sentido, la Corte menciona que este aspecto se encuentra respaldado por el listado de contratos de prestación de servicios por parte de Cobra con empresas diferentes a Telefónica. Además, se hace mención de la existencia de registros de compra de equipos de

protección personal, contratos de arrendamiento de vehículos y contratos de arrendamiento de inmuebles como evidencia de contar con su propio equipamiento.

Una vez finalizada la clasificación de los fundamentos de la corte y su fuente para justificar su razonamiento, podemos llegar a tres conclusiones respecto de la existencia de los requisitos de la tercerización en el presente caso: i) La Corte considera que en el contrato entre Telefónica y Cobra se encuentran los cuatro requisitos de la tercerización, ii) La valoración de la existencia de los requisitos se realiza en su mayoría a partir de documentos y no de hechos, iii) En algunos fundamentos consideran al informe inspectivo con calidad probatoria pero en otros no, por lo que no se sigue un criterio uniforme al respecto. A continuación el desarrollo detallado de los temas planteados.

En un acápite anterior se concluyó que los requisitos no deben encontrarse necesariamente de forma copulativa, así como tampoco los elementos de la tercerización, siendo estos últimos tan solo un desarrollo de los requisitos. Tanto los requisitos como los elementos se valoran caso por caso para determinar finalmente la autonomía empresarial, y por ende la legalidad o ilegalidad de la tercerización. En tanto ello, en el caso analizado, la Corte Suprema no toma en cuenta algunos aspectos importantes en su fundamentación; en primer lugar no comprueban que todos los requisitos de la tercerización estén basados en hechos fácticamente probados, sino que para justificar la existencia de algunos de ellos se basan en documentos firmados por las partes, y tengamos en cuenta que, en el Considerando Vigésimo Cuarto de la Sentencia de Primera Instancia, el Juzgado determinada que la contratista (Cobra) no ha demostrado que esté formalmente registrada como empresa tercerizadora en la jurisdicción recurrente para suscribir un contrato de este tipo, contraviniendo de este modo lo exigido en el Art. 8 de la Ley N° 29245, Ley que Regula los Servicios de Tercerización<sup>6</sup>, cuestión que no fue valorada por la Corte Suprema. Además, la validez legal de los requisitos no puede basarse únicamente el contenido de un contrato suscrito por las partes, sino que debe ser respaldada por su conformidad en los hechos con la ley aplicable.

---

**<sup>6</sup> Artículo 8.- Registro de las empresas tercerizadoras**

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución.

La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.

En línea con lo anterior, en relación a la verificación del cuarto requisito, se observa una ambigüedad en la interpretación de la fuerza probatoria de las Actuaciones Inspectivas. Para ello, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el Artículo 16 de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo<sup>7</sup>, los hechos constatados por los inspectores se presumen ciertos y deben ser considerados en la valoración de la situación.

En la Tabla 1 se evidencia que no se le otorga credibilidad al testimonio de los trabajadores de Cobra que identifican al personal de Telefónica como sus supervisores directos. Además, no se toma en consideración el hecho de encontrar a dos trabajadores de Cobra y Telefónica utilizando conjuntamente un vehículo propiedad de Telefónica. Sin embargo, si se le otorga valor probatorio al contrato bucle firmado entre las partes, a pesar de no contar con verificación mediante hechos concretos en la realidad. Esto implica que la Corte está dando mayor peso a los documentos en comparación con los hechos verificados en la realidad.

En línea con lo mencionado, la Corte sustenta su razonamiento en el principio de primacía de la realidad, lo cual no se condice con lo evidenciado líneas arriba, de acuerdo con la Casación, la Corte considera que este principio deberá ser aplicado cuando se aprecie una disconformidad entre los hechos y los documentos, constituyendo que estos hechos brinden el soporte necesario para la validez de lo afirmado por los documentos. Razonamiento que considero no ha sido aplicado de forma correcta por la Corte Suprema como se pudo evidenciar previamente y lo cual será materia de mayor análisis en los siguientes acápite.

Así, luego del análisis realizado, considero que, en el caso en concreto, no se encuentran todos los requisitos de la tercerización conforme a ley, ya que la Corte

---

<sup>7</sup> **Artículo 16.-** Actas de Infracción

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

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

El mismo valor y fuerza probatoria tendrán los hechos comprobados por la Inspección del Trabajo que se reflejen en los informes, así como en los documentos en que se formalicen las medidas inspectivas que se adopten

sustenta sus fundamentos en un solo documento suscrito por las partes, con la liberalidad de ambas, mas no existe una comprobación con hechos en la realidad que fundamenten su validez jurídica. Por lo tanto, en el siguiente apartado corresponde realizar un análisis razonado de estos requisitos para comprobar si la valoración de los indicios encontrados demuestra la existencia de autonomía empresarial, lo cual nos llevará a comprobación si se desnaturalizó el contrato entre Telefónica y Cobra.

### **5.1.2. Segundo problema secundario**

Como ya pudimos ver en el análisis de la primera pregunta secundaria, el rasgo determinante para saber si una tercerización es legítima es la “autonomía empresarial”, siendo así, el presente acápite procederemos a dividirlo en dos cuestiones principales: la primera será un análisis teórico conceptual donde evaluaremos la implicancia de la autonomía empresarial en la tercerización, el desarrollo de su importancia y como se aplicaría en el presente estudio; en la segunda parte, se realizará un análisis razonado de los requisitos que se encuentran en el caso en concreto y la comprobación de la autonomía empresarial de Cobra en relación a Telefónica, para así tomar una posición respecto a la decisión de la Corte Suprema.

#### **5.1.2.1. Análisis teórico conceptual: Implicancia de la autonomía empresarial en la tercerización**

Para poder hablar de la autonomía empresarial, es preciso invocar lo estudiado en el apartado 5.1.1.1. del presente informe, esta sección desarrolla las excepciones que prevé la norma en cuanto a la lectura de los requisitos de la tercerización de forma copulativa. Así encontramos que, respecto a los requisitos esenciales de la tercerización, cada uno de ellos debe evaluarse a fin de determinar la existencia de “autonomía empresarial”, por lo cual realiza un símil entre “tercerización legal” a la figura de “autonomía empresarial”, donde lógicamente podríamos afirmar que, si existe autonomía empresarial, entonces la tercerización es legal. A razón de ello Arce (2011) menciona que “el *quid* del asunto está en determinar cuándo una empresa tiene autonomía empresarial y cuando no”.

En un principio, me gustaría establecer el contexto para comprender la validez análoga de no abordar estos requisitos de manera copulativa. Algunos expertos, como Arce, plantean una regulación abierta, argumentando que las derivaciones de los elementos esenciales de la tercerización pueden ser numerosas a nivel de interpretación, lo cual dificulta su evaluación únicamente a través de los cuatro requisitos establecidos en el segundo párrafo de la Ley. Esta lectura “*numerus clausus*” permitiría que los empleadores puedan incluso simular una apariencia de empresa legítima basándose solo en el cumplimiento de estos cuatro requisitos, lo que podría permitirles evadir fraudulentamente las disposiciones legales (Arce, 2011). El mismo autor también hace referencia a la acción popular presentada por el Sindicato Unitario de Trabajadores y Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado (Expediente N° 169-08-AP), en la cual se cuestiona la interpretación copulativa de los elementos característicos y se argumenta que esta interpretación no permite un análisis e interpretación adecuados de dichos elementos.

En la misma línea, el autor no está de acuerdo con que se consideren a los requisitos de la tercerización como los únicos parámetros objetivos para distinguir entre una tercerización lícita y una fraudulenta, porque cierra las puertas a un análisis indiciario que puede realizar el juez en cada caso concreto. Ya que, “tipificar en requisitos *numerus clausus* la autonomía empresarial [vista para el autor como la tercerización legal] es una forma de alejarnos cada vez más del objetivo de la Ley en el Art. 2: prohibir la cesión ilegal de mano de obra. Porque nos convertiríamos en cazadores de categorías tipológicas de la autonomía empresarial y no de la misma (Arce, 2011).

Por otro lado, en una opinión contrapuesta, autores como Chira (2020), consideran que las normas que regulan la tercerización no deben dejar un amplio margen para su uso indebido, ya que “al observar el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan las empresas para acreditar la autonomía empresarial, pues ello les permite realizar una simulación o fraude, cuando en realidad solo estarían buscando la eliminación de costos o responsabilidades de carácter laboral”.

De esta manera, este breve análisis de contraposición en doctrina reafirma la postura del presente informe, coincidente con la de Arce, debido a que, contrariamente a lo que menciona Chira, tener un *numerus clausus* no reduce la cantidad de opciones que

pueden utilizarse de parte de las empresas para reducir las modalidades de fraude, sino que provoca un efecto contrario, ya que las empresas con ánimo fraudulento buscarán la forma de cumplir formalmente con estos requisitos aunque en la práctica los indicios demuestren lo contrario.

Con ello, tomamos como nuestra la postura de Arce, ya que creemos necesario un examen razonado caso por caso para la determinación de la autonomía empresarial. De esta manera, evitaremos lo que mencionaba Arce sobre “ser cazadores de la tipología” de la autonomía empresarial, perdiendo de vista lo que realmente implica y dota de significado la misma. Entonces la idea central será buscar la autonomía y no una simple subsunción de los hechos con el *numerus clausus* de los requisitos nominativos.

Como conclusión a la primera parte del desarrollo de la segunda pregunta secundaria, no nos apartamos del criterio aplicado por la Corte Suprema en lo referente a la comprobación de la legalidad de la tercerización en base a un análisis razonado de la autonomía empresarial. Sin embargo, esto no exime al tribunal de complementar el análisis realizando una valoración del peso de los indicios en cada caso en concreto para determinar la autonomía empresarial.

#### **5.1.2.2. Análisis material: Análisis de la autonomía empresarial en el caso en concreto**

En esta sección, corresponde realizar el análisis material de la existencia de autonomía empresarial en el caso en concreto, para lo cual haremos uso de la Tabla 2, la misma que contiene la clasificación de los indicios del caso a ser valorados. Estos serán clasificados de acuerdo con su tipificación como requisito esencial o elemento que debe cumplir la tercerizadora, además de su valoración positiva o negativa en cuanto a la comprobación de la autonomía de Cobra respecto a Telefónica en el caso en concreto.

Es fundamental realizar una precisión con relación a los indicios, ya que existen hechos considerados en este análisis, que no necesariamente coinciden en su totalidad con los que la Corte Suprema valora al fundamentar su fallo en el caso objeto de estudio. No obstante, para este Informe resulta relevante proporcionar no solo los hechos evaluados por el colegiado, sino también aquellos que se tienen en cuenta en las instancias previas pero que la Corte no menciona en su decisión. De esta manera, se busca contrastar el impacto de dichos hechos en el caso y su influencia en la decisión final.



**Tabla 2**

Requisito esencial	Elemento/Rasgo	Indicio / hecho	Valoración
Primer requisito: asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo	Inversión de capital / Contar con Equipamiento Propio	Testimonio del Jefe de Cobra, quien afirma que compran y venden materiales a importadoras para ser vendidos posteriormente a Cobra (constatado en acta inspectiva del 15 de marzo de 2013).	La lista de materiales suministrados por parte de Telefónica a Cobra no goza de especificidad, sino que son de uso comercial y por tanto pasibles de ser adquiridos directamente por Cobra con sus recursos económicos. Por lo que no se justifica su proporción por parte de Telefónica.
		Suministro de grapas y varillas.	Se aprecia la existencia de materiales similares suministrados por ambas empresas, descritos en los listados del contrato bucle. Estos materiales son de libre disponibilidad por lo que no se justifican en la excepción de asegurar un determinado estándar de servicio.
		Suministro de alambre, cables coaxiales, HDMI, canaletas, entre otros.	
Segundo requisito: recursos financieros, técnicos o materiales propios	Pluralidad de Clientes / Inversión de Capital	Cobra no demostró registro como empresa tercerizadora en la jurisdicción donde opera.	Contraviene el Art. 8 de la Ley N° 29245 <sup>8</sup> .

**<sup>8</sup> Artículo 8.- Registro de las empresas tercerizadoras**

Para iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución.

La inscripción en el Registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro

Tercer requisito: responsable por los resultados de sus actividades	Retribución por Obra o Servicio (servicio integral y no simple provisión de personal)	Cobra no registró el contrato celebrado bajo modalidad con el demandante ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.	Contraviene el Art. 73 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR <sup>9</sup> .
Cuarto requisito: subordinación		Trabajadores de Cobra realizan limpieza de cabinas bajo la supervisión de personal de Telefónica (constatado en acta Inspectiva de fecha 15 de marzo de 2014).	Indicio de provisión de personal de parte de Cobra hacia Telefónica para realizar labores que no son parte del Contrato Bucle (de servicios) entre las partes.
		Supervisión directa por parte de personal de Telefónica a trabajadores de Cobra durante la ejecución del servicio	La existencia de un contrato de tercerización se debería limitar al control de la obtención de resultados, ya que esta forma de control se debe llevar mediante relaciones de coordinación entre las partes.

*(Elaboración propia)*

Como se puede apreciar en la Tabla 1, la Corte Suprema sustenta sus fundamentos en indicios que en su mayoría no tienen categoría de hechos. Sino que se tratarían, sino ya sea porque son sucesos fácticos o porque fueron constatados por las Actas Inspectivas de las visitas realizadas por la AAT, pero en contraste con la Tabla 2, todos los hechos citados no son parte de la discusión para las consideraciones de la Corte Suprema en referencia la valoración que realiza para declarar la legalidad de la tercerización en el caso en concreto.

Al respecto, de acuerdo con Trazegnief (2014):

*“El razonamiento que emplea la prueba indiciaria es siempre persuasivo, nunca demostrativo: pretende convencer, no explicar. Una mera explicación de la situación tendría que basarse sobre hechos evidentes, libres de toda ambigüedad o duda. En*

<sup>9</sup> **Artículo 73.-** Una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro.

La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia a que se refiere el párrafo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido. (\*)

**(\*) Artículo modificado posteriormente por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1246, publicado el 10 noviembre 2016**

*cambio, en los indicios no hay nada seguro salvo el hecho bruto inicial que es interpretado como indicio; porque todo lo demás (incluyendo su carácter de indicio) lo alega quien pretende convencernos de lo sucedido”.*

Si bien el autor hace referencia a los indicios en calidad de prueba, respecto a la presente discusión en el ámbito laboral, los indicios son hechos de los cuales se infiere la producción de otros hechos, en tanto ello, para que cualquier indicio genere convicción, requiere encadenarse lógicamente a hechos probados, para así conducir al resultado que fundamente la afirmación que se intenta probar.

Siguiendo la línea del párrafo anterior, en la Sentencia de Primera Instancia, se sigue una lógica similar cuando señalan que, de acuerdo con Montero Aroca (2002), se puede afirmar que existe una conexión lógica entre el indicio y el hecho presumido para considerar probado el indicio. En un sentido jurídico estricto, la presunción de un indicio implica un razonamiento necesario con un hecho comprobado en la realidad.

Basándome en lo expuesto, como respuesta al presente apartado, considero que no existe autonomía empresarial en base a la existencia de suficientes indicios que desvirtúan la autonomía de Cobra respecto a Telefónica, conforme al apartado de “Valoración” en la Tabla 2. Concluyendo así que, si bien podría justificarse excepcionalmente la inexistencia de todos los requisitos de la tercerización, en el caso analizado no se cumple con la prevalencia de la independencia de Cobra respecto de Telefónica. Además, considero que la Corte Suprema no realiza una valoración adecuada de los indicios relacionándolos con hechos en la realidad, sino que solo actúa pruebas documentarias de las partes para fundamentar su decisión.

Con esta conclusión, y haciendo uso de las respuestas a las preguntas secundarias 1 y 2, continuaré el análisis de la pregunta principal para así y responder el corazón de la investigación.

**5.2. Análisis del problema principal:** ¿Se desnaturalizó el contrato de tercerización suscrito entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra S.A.?

En el presente acápite realizaremos una breve recapitulación a las respuestas a las preguntas secundarias previas para así obtener una fundamentación clara de la posición del presente Informe. Así tenemos que, una vez realizado el examen de los requisitos se concluyó que en el presente caso no se encuentran todos de forma copulativa presentes en el contrato entre Telefónica y Cobra. Empero, se realizó el segundo examen para saber si a pesar de no contar con todos los requisitos aun así se podría catalogar como una tercerización legítima evaluando si la justificación de esta inexistencia copulativa se subsumen alguna causal admitida por la Ley. Sin embargo, igualmente se llegó a la conclusión de que, en base a un análisis razonado, y contrariamente a lo valorado por la Corte Suprema, en el presente caso no se cuenta con autonomía empresarial de Cobra respecto a Telefónica.

Por todo ello, en el presente capítulo corresponde responder la pregunta principal, tomando en cuenta lo visto previamente, y a su vez ampliar la crítica de forma conjunta a la decisión de la Corte suprema, la cual consideramos errónea en cuanto toma en consideración el principio de primacía de la realidad. Sin embargo, a luces de la aplicación de ese principio no logra demostrar que su decisión esté fundamentada. Lo cual da como resultado no considerar acertada la decisión de la Corte Suprema en cuanto considera legítima la tercerización entre Cobra y Telefónica.

Adicionalmente a los temas ya tratados en las preguntas secundarias, una cuestión particular que me parece sustancial de esclarecer para responder a la pregunta principal es la forma aplicación del principio de “primacía de la realidad” que realiza la Corte, la cual considero es desatinada. A continuación, la exposición de motivos del supuesto postulado y los argumentos que fundamentan la posición.

Tenemos como premisa que el principio de primacía de la realidad en el derecho laboral está definido en doctrina por algunos autores como:

- “(el principio de primacía de la realidad) significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los

hechos”, lo cual tiene indudable sustento en el principio protector” (Plá, citado en Morales, 2008).

- “el principio de la primacía de la realidad significa que ante cualquier situación que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello” (Neves, 2004).

Esto, aplicado al caso en concreto nos permite entender que la vía para la aplicación del principio de primacía de la realidad debe utilizarse en los casos donde exista discordancia entre lo ocurrido en la realidad (los hechos) y lo que se encuentra estipulado en documentos, entonces el punto de análisis debe erradicar en la verificación de los documentos alegados por el demandante y co-demandadas en contraste con los hechos fácticos comprobados en la realidad, los cuales se encuentran contenidos en los informes inspectivos.

En este caso, la Corte toma en cuenta como objeto de indicio probatorio de la existencia de autonomía empresarial al contrato bucle elaborado por las demandadas, donde se mencionan algunas cláusulas importantes (ver Tabla 1) que fundamentan la posición de la Corte en cuanto a su análisis. Al respecto, si bien es una prueba documentaria de los acuerdos de las partes esto en amparo de la aplicación del principio de primacía de la realidad, que la misma Corte Suprema cita en su Considerando Octavo para evaluar la tercerización de servicios, debió realizar la constatación de lo estipulado en el contrato con hechos comprobados.

No obstante lo anterior, la Corte realiza todo lo contrario, ya que fundamenta su decisión en documentos particulares que además de estipular libremente cláusulas entre las partes, dotan de capacidad a Telefónica como empresa principal de poder supervisar a Cobra en el momento que ellos consideren pertinente, (Cláusula Sexta del Contrato Bucle y Considerando Vigésimo de Sentencia de Primera Instancia). Esto lejos de fortalecer la defensa de la parte demandada respecto a la inexistente injerencia de Telefónica sobre Cobre, revela incompatibilidad entre la descentralización de la actividad de la tercerizadora y excede el límite de las facultades inherentes al contrato que suscriben, el cual se basa en la supervisión del servicio integral, mas no de la facultad de fiscalización permanente de los trabajadores en ejecución de sus labores.

En adición a ello, la Corte Suprema dota de mayor peso probatorio a los indicios documentales sobre los hechos fácticos que se encuentran constatados por la AAT mediante actas e informe final de las visitas inspectivas realizadas. Esto no respeta la presunción de veracidad de la que gozan las actas inspectivas realizadas por la AAT.

En conclusión, el contrato suscrito entre Cobra y Telefónica se desnaturalizó debido a que en base a un análisis razonado de los indicios fácticos encontrados durante el proceso, se demuestra que no existe autonomía empresarial de Cobra respecto de Telefónica. Además, en base al principio de primacía de la realidad, la valoración de los documentos debió corroborarse con hechos en la realidad, caso contrario debió prevalecer el hecho antes que lo afirmado en los documentos.

### **5.3. Análisis de problema complementario**

El problema complementario planteado está accesoriamente ligado a la respuesta del problema principal, ya que es lo siguiente a evaluar una vez declarada la desnaturalización de la tercerización del contrato entre Cobra y Telefónica. Al respecto, la norma reglamentaria (de la tercerización) establece que la desnaturalización de la tercerización trae como consecuencia que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado desde el momento en que se produjo el desplazamiento (Morales, 2008); por lo tanto, en el caso analizado, el demandante deberá ser declarado trabajador a plazo indeterminado de la empresa principal, es decir de Telefónica.

Una vez efectuada la declaratoria del demandante como trabajador de Telefónica, y de acuerdo con el petitorio que realiza en la demanda, le correspondería la declaración de existencia del “despido nulo”, debido a que el reconocimiento de su vínculo laboral respecto a reconocer a Telefónica como su empleador se niega. En este sentido, como bien señala la Sentencia de Primera Instancia en el Considerando Vigésimo Sexto, la causal de despido nulo que se invoca en la demanda supone la reposición del trabajador por efectuarse como represalia a la queja contra el empleador, conforme al Inciso c) del Art. 29 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad

y Competitividad Laboral<sup>10</sup>, la misma que se justifica en la denuncia interpuesta ante la AAT por parte del demandante solicitando se realice la verificación de la desnaturalización del vínculo contractual en base al cual prestaba servicios.

Este reclamo da origen a las actuaciones inspectivas posteriores a la interposición de su queja, lo cual produce convicción de ser el móvil del despido, hecho que se constata con el impedimento de ingreso del actor a su centro de labores el 02 de mayo de 2013, este suceso ocurre a los pocos días de efectuarse las constataciones en las empresas, lo cual añade un indicio más de conexión entre la queja y el despido.

En línea con el presente análisis, en jurisprudencia la Corte Suprema, en el Expediente N° 001489-2018-0-1801-JR-LA-16, estableció que se considera despido nulo cuando un trabajador presenta una queja o reclamo contra su empleador ante instancias administrativas, conciliatorias o judiciales que no sean el empleado en sí mismo. Sin embargo, a nivel internacional y en la jurisprudencia, también se protege la etapa de ejecución de sentencia, lo que permite que la mencionada queja pueda ser presentada directamente ante el empleador o durante el proceso de ejecución de la sentencia judicial.

De esta manera, a través de la Casación N° 12914-2014-Junín y N° 8984- 2016-Lima expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se detalla lo siguiente:

*«(...) El inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR , establece que **será nulo el despido que tenga por motivo la presentación de una queja o la participación en un proceso judicial contra el empleador, en dicha razón el juzgador deberá establecer la vinculación del despido con la motivación real del mismo, no bastando que se acredite por separado los hechos invocados, sino que tenga una relación con la decisión del empleador (...)**»*

*«(...) La queja interpuesta fue presentada de manera formal u estricta a su propia empleadora, sin tener en cuenta los alcances del supuesto que invoca, pues dicho*

---

<sup>10</sup> **Artículo 29.-** Es nulo el despido que tenga por motivo:

c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;

*dispositivo establece como causal de despido nulo presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Asimismo, el artículo 47° del reglamento del Decreto Supremo N° 003-97-TR , aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece que se configura la nulidad del despido (...) si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes; por lo que la queja así formulada por el accionante escapa del ámbito de protección contenido en el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...).».*

En esta línea de razonamiento, corresponde establecer en qué momento sucede el despido, y su grado de vinculación entre Telefónica y el demandante. Con lo cual tenemos que, en el supuesto de la declaratoria de desnaturalización de tercerización, la “no renovación” del contrato temporal del demandante ya no tiene carácter de validez, porque este vendría a ser trabajador de la empresa principal Telefónica. Con lo cual, le correspondería la reposición en un puesto de similar categoría a la que tenía previo al cese.

Si por el contrario, se lograra acreditar que al trabajador no se le permite el ingreso al centro de labores de Telefónica, cuando ya es declarado trabajador de la empresa, sí podría suscitarse un despido nulo, ya que esto tendría nexo causal con el tratamiento previo de la queja presentada por su persona ante la AAT donde solicitaba la verificación de condiciones de trabajo en la ejecución del contrato entre Telefónica y Cobra, siendo esto así, se podría decir que Telefónica lo está despidiendo por represalia, debido a la queja que se presentó en su contra, que dio origen a las actuaciones inspectiva.

Teniendo en cuenta ello, me aparto de la decisión de la Corte por los argumentos aquí expuestos y considero necesario un pronunciamiento acerca de la declaración del despido nulo, posterior a la declaración de desnaturalización de tercerización por las causas alegadas.

En conclusión, deberá declararse el despido nulo, siempre que al trabajador no lo permitan reincorporarse a sus labores debido a la queja interpuesta contra Telefónica y Cobra ante la AAT, por lo que le correspondería continuar laborando.



## **VI. POSICIÓN INDIVIDUAL FUNDAMENTADA DEL CASO**

### **6.1. Sobre la lectura copulativa de los requisitos de tercerización**

En primer lugar, es importante destacar la importancia de identificar y cumplir con todos los requisitos y elementos establecidos para que una tercerización sea considerada legal. No obstante, es posible encontrarse con situaciones en las que no se cumplan todos los requisitos de manera copulativa y aun así se pueda considerar válida la tercerización, siempre y cuando se pueda demostrar la existencia de "autonomía empresarial". En este sentido, la falta de uno o dos requisitos específicos no necesariamente implica la desnaturalización de la tercerización, sino que se debe realizar un análisis razonado de la autonomía empresarial.

En cuanto a la fundamentación de este punto, es importante señalar que se debe tener en cuenta que el análisis razonado llevado a cabo por la Corte Suprema no necesariamente considera múltiples indicios que podrían demostrar la falta de autonomía empresarial de la empresa contratista con respecto a la empresa principal. Aunque se reconoce que el análisis razonado de la autonomía empresarial permite que los requisitos de la tercerización no sean evaluados de manera estrictamente acumulativa, en el caso en cuestión se observa una desnaturalización de la tercerización entre Telefónica y Cobra debido a que considero la preponderancia de los indicios fácticos apoyados en hechos antes que los documentos particulares suscritos por las partes, esto en aplicación del principio de primacía de la realidad.

Este enfoque permite evaluar la verdadera naturaleza de la relación entre las empresas involucradas, poniendo énfasis en los hechos y la evidencia concreta en lugar de basarse únicamente en los documentos o contratos formales. Al hacerlo, se busca garantizar una protección adecuada de los derechos de los trabajadores y evitar posibles abusos o vulneraciones en el contexto de la tercerización laboral.

### **6.2. Sobre el fallo de la resolución**

En referencia al razonamiento de la Corte Suprema en la resolución de Casación, mi posición es claramente contraria a la seguida los magistrados. Esto porque considero

que se desnaturalizó el contrato de tercerización suscrito entre Telefónica del Perú S.A.A. y Cobra S.A., fundamentado en la comprobación de los requisitos de la tercerización, que si bien no es necesario que se encuentren todos de forma copulativa, sí es necesario que bajo un análisis razonado (haciendo uso del principio de primacía de la realidad), se llegue a la conclusión de que existe autonomía empresarial de parte de Cobra respecto de Telefónica, lo cual no está demostrado en el caso en concreto. Es por ello que mi crítica desarrollada en el presente informe gira entorno a la incompleta valoración que realiza la Corte Suprema de los indicios de laboralidad encontrados en la ejecución del contrato de tercerización entre Telefónica y Cobra.

Una vez comprobada la desnaturalización de la tercerización, recién corresponde el análisis de la configuración del despido nulo alegado por el recurrente, en este punto sí se configura la causal del Inc. c) del Art. 29 de la LPCL, ello motivado en la queja que presenta el recurrente en contra de su empleadora por indicios de desnaturalización, lo cual coincide con la fecha de no renovación de su contrato sujeto a modalidad.

No estoy de acuerdo con la decisión de la Corte Suprema, ya que considero que sí existen suficientes indicios para determinar que no existe autonomía empresarial por parte de Cobra S.A.A. respecto de Telefónica del Perú S.A.A. Porque la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Corte Suprema en el análisis razonado que realiza de los indicios de laboralidad actuados en el presente caso. En adición a ello, quisiera mencionar que la forma de aplicar el “principio de primacía de la realidad” no es correcto, ya que en estricto no se priman los hechos sobre la norma, ya que no se valoran las pruebas de forma correcta, sino que se desestiman sin justificación objetiva.

Por último, quisiera mencionar que luego del análisis de la desnaturalización de la tercerización, si el demandado no es repuesto a su trabajo, sí existiría la configuración del despido nulo.

## **VII. CONCLUSIONES**

- La desnaturalización de la tercerización ocurre cuando, a pesar de cumplir con los requisitos establecidos en la ley y el reglamento, se constata la falta de autonomía empresarial. Es importante tener en cuenta que la mera ausencia de

requisitos no es suficiente, ya que en situaciones excepcionales algunos pueden no estar presentes, pero aun así existir evidencia de autonomía empresarial. En tales casos, la tercerización sigue siendo legítima. Por lo tanto, la evaluación de los requisitos se realiza de forma individualizada, mediante un análisis minucioso caso por caso.

- En el caso específico del contrato suscrito entre Telefónica y Cobra, no se cumplen todos los requisitos legales para la tercerización, ya que la Corte basa sus argumentos en un solo documento firmado por ambas partes, sin contar con pruebas concretas en la realidad que respalden su validez legal. Por lo tanto, en la siguiente sección se llevará a cabo un análisis detallado de estos requisitos para determinar si la evaluación de los indicios encontrados demuestra la existencia de autonomía empresarial, lo cual nos permitirá determinar si el contrato entre Telefónica y Cobra ha sido desnaturalizado.
- El contrato entre Cobra y Telefónica ha sido desnaturalizado, ya que, a través de un análisis detallado de los indicios fácticos presentados durante el proceso, se demuestra la falta de autonomía empresarial de Cobra con respecto a Telefónica. Además, se sostiene que la evaluación de los documentos debió respaldarse con pruebas concretas en la realidad, y en caso de discrepancia, los hechos reales deberían prevalecer sobre lo establecido en los documentos. Esto se fundamenta en el principio de primacía de la realidad.
- En caso no reconozcan al demandante como trabajador de Telefónica y lo repongan, se deberá declarar el despido como nulo y se debe permitir al trabajador su reincorporación a sus labores, ello basado en la justificación de que se trataría de un despido nulo por represalia, fundamentado en la queja presentada por el trabajador contra Telefónica y Cobra ante la AAT.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

Arce, E. (2008). Imputación de cargas laborales en la subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento? *Alcances y eficacia del derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos*, 21–50.

Arce Ortiz, E. (2011). Elementos para detectar una cesión ilícita de mano de obra. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 23–32.

Chira, G. (2020). Hacia una adecuada determinación de la autonomía empresarial en la ley y el reglamento de los servicios de tercerización. *IUS Revista de Investigación de la Facultad de Derecho*, 9(1), 28–41.

Cruz, J. (1994). Descentralización productiva y sistemas de relaciones laborales. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 13.

De Lama, M. (2008). La responsabilidad solidaria de la empresa principal en la nueva ley de tercerización: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información. *Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*, 125–134.

Estrada, R. Morgan, J. Trejo, M. (noviembre 2015). *Outsourcing y el clima organizacional en una institución de servicios financieros*. Memoria del IX Congreso de la Red Internacional de Investigadores en Competitividad, pp. 799-815.

Morales, P. (2008). Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas. *Alcances y Eficacia del Derecho del Trabajo: Tercerización, Inspección y Derechos Colectivos*, 225–292.

Montero, J. (2002). La prueba en el proceso civil. Editorial Civitas, Madrid.

Neves, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 2004.

Puntriano, C. (2019). ¿Quo vadis iurisprudencia? La desnaturalización en la tercerización en el ordenamiento peruano. *THEMIS - Revista de Derecho*, 75, 97–110.

Toledo Toribio, O. (2015). *La Tercerización Laboral*. Editora y Librería Jurídica Grijley.

Trazegnies, F. (2000). *La teoría de la Prueba Indiciaria*. Revista del Poder Judicial del Reino de España.

Toyama, J. (2008). Tercerización e Intermediación Laboral. Diferencias y Tendencias. *Revista Derecho y Sociedad*, 30, 84-103.

### **Jurisprudencia**

Casación Laboral N° 2346 - 2017 – LAMBAYEQUE-. Marcos Vallejos Arévalo contra Telefónica del Perú SAA y Cobra Perú SAA (2018, 09 de octubre). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación Laboral N° 12914 - 2014 – JUNIN. Miguel Roberto Huanay contra Doe Run Perú SRL (2015, 06 de abril). Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Casación N° 8984 - 2016 – LIMA. Segunda Sala de Derecho Constitucional de la Corte Suprema de la República.

Sentencia de Segunda Instancia recaída en expediente N° 001489-2018-0-1801-JR-LA-16. Caso BLUE MARLIN BEACH CLUB SA (2021, 30 de marzo). Corte Superior de Justicia de Lima.

Sentencia de Acción Popular recaída en expediente N° 169-08-AP. sindicato Unitario de Trabajadores y Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado. (2010, 29 de diciembre). Corte Superior de Justicia de Lima.

### **Normativa**

Congreso de la República (2008, 24 de junio). Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2008, 12 de setiembre). Decreto Supremo N°006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (1997, 21 de marzo). Decreto Supremo N° 003-97-TR. Texto Unico Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Diario Oficial El Peruano.

Congreso de la República (2006, 22 de julio). Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo. Diario Oficial El Peruano.



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 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 copulativos<sup>1</sup>. La inexistencia de uno, cualquiera de ellos, desvirtúa la tercerización”.*

---

<sup>1</sup> 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”<sup>2</sup>.*

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*

---

<sup>2</sup> .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 Sandoval<sup>3</sup>, 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

<sup>3</sup> 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 documentos<sup>4</sup>; 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.

---

<sup>4</sup> 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 Rodríguez<sup>5</sup>, 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.

---

<sup>5</sup> 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 Nº 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 codemandadas, 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 copulativos<sup>6</sup>. 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”.*

---

<sup>6</sup> 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 documentos<sup>7</sup>, principio que ha sido positivado en el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

**Noveno: Solución al caso concreto**

El demandante sostiene en su demanda que se ha desnaturalizado el contrato de tercerización celebrado entre la codemandada Telefónica del Perú S.A.A, (en adelante “empresa principal”) con la codemandada Cobra Perú S.A. (en 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

---

<sup>7</sup> PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “*Los Principios del derecho del trabajo*”. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 243.



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

CASACIÓN LABORAL N° 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