

¿QUO VADIS IURISPRUDENTIA? LA DESNATURALIZACION EN LA TERCERIZACION EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

QUO VADIS IURISPRUDENTIA? *THE DENATURATION IN THE OUTSOURCING IN THE PERUVIAN LEGAL SYSTEM*

César Puntriano Rosas*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados

In the article, the author analyzes the denaturing in labour outsourcing using relevant case law. Also, the author addresses the advantages of outsourcing and its negative impact in workers' conditions.

The author proposes the realization of a case-by-case analysis, in order to analyze whether the denaturing of the outsourcing occurs in each specific case and, thus, avoid excesses.

KEY WORDS: *denaturation; outsourcing; collective labor relations; outsourcing companies; main companies.*

En el presente artículo, el autor analiza la desnaturalización en la tercerización laboral a través de jurisprudencia relevante. Aborda, asimismo, las ventajas de la tercerización, así como el impacto negativo de la misma en las condiciones de los trabajadores.

El autor propone la realización de un análisis casuístico, con el fin de analizar si se produce la desnaturalización de la tercerización en cada caso en concreto y, así, evitar excesos.

PALABRAS CLAVE: *desnaturalización; tercerización; relaciones colectivas de trabajo; empresas tercerizadoras; empresas principales.*

* Abogado. Magíster en Derecho del Trabajo y Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exdirector de Tax & Legal Services de PricewaterhouseCoopers (PwC). Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad ESAN y Universidad San Martín de Porres. Socio senior de Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados. Miembro de la Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Contacto: cpuntirano@munizlaw.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Editorial el día 24 de junio de 2019, y aceptado por el mismo el 29 de julio de 2019.

I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN: NOCIONES SOBRE TERCIARIZACIÓN, EFECTOS EN LAS RELACIONES DE TRABAJO Y MECANISMOS LEGALES DE PROTECCIÓN AL PERSONAL INVOLUCRADO

En pleno siglo XXI resulta más que evidente el cambio en la noción de competitividad empresarial en razón al posicionamiento de la calidad y diferenciación en los productos y servicios como elementos claves de la misma (Coriat, 1994, pp. 38-40). Esto, sin duda, exige el acomodo de las empresas hacia un nuevo paradigma organizativo, tendiente a su especialización y con ello a su reducción.

Este fenómeno descentralizador o externalizador, ha implicado que las compañías deleguen en terceros componentes cada vez más importantes y numerosos de su ciclo productivo, incluidos algunos muy relacionados a aspectos esenciales de su actividad empresarial (Del Rey Guanter y Gala Durán, 2000).

Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende, en la creación de “trabajadores de segunda categoría” que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función a su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa. En los párrafos que siguen nos referiremos a ese efecto en las relaciones de trabajo en la descentralización productiva.

Sin embargo, la irrupción tecnológica ha impactado aún más en las relaciones laborales, pues no solamente advertimos el empujamiento del empleador mediante el mantenimiento de una planilla mínima y la recurrencia a terceros, sino la desaparición de la noción de empleador y su reemplazo por la de emprendedores que prestan servicios a través de plataformas virtuales que ponen en contacto a la oferta y la demanda. Las plataformas niegan la condición de empleador de los emprendedores y se definen como intermediarias entre los proveedores de servicios y sus clientes (consumidores finales). Esta condición es denominada *on-demand economy* o *gig economy*. La doctrina estadounidense denomina a este nuevo modelo de negocio como *uber economy* o *crowdwork offline* específico. El *crowdwork* consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un traba-

jador, y descentralizarla hacia un gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria (Todolí Signes, 2015, p. 3). Las plataformas de servicios obtienen gran éxito al sacar provecho de una legislación que en automático excluye de cualquier tipo de protección laboral y de seguridad social a los emprendedores al considerarlos como autónomos (Todolí Signes, 2017, p. 20).

Estos fenómenos que desdibujan el esquema clásico de la relación laboral no pueden ser abordados desde la óptica tutelar del Derecho del Trabajo a partir de su visión clásica. El Derecho del Trabajo ha experimentado un declive de la concepción tradicional o clásica de la figura de la subordinación, íntimamente relacionada con nociones de continuidad laboral, uniformidad en el desempeño del trabajo y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario (Sanguineti Raymond, 1997, p. 60). Esta afectación al concepto clásico de subordinación produce, “[...] una cierta “huida” del Derecho del Trabajo, en el sentido que se está instrumentando un desvanecimiento de la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales”¹. Frente a dicho desvanecimiento, se deben generar nuevas respuestas del Derecho del Trabajo, que pasan por adaptar la noción de subordinación, como lo señalaba el profesor Ermida en un muy interesante trabajo publicado hace unos años (Ermida Uriarte y Hernández Álvares, 2002).

Uno de los fenómenos ya mencionados que mayor arraigo tiene en nuestro país es el de la descentralización productiva. Antes de pasar a analizarlo con mayor detalle, y para efectos de un mejor entendimiento de este trabajo, dejamos por sentada nuestra posición en cuanto al hecho que el término **subcontratación** es el idóneo para aproximarnos al fenómeno organizativo de la descentralización productiva desde una óptica jurídica.

Resulta conveniente señalar que la descentralización productiva podrá articularse mediante distintos mecanismos como los grupos de empresa, el trabajo en red, el teletrabajo o el trabajo autónomo (Cruz Villalón, 2009, pp. 33 y ss.), siendo la subcontratación uno de los más relevantes aspectos jurídicos del fenómeno descentralista. Así, siguiendo a Elmer Arce Ortiz, la subcontratación es el **efecto estrella** de la descentralización productiva (2006), la cual supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas. Las relaciones jurídicas existentes en el marco de la subcontratación pueden ser similares a una de empleo.

¹ Véase el blog de Antonio Baylos. Sin autor (2007). Según Antonio Baylos. Recuperado de: <http://baylos.blogspot.com/2007/12/el-paradigma-productivo-de-la.html>.

En línea de lo señalado por Bronstein, autor que toma partido desde el inicio de su investigación por el término **subcontratación** añadiéndole el adjetivo **laboral**, con el fin de evidenciar sus efectos naturales en nuestra disciplina, señala que existen diversas prácticas conocidas como la subcontratación de producción, servicios, obra, tareas, mano de obra, entre otros. El autor alerta, acertadamente, que deben ser de nuestro interés aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo (2007). Por ello, sostiene que la subcontratación laboral comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial².

En ese sentido, la subcontratación puede clasificarse en subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios, y subcontratación de mano de obra³. La primera es denominada en nuestro ordenamiento como “tercerización de servicios” y la segunda como “intermediación laboral”. A la “tercerización de servicios” nos referiremos en los acápite II y III de este trabajo, y, para efectos del mismo emplearemos dicho término.

Volviendo a la penetración de la tercerización en nuestro país, de acuerdo con un estudio de la consultora Global Research Marketing (2018), cerca del 90% de las empresas terceriza sus operaciones. Respecto a ello, los servicios que más se tercerizan son procesos de reclutamiento (33.5%), administración de comedores (29.5%), administración de planilla (29%), operación de almacenes (20%), *trade-marketing* (15%), etc. Según Global Research Marketing, del total de las empresas que empleó como base para su estudio, el 65% se dedica exclusivamente a su objeto social (*core business*), el 55% terceriza para optimizar la productividad, 21.4% para automatizar servicios y agilizar procesos, 8.1% para reducir costos.

En una entrevista recogida en el portal web del Diario Gestión, Miryam Mesía, vicepresidenta eje-

cutiva de Overall, sostuvo que por el número de personas involucradas, así como la cantidad de servicios prestados, los sectores con mayor demanda de servicios de tercerización son el minero (50%), *retail* (30%), y con el 20% construcción, manufactura, farmacia, sector bancario, entre otros. Además, añade Mesía que más del 60% de las empresas tiene como pauta el precio competitivo de la empresa contratista, mientras que el 55% considera significativo el entendimiento de su negocio, el 50% por la experiencia del contratista en el mercado y el 49% en base a la rapidez de la respuesta (2019).

En opinión del director de Manpower Group Solutions, recogidas en el Diario Gestión:

El *outsourcing* llegó a nuestro mercado hace más de 15 años, tuvo una adopción y evolución lenta en sus primeros 10 años. Pero, en los últimos 3 años el mercado ha empezado a demandar en forma muy intensa este tipo de servicios, para los diferentes procesos, tanto de apoyo como *core* de las empresas. Hoy, los servicios que más se tercerizan son: contabilidad, limpieza, transporte, así como los servicios que se brindan a través de *call* o *contact center* y reclutamiento (2019).

Esta evidente preferencia por la tercerización no es gratuita, pues la misma ofrece una serie de ventajas para las empresas que la adoptan. Ben Schneider (2004, pp.49 y ss.), un empresario dedicado al estudio del *outsourcing*, afirma que las empresas son llevadas a implementarlo debido a las siguientes razones:

- a) Reduce y controla los costos operativos: El autor afirma que los costos operativos de la empresa suelen ser extremadamente altos frente a la contratación de proveedores. Asimismo, añade que:

En términos de gestión resulta mucho más sencillo y económico identificar los costos de la transacción⁴ con un proveedor externo, explícitos en la negociación que se lleva a cabo con él, que identificar los costos de transacción

² En la misma línea de pensamiento Bensusan (2007).

³ Sobre este tipo de subcontratación podría entenderse que propiamente no ocurre una manifestación de descentralización productiva, pues no se está externalizando actividades; sino que se está contratado a una empresa para que suministre personal de forma temporal. Sin embargo, creemos conveniente en este punto adoptar una perspectiva amplia entendiendo esta subcontratación de mano de obra como una forma de derivar a un tercero cierto tipo de obligaciones que, de no existir suministro, serían asumidas por la empresa principal. “Es, pues, un caso de exteriorización del empleo que da origen a una relación triangular en la cual la actividad de los trabajadores se ha de realizar en la propia empresa usuaria” (Ermdia Uriarte y Hernández Álavrez, 2002, p. 29).

⁴ Los costos de transacción son entendidos por la teoría económica como aquellos derivados de la contratación. Así, para el profesor Ronald Coase, premio Nobel de Economía en el año 1991, los costos de transacción comprenden a (i) los costos de búsqueda, referidos al encuentro de una contraparte para materializar un acuerdo, (ii) los costos del arreglo,

internos, muchos de los cuales, frecuentemente, no se llegan a identificar plenamente.

- b) Permite el acceso a habilidades de clase mundial: Manifiesta que, al contratar a un proveedor especializado, la empresa receptora de los servicios tendrá la garantía de que la operación objeto del *outsourcing* tendrá los mejores estándares de calidad. Por otro lado, Schneider afirma que:

Además, la posibilidad de recurrir a los servicios de un proveedor especializado redundará en una mejor aplicación de la tecnología existente y en niveles y tarifas y servicios realmente competitivos. Dos son las razones que explican estas ventajas: la empresa proveedora es especialista en su rama y compite con otras del mismo ramo en términos de calidad, precio y tarifas (2004, p. 51).

- c) Provee estabilidad en la gestión: Cuando el personal contratado para realizar actividades que forman parte del proceso productivo de la empresa sale de la misma, se originan pérdidas por cuanto se lleva consigo los recursos invertidos en su capacitación. Esta pérdida puede evitarse mediante el *outsourcing*. Además, “la contratación de un proveedor para determinada actividad ofrece un mayor control sobre el desempeño de la actividad externalizada y una mejor garantía respecto de su nivel de calidad” (Schneider, 2004, p. 52).

- d) Libera recursos internos para otros propósitos: Schneider afirma que:

El *outsourcing* permite reasignar recursos humanos a otras funciones más estratégicas para la empresa o institución, y eso da lugar a una mayor flexibilidad en los costos y a mayores posibilidades de agregar valor en las actividades propias del negocio. Además, libera a la empresa de la carga de mantener departamentos que no son parte de su *core business*, y eso se puede traducir en una mejor posición financiera para otros propósitos (2004, p. 52).

- e) Comparte el riesgo: Se comparte el riesgo, ya que como el proveedor trabaja conjuntamente con el cliente en pro de un beneficio conjunto, se convierten en socios estratégicos, lo cual permite que la empresa cliente obtenga servicios de calidad a bajo costo.

Además, “el riesgo del negocio se comparte, pero, también, se reduce, dado que se contrata a un especialista para la realización de una actividad que antes llevaba a cabo un no especialista” (Schneider, 2004, p. 53).

- f) Proporciona garantía de servicio: Hay garantía de servicio, puesto que la contratación recaerá en un proveedor que, en su calidad de competidor con otras empresas del mismo rubro de negocios, lo propio es que el mismo garantice el cumplimiento de su prestación en los términos acordados en el contrato. “Se puede llegar a establecer una relación mediante la cual el proveedor garantizará el resultado a cambio de un porcentaje del monto del contrato [...]”.
- g) Mejora el enfoque estratégico de la organización: Por cuanto el empleo del *outsourcing*:

En áreas que no forman parte de los objetivos centrales del negocio permite a la organización dedicar todo su potencial a su *core business* y especializarse en aquellas áreas en las que sus habilidades distintivas le permitan alcanzar ventajas comparativas frente a la competencia (Schneider, 2004, p. 54).

Sin embargo, no es menos cierto que la tercerización posee, de manera natural, un impacto negativo en las condiciones de trabajo del personal involucrado en la misma, que no la hace *per se* ilegal, pero que exige una respuesta del legislador en clave de tutela de los derechos laborales. Así, los principales efectos en las relaciones individuales del trabajo son:

- a) Alteración de la noción de empleador: Se ha quebrado la noción única de empleador, habiéndose producido la irrupción en la relación laboral de empresas ajenas al titular contractual, hasta el punto de constituir un problema la localización del sujeto empleador (Molero Marañón, 2010). Este problema debe ser entendido a nuestro juicio en relación a la determinación de quien ostenta los poderes directivos y de organización del trabajo, pues en los hechos aparece más de un empleador pese a existir formalmente solo uno.
- b) Degradación de las condiciones de trabajo y empleo del personal subcontratado: Una

que comprenden las tratativas y el acuerdo propiamente dicho y (iii) los costos de ejecución, que abarcan los costos de monitorear el cumplimiento del acuerdo y sancionar sus violaciones. Es evidente que los costos de transacción son más fácilmente identificables y a partir de dicha constatación inclusive minimizables si nos encontramos frente a relaciones jurídicas con empresas individuales que con diversas personas (trabajadores).

consecuencia de la tercerización consiste en que los trabajadores contratados por la empresa principal poseen un empleo de mayor calidad, estable y más seguro. “De tal modo emerge la diferenciación, que los trabajadores sufrirán un mayor deterioro a medida que se alejan de la empresa dominante del proceso productivo formando parte de los últimos eslabones de la cadena contractual (...)” (Molero Marañón, 2010, p. 20).

- c) Uso intensivo de mano de obra temporal: Las empresas contratistas, al poseer inseguridad jurídica respecto a las expectativas de prórroga de la vinculación con la empresa principal, evitan asumir compromisos laborales que excedan los correspondientes a la contratación mercantil (Cruz Villalón, 2009, p. 73).
- d) Extinción de las relaciones laborales del personal de la empresa principal: Como lo afirma Gorelli, las empresas inmersas en un proceso de descentralización poseen problemas de personal excedentario, toda vez que este fenómeno organizativo supone que las funciones realizadas antes por la empresa principal son desviadas a otras (2007, p. 62).

Por otro lado, en lo relativo a las relaciones colectivas de trabajo, la tercerización dificulta seriamente la sindicación, y el derecho a negociar colectivamente se disgrega al colectivo asalariado, haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos. Al ser los trabajadores “asalariados externos” no tienen vínculo alguno con la empresa en la que laboran (López, 1996, p. 6). El empequeñecimiento de las empresas se traduce en una fragmentación de las mismas en reducidas dimensiones en las que no cabe la negociación colectiva (Soriano Cortés, 2007, p. 300).

La sindicación se ve afectada desde que no existe un aglutinamiento de personal en las instalaciones (centro de trabajo) de la subcontratista que genere un sentimiento de unidad y cohesión social, a partir del cual se presenten formas de organización de los trabajadores. Asimismo, la negociación colectiva también se ve afectada por la fragmentación, pues al enfriarse la motivación sindical se generan efectos perjudiciales para la negociación colectiva. Siguiendo con este aspecto de la liber-

tad sindical se presentan diversas interrogantes, como por ejemplo si la negociación debe realizarse con la empresa subcontratista (empleadora formal) o con la empresa principal, en tanto es la titular del negocio, beneficiada indirectamente con el trabajo del personal, y tiene la última palabra en cuanto a las mejoras económicas del personal. La consecuencia lógica ante el debilitamiento sindical producto de la tercerización y el enfriamiento de las negociaciones colectivas, es la casi nula posibilidad de llevar adelante mecanismos de presión sindical mediante la huelga. Si a duras penas existe un sindicato, que posiblemente sea minoritario, cuya negociación colectiva por esa razón puede ser manejada por la parte empresarial (subcontratista), es poco probable que no exista motivación para luchar por las pretensiones sindicales mediante la huelga.

La normativa local que regula la tercerización está compuesta por la Ley 29245⁵, el Decreto Legislativo 1038, y los Decretos Supremos 003-2002-TR y 006-2008-TR, los cuales contemplan un plus de protección para los trabajadores involucrados en esquemas de tercerización que posean las siguientes características:

- a) Se trata de prestación del servicio o ejecución de una obra cuya ausencia puede afectar o interrumpir el funcionamiento y continuidad del giro del negocio de la empresa cliente (actividad principal). Esto es denominado por la normativa como “actividad principal”.
- b) Para la ejecución del servicio o de la obra, la empresa contratista desplaza personal al centro de trabajo u operaciones del cliente.
- c) Que el desplazamiento sea continuo y regular, entendiéndose como tal cuando ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o, exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

El plus de protección, de cumplirse con las condiciones indicadas comprenderá, en primer lugar, la existencia de responsabilidad solidaria entre la empresa principal o cliente y la contratista, la cual comprende obligaciones laborales y previsionales,

⁵ Previamente la tercerización se encontraba regulada por el artículo 4 del Decreto Supremo 003-2002-TR, cuyo texto establece que “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”.

legales, no convencionales ni unilaterales del contratista respecto al personal desplazado al cliente, devengadas durante el desplazamiento hasta un año después⁶.

La segunda medida que forma parte del plus es la obligación contenida en el artículo 8 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, la cual consiste en que la empresa contratista, para iniciar y desarrollar sus actividades, se inscriba en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de los 30 días hábiles siguientes a su constitución. El artículo 9 del Decreto Supremo 006-2008-TR, Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización, flexibilizó dicha exigencia señalando que se considera que la empresa se ha inscrito en el Registro si durante el período objeto de su declaración ha registrado el desplazamiento de su personal a empresas principales, en la planilla electrónica. El Registro no existe a la fecha, siendo suficiente inscribir el desplazamiento del personal en la planilla.

Con este cambio se pierde la efectividad del registro, pues su regulación preveía que, si se presentaba alguna de las causas de desnaturalización de la tercerización, la inspección laboral proponía la cancelación del registro a la Autoridad Administrativa de Trabajo, la que lo ejecutaba. También, la Autoridad Administrativa de Trabajo publicaba una lista pública de empresas con registro cancelado. Notificado ello, la contratista no podrá desplazar personal, inclusive, una vez realizada la publicación señalada, la empresa principal deberá concluir su contrato con la tercerizadora.

El tercer mecanismo de tutela es el derecho de información con que cuenta el personal, tanto de la empresa contratista como de la principal. El artículo 6 de la Ley 29245 dispone que, al iniciar la ejecución del contrato, la empresa tercerizadora debe informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales la identidad de la empresa principal, incluyendo a estos efectos el nombre, denominación o razón social de esta, su domicilio y el número de su Registro Único del Contribuyente, las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal y el lugar donde se ejecutarán las acti-

vidades mencionadas en el numeral anterior. Por otro lado, la empresa principal, según el artículo 8 del Decreto Supremo 006-2008-TR, deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

Los mecanismos de protección adicional expuestos anteriormente resultan insuficientes frente a los efectos negativos de la tercerización en las relaciones individuales y colectivas de trabajo. En particular, respecto a la solidaridad, en un anterior trabajo sostuvimos que:

Esta obligación enteramente pecuniaria, no soluciona los problemas originados por la subcontratación, los cuales no se refieren solamente a cuestiones dinerarias (pago de beneficios), sino a afectaciones en la estabilidad laboral o los convenios colectivos, en materia tanto individual como colectiva. Por ello resulta indispensable explorar nuevas opciones [...] (Puntriano, 2011).

En los puntos que siguen nos detendremos brevemente con el fin de explorar los presupuestos legales de validez de la tercerización, para luego ahondar en el análisis de la jurisprudencia laboral sobre desnaturalización de la misma.

II. REQUISITOS DE VALIDEZ Y CAUSAS DE DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN

La tercerización tendrá legitimidad si la empresa contratista cuenta con autonomía financiera, recursos propios para cumplir con la actividad encomendada, realiza la actividad bajo su exclusiva cuenta y riesgo, es retribuida en función a su actividad y no al número de trabajadores asignados a la misma, y ejerce el control sobre el personal, de manera exclusiva y excluyente⁷.

Nuestra legislación recoge lo señalado, en lo que a tercerización se refiere, disponiendo que una real tercerización, o una tercerización válida, implica que el tercero preste el servicio o realice la obra por su cuenta y riesgo, contando con sus propios

⁶ La legislación señala que la solidaridad alcanza al cliente, contratista y subcontratista.

⁷ Véase una reflexión similar en Fernández Brioni (2005. p.75).

recursos financieros, técnicos o materiales⁸ y con el personal bajo su exclusiva subordinación⁹.

Como lo señalamos en el acápite precedente, a partir del Decreto Supremo 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias que impliquen desplazamiento continuo del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores y se aplica el plus de protección ya desarrollado. Por ende, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales, se regularán por el Código Civil y la normatividad sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal¹⁰.

Como indicios de validez de la tercerización tenemos a la pluralidad de clientes¹¹, que la empresa contratista cuente con equipamiento, inversión de capital y que la retribución por la obra o el servicio no se efectúe de acuerdo a la mano de obra (artículo 2 de la Ley 29245). El Decreto Supremo 006-2008-TR en su artículo 4.1. dispone que los mencionados indicios de la existencia de autonomía empresarial deben evaluarse en forma casuística, considerando la actividad económica, antecedentes, tipo de delegación, así como la dimensión de empresas involucradas.

Adicionalmente, el artículo 4.4. del mencionado Decreto establece que las empresas involucradas en la tercerización, pueden aportar indicios adicionales de que la actividad de la contratista se ha ejecutado con autonomía, y que no es un simple destaque de personal, como la separación física y funcional de los trabajadores de ambas empresas, existencia de organización autónoma que dé soporte a las actividades tercerizadas, conocimiento, habilidades, experiencia, tenencia de certificaciones por la contratista con que no cuente la empresa principal, entre otros.

Por otro lado, el artículo 5 del Decreto Supremo mencionado establece que la tercerización se entiende desnaturalizada, y, por ende, que el personal de la contratista cuenta con una relación laboral directa e indeterminada con la empresa principal¹², desde el inicio de sus servicios o desplazamiento, en los siguientes casos:

- Si tras analizar los requisitos e indicios de validez de la tercerización, de manera razonada, se concluya que la empresa contratista carece de autonomía empresarial.
- Si el personal de la empresa contratista se encuentra subordinado a la empresa principal.

Adicionalmente, es importante comentar la Casación 1439-2016-LIMA, en la cual la Corte Suprema enumera algunos supuestos de desnaturalización de la tercerización:

- Si la empresa principal dirige, fiscaliza o sanciona al personal de la contratista.

⁸ Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.

Dicha disposición del Decreto Supremo 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el expediente 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el expediente 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

⁹ La subordinación supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

¹⁰ El artículo 1 del Decreto Supremo 006-2008-TR considera como simple provisión de personal a “La cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley 27626, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización”.

¹¹ De acuerdo al artículo 4.2. del Decreto Supremo 006-2008-TR, la pluralidad de clientes no se valorará en los casos siguientes: a) Si 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) Si, en base a la naturaleza del servicio u obra, existen 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.

¹² El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 02111-2010-PA/TC del 24 de enero de 2012 estableció que cuando la normativa dispone que la desnaturalización de un contrato de tercerización origina que los trabajadores desplazados tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, es porque, en tales supuestos, la tercerización ha tenido como propósito subalterno el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores. En dicho contexto, la subcontratación es incompatible con nuestra Constitución.

- Si la empresa contratista no gestiona de manera integral el proceso contratado, pues se trata de un destaque de mano de obra.
- Si la empresa principal determina y fiscaliza el cumplimiento del horario por parte del personal de la contratista.
- Si la empresa contratista no asume los riesgos de la prestación de sus servicios.
- Si la empresa principal proporciona a la contratista los bienes necesarios para la ejecución de los servicios, sin que exista justificación objetiva ni razonable.
- Si el personal de la empresa principal y la contratista se reemplaza entre sí.

Consideramos que la declaratoria de invalidez de la tercerización debe sustentarse en medios de prueba contundentes, en tanto la tercerización, como acto jurídico, debe presumirse válida. En efecto, la doctrina civilista señala que uno de los principios que deben aplicarse cuando se interpreta un contrato es el de “conservación del contrato”. De acuerdo al mismo, debe apuntarse a que el contrato sea eficaz. Entre una interpretación que prive al contrato de efectos y otra que permita que los produzca, debería orientarse a esta última (Osterling Parodi, 2007).

A partir de lo señalado, podemos graficar los siguientes escenarios en los cuales la tercerización sería inválida y, por ende, se aplicaría la consecuencia señalada en los párrafos previos:

A. Desnaturalización originaria

Con desnaturalización originaria nos referimos a aquellos supuestos en los cuales la empresa contratista carece de autonomía empresarial, se trata de una fachada o cascarón de la empresa cliente, creada por esta inclusive, con la finalidad de evitar hacerse cargo de las obligaciones laborales y/o previsionales del personal que se contrata para prestar el servicio o ejecutar la obra a favor de la empresa principal. Inclusive, la empresa “contratista” puede limitarse al destaque de mano de obra bajo la careta de una tercerización. Nos encontraríamos ante un destaque de personas irregular, pues no se cumpliría con la normativa contemplada en la Ley 27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, y su Reglamento, el Decreto Supremo 003-2002-TR.

Este escenario supone que la tercerización es fraudulenta. Entonces, se entiende que la totalidad de actividades tercerizadas se efectúan de manera irregular, pues se trata de una tercerización ficticia, que

no busca mejorar o abaratar las operaciones, sino que, a través del fraude o la maniobra, se pretende eludir obligaciones (Plá Rodríguez, 2005, p. 17).

B. Desnaturalización sobrevenida

Puede ocurrir que la empresa contratista mantenga su autonomía empresarial durante la prestación del servicio o ejecución de la obra a favor de la empresa principal, pero que el personal asignado al servicio se encuentre subordinado a la empresa cliente, hecho que genera la desnaturalización.

Si la empresa principal cuenta con más de un servicio contratado con la tercerizadora, y la subordinación –irregular, desde luego- se encapsula en un solo servicio, la invalidez no debería afectar a la totalidad de los mismos. Por ejemplo, en el caso de un servicio de gestión de planillas y contabilidad prestado con dos equipos de trabajadores desplazados a las instalaciones de la empresa principal, si se demuestra la subordinación del personal que forma parte del equipo contable, la consecuencia debería consistir en la declaratoria de desnaturalización de la tercerización de dicho servicio, no del relativo a la gestión de planillas.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

En este acápite comentaremos algunos criterios jurisprudenciales sobre la desnaturalización de la tercerización, tratando de dilucidar hacia dónde apuntan.

A. Desnaturalización originaria

1. Actividades objeto de la tercerización

Una situación estructural o en la génesis de un esquema de tercerización se refiere a las actividades que pueden ser tercerizadas, en otras palabras, si una empresa puede tercerizar sus actividades principales o únicamente aquellas de carácter periférico o auxiliar. En el año 2010, en la Casación 1399-2010-LIMA, la Corte Suprema señaló que la Ley 29245 no fijaba restricción alguna en lo referente a si se permite tercerizar actividades principales o neurálgicas de la empresa. Inclusive, en dos casos en los que se impugnó el Reglamento de la Ley 29245 (Ley de Tercerización), la Corte reiteró dicha posición (sentencias de Acción Popular 764-2011 y 1607-2012). Por otro lado, en lo referente al derecho comparado, el Tribunal Supremo Español en la sentencia del 18 de enero de 1995 ha emitido un pronunciamiento similar.

Recientemente, en la Casación 5659-2016-LIMA, la Corte Suprema ha deslizado la proscripción de subcontratar actividades nucleares al sostener que:

Las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deberán tener las siguientes características principales: i) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; **siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal)** [El énfasis es nuestro].

Esta ejecutoria es similar a la Casación 10691-2017-LIMA¹³, pero emitida en el marco de la Ley 29245. Entendemos que cuando se señala que las labores de la empresa contratista no deben circunscribirse a la actividad principal de la empresa contratante se quiso hacer referencia a la actividad nuclear, pero insistimos que se trata de una discusión pendiente dada la amplitud de la norma.

Lo que no se prohíbe ni en la norma anterior ni en la actual es la tercerización de actividades principales, entendidas legalmente como aquellas consustanciales al giro del negocio de la empresa cliente. En ese sentido, califican como actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: explotación, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa. Queda abierta a la discusión la viabilidad de tercerizar el giro social (*core business*) o actividad nuclear de la empresa principal. En nuestra opinión, resultaría cuestionable que una empresa tercerice su actividad nuclear en tanto la misma constituye su razón de ser.

Cabe enfatizar que en la Casación 13749-2017-LIMA, la Corte Suprema amparó la declaratoria de invalidez de una concesión de limpieza pública, bajo el argumento de que la misma constituye una “prestación de naturaleza permanente”, “además de ser uno de los servicios principales que las municipalidades brinda a la comunidad y de su ejecución depende el cuidado del medio ambiente y la salud pública”. Creemos que la Corte de manera equivocada aplica a la municipalidad la legislación en materia de tercerización, cuando la normativa que regula las contrataciones estatales (Ley 30225 y su Reglamento, el Decreto Supremo 344-2018-EF) permite que las entidades públicas contraten

privados para la ejecución de servicios públicos, como el de limpieza. No perdamos de vista, que el artículo 2 del Decreto Supremo 006-2008-TR señala que la tercerización en el sector público, “[...] se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia”.

2. Ausencia de autonomía empresarial

En la sentencia correspondiente al Expediente 02111-2010-PA/TC, el Tribunal Constitucional sostiene que la tercerización se habría desnaturalizado, debido a que la empresa contratista no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, en la medida que emplea infraestructura, equipos y mobiliario de propiedad de la empresa principal, y que tampoco asume las tareas contratadas por su cuenta y riesgo¹⁴. Ante ello, y en aplicación del artículo 4-B del Decreto Supremo 003-2002-TR, el Tribunal Constitucional ordena que la empresa principal incorpore en sus planillas al personal de la empresa contratista.

Siguiendo un razonamiento similar, la Corte Suprema declaró la invalidez de la tercerización en las Casaciones 14131-2013-La Libertad y 4412-2014-La Libertad, en tanto los servicios estuvieron sujetos a las normas técnicas de la empresa principal, asumiendo esta íntegramente los gastos, materia prima, era la que aportaba maquinaria, se encargaba de su mantenimiento, el personal se encontraba subordinado a la empresa principal, realizando sus actividades en el local de la empresa principal.

En la Casación 779-2016-Del Santa, se indica que la contratista no asumió las tareas por su cuenta y riesgo, incumpliendo con la normativa en materia de tercerización, pues se trató de un simple destaque de personal.

La asunción de las tareas por cuenta y riesgo del contratista es un elemento de validez de la tercerización, siendo una evidencia de su autonomía respecto a la empresa principal. Esto puede ser pactado en el contrato de prestación de servicios o el de ejecución de obra, a través, por ejemplo, del recurso a penalidades por el incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la realización del

¹³ En este pronunciamiento, la Corte señaló que la validez de la tercerización, ejecutada al amparo del Decreto Supremo 003-2002-TR (norma previa) implica, entre otros aspectos, que se trate de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, pero no circunscritas a la actividad principal de la empresa cliente. Entendemos que para la Corte Suprema el marco legal previo impedía tercerizar el núcleo, core business o actividad esencial de la empresa principal. Sería equivocado entender que la Corte considere que con la norma en mención quedaba proscrita la tercerización de actividades principales pues resultaría contradictorio con el hecho que la normativa señala que la tercerización supone la ejecución de una parte del ciclo productivo pues esto es actividad principal.

¹⁴ Es importante señalar que la sentencia no realiza mayor desarrollo sobre este último aspecto.

servicio u obra. En efecto, partiendo de la premisa de que el contratista que actúa con diligencia no será imputable por el incumplimiento de la prestación a su cargo, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso (Osterling Parodi, s.f.), su falta de diligencia lo hace responsable y pasible de una penalidad o permite al contratante iniciar una demanda de cobro de la indemnización correspondiente. Si la falta de diligencia no genera consecuencia adversa, se entenderá que el riesgo es asumido por la empresa principal, hecho que invalidaría la tercerización.

B. Desnaturalización sobrevinida

Seguidamente, haremos referencia al detalle de algunas resoluciones expedidas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional que declaran la desnaturalización de la tercerización por existir evidencias de subordinación del personal del contratista respecto a la empresa principal:

1. Uso de e-mails por parte del personal de la empresa contratista

En la sentencia recaída en el Expediente 01671-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala que el personal de la empresa contratista contaba con correos electrónicos proporcionados por la principal, y que a través de los mismos recibían órdenes tales como los turnos de trabajo, el lugar donde debían desempeñar sus labores, así como el detalle de las actividades a realizar. Asimismo, indica el Tribunal que la empresa principal supervisaba las actividades del personal del contratista a través de los correos electrónicos.

Consideramos así que, resulta riesgoso para la empresa principal la asignación de cuentas de correos electrónicos a los trabajadores de la empresa contratista, pues a través de estos se suelen filtrar órdenes directas, lo cual no puede ocurrir en la tercerización.

Excepcionalmente, si se requiere acceso al e-mail por parte del personal del contratista para la ejecución del servicio, pero por razones de seguridad informática no es viable que utilicen su propio correo institucional, podría evaluarse la medida. Sin embargo, en nuestra opinión, a través del e-mail pueden filtrarse órdenes por parte de la empresa principal al personal del contratista, hecho que, como vimos en el punto previo, podría ocasionar la desnaturalización de la tercerización.

2. Capacitación del personal de la empresa contratista

En la sentencia recaída en el Expediente 3895-2016-PA/TC el Tribunal Constitucional señala que

la empresa principal capacitaba al personal del contratista y que le otorgaba el carné de capacitación. Esta situación, a decir del Tribunal, evidencia la existencia de subordinación del personal del contratista respecto a la empresa principal.

Cabe resaltar que lo anterior es señalado también en el Expediente 02135-2012-PA/TC recaído en el caso Cardoza Jiménez. Respecto a este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional olvidó que la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, recoge el deber de prevención a cargo de la empresa que recibe en sus instalaciones a trabajadores de contratistas, por lo que la impartición de charlas de capacitación podría encontrarse justificada. En todo caso, debería participar también la empresa empleadora, y así también cumplir con lo pactado en el contrato de prestación de servicios, cuya omisión el Tribunal Constitucional anota.

Cualquier otro tipo de capacitación que efectúe la empresa principal a favor del personal de la contratista debería en principio estar prohibida. Sin embargo, un análisis casuístico podría validar dicha medida, por ejemplo, en el caso de la tercerización del servicio para impulsar un determinado producto, situación en la que naturalmente se requerirá que el personal del contratista conozca las propiedades del producto cuya promoción se encontrará a su cargo. En cambio, una medida proscrita consistiría en la capacitación sobre la actualización de un software de uso común empleado por una empresa de tecnología que presta servicios de mesa de ayuda a otra principal en tanto aquella sea impartida al personal del contratista por la empresa principal. Peor aún, en este supuesto, si se emiten certificados de participación.

3. Asignación de vehículo de la empresa principal al contratista

En la misma sentencia citada en el literal previo (Expediente 3895-2016-PA/TC), el Tribunal Constitucional sostiene que el hecho que el personal de la empresa contratista condujera vehículos de propiedad de la empresa principal era un elemento de invalidez de la tercerización. A similar conclusión llegó el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes 04297-2012-PA/TC y 02135-2012-PA/TC.

Nuevamente corresponde analizar este supuesto de manera casuística, dependiendo del servicio objeto de la tercerización. Por ejemplo, si se terceriza el transporte de personal, lo lógico es que la empresa contratista cuente con los buses suficientes para ejecutar el servicio. Si no los tiene, lo natural es que la empresa principal seleccione a otra proveedora. Aunque, podría ocurrir que la

principal hubiere realizado dicha actividad directamente, en cuyo caso cuente en su activo con buses que podría ceder, vender o alquilar a la contratista, esto durante los primeros meses del servicio.

Recordemos que el artículo 4.3 del Decreto Supremo 006-2008-TR permite que la empresa que presta servicios de tercerización desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente, es decir, la empresa principal u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.

Entonces, la asignación temporal de los vehículos requerirá que la contratista opere integralmente los mismos, lo cual implica su mantenimiento, provisión de combustible, seguros, entre otros. Usualmente, esta cesión se detalla en el contrato de servicios, pues resulta importante para ambas partes conocer el estado en que los bienes son asignados.

4. Otorgamiento de herramientas y evaluación médica al personal de la empresa contratista

En el expediente 05035-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional señala que la asignación de herramientas al personal del contratista por parte de la empresa principal para ejecución de sus labores, o la evaluación médica de dichos trabajadores por parte del cliente, evidencian la existencia de subordinación de estos trabajadores al cliente de su empleador.

Llama la atención que, en este caso, el Tribunal Constitucional considere que, además de las razones señaladas, el desplazamiento del trabajador resulta irregular, en tanto siempre se ha venido desempeñando en la misma división, pero inicialmente en planilla de la empresa principal y luego para la empresa contratista. Esta situación no resulta *per se* ilegal, pero requiere ser analizada con detalle.

Es válido que una empresa externalice una actividad que antes realizaba internamente, empleando inclusive al mismo personal. Lo fundamental será que, en línea de lo señalado en el acápite previo, sea la empresa contratista la que preste el servicio, cumpliendo con los requisitos legales de validez de la tercerización y subordinando exclusivamente a su personal. Puede ocurrir que el emplear a los mismos trabajadores genere riesgo de impartición de órdenes por parte de la empresa principal, pues en buena cuenta era su personal directo, sin embargo, como señalamos, es jurídicamente viable.

Por ejemplo, la empresa principal decide que un tercero especialista se haga cargo del procesamiento de su planilla de pagos, lo cual la lleva a

cerrar el área respectiva en dicha empresa, quedando el personal que allí laboraba en situación de excedencia. Nada impide que la contratista incorpore a dicho personal de manera directa en razón a su conocimiento de la operación de su cliente, lo que generaría mayor eficiencia en la ejecución del servicio. Así, una medida que podría mitigar el riesgo de desnaturalización de la mencionada actividad consistiría en que la tercerización pase a ser externa, ya no interna, evitando con ello el contacto del personal con sus anteriores jefes. Desde luego, este supuesto debería sopesar el riesgo de desnaturalización de la tercerización con la eficiencia del servicio.

5. Evaluación médica al personal de la empresa contratista

En la Casación 10691-2017-Lima, la Corte señaló que el trabajador de la contratista se encontraba subordinado a la empresa principal al haberse sometido a exámenes médicos ocupacionales dispuestos por esta. Cabe señalar que han sido adjuntados al expediente los documentos denominados “recomendación médica”, “nota de evacuación”, “examen clínico y auxiliar”, entre otros, que cuentan con el logo de la empresa principal codemandada.

6. Entrega de celular al personal de la contratista

En la Casación 779-2016-Del Santa, la Corte Suprema señala que la entrega de un celular por parte de la empresa principal al personal de la contratista para la ejecución de labores evidencia la subordinación hacia la empresa principal. No vemos razonabilidad en la entrega de dicho equipo, máxime si la trabajadora de la contratista fue asignada para la ejecución de una actividad legal. Bien pudo su empleador proporcionar el mencionado equipo.

Los ejemplos en los cuales la jurisprudencia ha considerado que la tercerización es inválida por la existencia de subordinación del personal de la empresa contratista respecto a la principal, se refieren básicamente a casos en los cuales dicho personal era subordinado a través de las herramientas de trabajo que le eran asignadas por la principal. Aquí la discusión, entendemos, no radica en la validez de la entrega de dichas herramientas, pues ya el Decreto Supremo 006-2008-TR y la propia jurisprudencia lo permiten, sino en el hecho que las mismas se emplean como un mecanismo para ejercer la subordinación del personal de la contratista. Un ejemplo de ello ocurre con los correos electrónicos, los cuales, como señalamos, permiten que se filtren órdenes al personal tercerizado. Como la propia Corte Suprema lo ha señalado en la Casación 20597-2016-Lambayeque, es viable que la empresa principal otorgue equipos

a la contratista, para una adecuada ejecución del servicio, si ello es razonable. En dicho caso, la razonabilidad obedecía a la alta especialización técnica de los equipos entregados.

Por otro lado, vemos también que la realización de exámenes médicos al personal de la contratista es otra evidencia de subordinación. En este punto, las normas en materia de seguridad y salud en el trabajo (Ley 29783) exigen a la empresa principal que verifique que el personal de las empresas contratistas cuente con los exámenes médicos ocupacionales que la ley les exige, pero no que los realice directamente.

Una situación que ocurre con mayor frecuencia es el hecho que algunos documentos que se elaboran como parte de la gestión del servicio de la empresa contratista que cuenten con el logo de la principal suponga un indicio de desnaturalización de la tercerización, como se evidencia en la ya citada Casación 10691-2017-Lima. Este indicio debe ser analizado con el mayor detalle, y desde luego, atendiendo a cada caso concreto. No es lo mismo que en un servicio contable el personal de la contratista tenga camisas con el logo de la empresa principal que lo tenga el personal de una contratista que impulsa productos de aquella.

IV. CONCLUSIONES

La tercerización en nuestro país existe y se encuentra difundida en varias actividades económicas, por lo que no es viable pretender su eliminación. Felizmente no tenemos actualmente proyectos de ley en debate que así lo propongan.

Desde la óptica judicial, no es apropiado abordar este fenómeno con una óptica patológica. Aplicar el principio protector al proceso laboral no habilita al juez a descalificar *per se* a la tercerización sin haber analizado con detalle el caso concreto. El Juez, primeramente, debe entender la modalidad de contratación que está analizando, luego de lo cual podrá aplicar el Derecho al mismo. No puede permitirse el fraude a expensas de los Derechos Laborales, así como tampoco generar posiciones extremistas que afectan la seguridad jurídica.

Lamentablemente, la tendencia de la jurisprudencia es restrictiva, pues no se realiza un análisis riguroso de los medios de prueba aportados por los demandantes en el proceso laboral, dejando de lado que quien alega un hecho debe de probarlo¹⁵. Así, si el demandante sostiene que la tercerización es fraudulenta, deberá aportar indicios que sopor-

ten su afirmación, los cuales permitirán que el Juez exija a la demandada que efectúe la defensa de la validez de la tercerización. Los indicios aportados por los demandantes deben analizarse en el contexto de cada servicio prestado u obra ejecutada. Por ejemplo, puede ocurrir que la contratista preste un servicio de transporte con vehículos cedidos por la principal, pero bajo su administración integral, lo cual significa que la contratista se hará cargo del mantenimiento, seguros y combustible, situación que se complementarían con la nueva flota de vehículos proporcionada por la contratista. No vemos ilegalidad en dicho esquema.

Puede ocurrir también que la empresa principal capacite a los vendedores (tercerizados) sobre el funcionamiento de un determinado equipo o producto que dicho personal va a vender. Inclusive, puede ocurrir que la empresa principal, que realiza actividades de riesgo, exija al personal de sus contratistas, a través de sus empleadores, que hagan suyo su Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Inclusive, que la empresa principal realice sus labores en contacto con una comunidad nativa que por ello imponga ciertas reglas de conducta a su personal y que también sean extensivas, por intermedio de su empleador, a los trabajadores de sus contratistas. Un ejemplo adicional se puede evidenciar cuando la empresa principal presta un servicio público, pero contrata a terceros especializados para que realicen actividades auxiliares, y como es natural, debe supervisar que las mismas se presten dentro de ciertos estándares de calidad, para lo cual supervisa el nivel de servicio, no al personal. Hasta aquí no vemos irregularidad en estas prácticas.

Lo que se espera es un análisis casuístico, que parta del entendimiento del contexto en que se realiza la tercerización para no caer en excesos. 📌

REFERENCIAS

- Arce Ortiz, E. (2006). *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Lima: Palestra Editores.
- Bensusan, G. (2007). La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación? En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas. Cuadernos de Integración Andina 20*.
- Bronstein, A. (2007). La subcontratación laboral. Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho

¹⁵ Artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

- del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: *Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina 20*.
- Coriat, B. (1994). *Los desafíos de la competitividad*. Buenos Aires: Eudeba.
- Cruz Villalón, J. (2009). *La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales*. Lima: Grijley.
- Del Rey Guanter, S. y C. Gala Durán (2000). Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia. En: *Relaciones Laborales: Revista Crítica de teoría y práctica 7/8*.
- Ermida Uriarte, O. y Ó. Hernández Álvarez (2002). Crítica de la subordinación. En: *Ius et veritas 25*, p. 29.
- Fernández Brioni, H. (2005). Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales. En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Global Research Marketing (2018). *Tercerización de servicios en el Perú*.
- Gorelli Hernández, J. (2007). *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Difusión.
- López, D. (1996). La subcontratación y la precarización del empleo. En: *Boletín Oficial Computacional*. Recuperado de: www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf
- Molero Marañón, M.L. (2010). Descentralización productiva y relaciones laborales. En: *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica. Editorial La Ley 9 XXVI*.
- Osterling Parodi, F. (2007). Interpretación de la Ley y de los Contratos. En: *Osterling Abogados*. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art.%20Interpretaci%C3%B3n%20de%20la%20Ley.%20nov%2007.pdf>
- Osterling Parodi, F. (s/a). Análisis del artículo 1314 del Código Civil. En: *Osterling Abogados*. Recuperado de <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%201314.pdf>.
- Plá Rodríguez, A. (2005). La descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo. En: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Puntriano Rosas, C. (2011). Los efectos de la subcontratación en las relaciones laborales. Análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela. En: *Derecho & Sociedad 37*.
- Sanguinetti Raymond, W. (1997). *Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos*. Lima: Ara Editores.
- Schneider, B. (2004). *Outsourcing. La herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios*. Lima: Norma.
- Soriano Cortes, D. (2007). *Las Contratas en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sevilla: Ediciones Mergablum.
- Todoí Signes, A. (2015). El Impacto de la 'Uber Economy' en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. En: *IUS Labor 3*, p. 3.
- Todoí Signes, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia: Tirant lo blanch.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS LEGALES

- Casación Laboral 5659-2016-LIMA, de la Corte Suprema de la República. En: Diario Oficial *El Peruano*, 10 de noviembre de 2017.
- Casación Laboral 1439-2016-LIMA, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: Diario Oficial *El Peruano*, 03 de enero de 2019.
- Casación 13749-2017-LIMA, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.
- Casación 10691-2017-LIMA, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: Diario Oficial *El Peruano*, 02 de abril de 2018.
- Casación 779-2016-Del Santa, de la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. En: Diario Oficial *El Peruano*, 02 de julio de 2018.
- Decreto Legislativo 1038. Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. En: Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008.

Decreto Supremo 003-2002-TR. Establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores y 006-2008-TR. En: Diario Oficial *El Peruano*, 26 de abril de 2002.

Decreto Supremo 006-2008-TR. Aprueban el Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038, que regulan los servicios de tercerización. Diario Oficial *El Peruano*, 11 de septiembre de 2008.

Decreto Supremo 003-2002-TR. Establecen disposiciones para la aplicación de las Leyes 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores. En: Diario Oficial *El Peruano*, 26 de abril de 2002.

Ley 29245. Ley que regula los servicios de tercerización. En Diario Oficial *El Peruano*, 23 de junio de 2008.

Ley 27626. Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las coope-

rativas de Trabajadores. En: Diario Oficial *El Peruano*, 08 de enero de 2002.

Sentencia 02111-2010-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 24 de enero de 2012.

Sentencia 04297-2012-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 21 de enero de 2014.

Sentencia 05035-2013-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 26 de junio de 2014.

Sentencia 02135-2012-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 26 de enero de 2016.

Sentencia 3895-2016-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida en mayo de 2017.

Sentencia 01671-2013-PA/TC, del Tribunal Constitucional del Perú. Expedida el 29 de enero de 2019.