

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



TESIS

TITULO : FRAUDE Y SIMULACIÓN CONTRACTUAL EN LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES, EN EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE LA CIUDAD DE HUANCAYO, 2019.

PARA OPTAR : EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**AUTORES : BACH. KEVIN NEFTALI FLORES SIMBRON
BACH. FRANCO BERTI GIRON CAMPOS**

ASESOR : DR. PEDRO CUNYAS ENRIQUEZ.

LÍNEA DE INV. : DESARROLLO HUMANO Y DERECHO

RESOLUCION DE EXPEDITO :

HUANCAYO – PERU

2021

DEDICATORIA:

A nuestros queridos padres, que siempre nos apoyaron en cada momento y en todas las etapas de nuestra vida, por su amor incondicional

AGRADECIMIENTO

Agradecemos de forma muy especial al asesor de esta tesis, Dr. Pedro Cunyas Enríquez, por la dedicación y apoyo al presente trabajo, por el respeto a nuestras sugerencias e ideas, por la dirección y el rigor que ha facilitado a las mismas.

También agradecemos al Dr. Richard Vidal Aliaga, por habernos facilitado la bibliografía correspondiente, para el desarrollo de la tesis, ya sin que dicha ayuda hubiera sido de difícil consecución.

ÍNDICE

DEDICATORIA:	i
AGRADECIMIENTO.....	ii
ÍNDICE	iii
RESUMEN.....	vi
ABSTRACT.....	viii
INTRODUCCIÓN	x
CAPÍTULO I.....	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. Descripción del problema.....	1
1.2. Delimitación del problema.....	3
1.2.1. Delimitación espacial.....	3
1.2.2. Delimitación temporal	3
1.2.3. Delimitación conceptual.	3
1.3. Formulación del problema	3
1.3.1. Problema general	3
1.3.2. Problemas específicos.....	4
1.4. Objetivos	4
1.4.1. Objetivo General.....	4
1.4.2. Objetivos Específicos.....	4
1.5. Justificación de la investigación.....	5
1.5.1. Social.....	5

1.5.2. Científica – teórica.....	6
1.5.3. Metodológica	6
1.6. Hipótesis y variables	7
1.6.1. Hipótesis	7
1.6.2. Variables	7
1.6.3. Operacionalización de las variables.....	7
CAPÍTULO II	10
MARCO TEÓRICO.....	10
2.1. Antecedentes de la investigación	10
2.2. Bases teóricas	18
2.2.1. La tercerización laboral.....	18
2.2.2. Remuneración y condiciones de trabajo	48
2.2.3. Las limitaciones legales para la subcontratación y la afectación de la libertad de contratación	52
CAPÍTULO III.....	74
METODOLOGÍA	74
3.1. Método de investigación	74
3.2. Tipo de investigación	74
3.3. Nivel de investigación.....	74
3.4. Diseño de investigación	74
3.5. Población y muestra	75
3.5.1. Población.....	75

3.5.2. Muestra	75
3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	75
3.6.1. Técnicas de recolección de datos	75
3.6.2. Instrumentos de recolección de datos	76
3.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos	76
CAPÍTULO IV	77
RESULTADOS	77
4.1. Presentación de resultados	77
4.2. Contratación de la hipótesis	89
4.2.1. Contratación de la Hipótesis General:	89
4.2.2. Contratación de la primera hipótesis específica	92
4.2.3. Contratación de la segunda hipótesis específica	94
4.3. Discusión de resultados	96
CONCLUSIONES	99
RECOMENDACIONES	101
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	102
ANEXOS	105

RESUMEN

Actualmente en las relaciones empresariales se hace usual la contratación y utilización de empresas que realizan servicios de tercerización laboral exclusivamente para cubrir ciertos aspectos de la cadena productiva, aspectos que no tiene incidencia firme en el negocio o actividad comercial principal a la cual se dedica una determinada empresa. En ese sentido, lo que el legislador también ha creído conveniente regular a través de la Ley N.º 29245 – Ley que regula los servicios de tercerización laboral en nuestro país, es la realización de ciertos supuestos a través de los cuales se desconfiguran o desnaturalizan las relaciones contractuales que se entablan a través de la utilización de esta figura comercial laboral.

El problema general de la presente es: ¿de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. La hipótesis general planteada fue que: el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

“Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal”.

Como conclusión de la presente investigación se señala la siguiente: se ha determinado que el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. Toda vez que debe precisarse cuales son los requisitos o elementos concurrentes para considerar a una tercerización como válida o legal, toda vez que esta deficiencia normativa

generada por la discrecionalidad para determinar la autonomía empresarial como causal de desnaturalización, está permitiendo que empresarios inescrupulosos realicen un uso indebido de la figura a través de un uso simulado y fraudulento.

PALABRAS CLAVES: Tercerización, derechos laborales, fraude, simulación.

ABSTRACT

Currently, in business relations, the hiring and use of companies that perform labor outsourcing services exclusively to cover certain aspects of the production chain, aspects that have no firm impact on the business or main commercial activity to which a certain is dedicated is becoming common. business. In this sense, what the legislator has also deemed convenient to regulate through Law No. 29245 - Law that regulates labor outsourcing services in our country, is the realization of certain assumptions through which they are deconfigured or denatured the contractual relationships that are established through the use of this commercial labor figure.

The general problem of the present is: in what way does fraud and contract simulation in labor outsourcing affect the labor rights of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2019? Its general objective is: to determine how fraud and contract simulation in labor outsourcing affects the labor rights of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2019. The general hypothesis raised was that: fraud and contract simulation in outsourcing labor affects violating the labor rights of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2019

The general methods used were the inductive-deductive method, its type of research being of a social legal nature, the level of research is explanatory, non-experimental research design and cross-sectional in nature.

As a conclusion of the present investigation, the following is mentioned: it has been determined that fraud and contractual simulation in labor outsourcing affects the violation of the labor rights of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2019. Whenever It must be specified which are the requirements or concurrent elements to consider outsourcing as valid or legal, since this regulatory deficiency generated by the discretion to determine business

autonomy as a cause of denaturalization, is allowing unscrupulous businessmen to misuse the figure through sham and fraudulent use.

KEY WORDS: Outsourcing, labor rights, fraud, simulation.

INTRODUCCIÓN

Se puede definir la tercerización u outsourcing como “aquel proceso de descentralización productiva por medio del cual una empresa (denominada principal) encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a un tercero (empresa tercerizadora), quien actúa de modo autónomo a nivel de sus recursos materiales y humanos. A partir de esta definición, podemos destacar una serie de rasgos para descifrar si nos encontramos ante un supuesto de tercerización” (Toyama, 2019, p. 39). La tercerización “es un tipo de proceso de externalización de servicios, pues el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Dicha actividad o proceso será cubierto de modo integral y autónomo por el tercero, quien cuenta con la capacidad logística y especialización suficiente para realizar el servicio u obra contratada sin participación de la empresa principal” (Aguirre, 2020, p. 37).

En tal contexto, la presente tesis ha tenido como fin: poder identificar las deficiencias y los vacíos normativos que presenta la regulación de este tema planteado, y a partir de ello establecer ciertas restricciones que impidan un uso indiscriminado de esta figura o que peor aún sea usada con la única intención de reducir sus costos laborales.

Por ese motivo, “no es una mera provisión de mano de obra. Entre la empresa principal y el contratista existirá una relación de coordinación. No debe confundirse con otras figuras como el grupo de empresas y la transmisión de empresas, pues en la tercerización de servicios las empresas participantes actúan independientemente –no como una unidad ante terceros– y la empresa principal no asume las contingencias laborales de la empresa que contrata el servicio” (Arias, 2019, p. 39).

A nivel metodológico se ha establecido lo siguiente: ¿de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los

trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?, siendo su **objetivo general:** determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. Asimismo, como objetivos específicos se han consignado los siguientes: establecer cómo el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019; como primer objetivo específico, y también, determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019; como segundo objetivo específico. La hipótesis general planteada fue que: el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. Los métodos generales que se utilizaron fueron el método inductivo-deductivo, siendo su tipo de investigación la de carácter jurídico social, el nivel de investigación es de tipo explicativo, de diseño de investigación no experimental y de carácter transversal.

Asimismo, la presente tesis se encuentra dividida en cuatro capítulos, siendo su estructura la siguiente:

“En el primer capítulo denominado Planteamiento del problema, se desarrolla la descripción de la realidad problemática, formulación del problema, justificación de la investigación y la delimitación de la investigación”.

“En el segundo capítulo denominado Marco teórico de la investigación, se desarrollan ítems como: antecedentes de la investigación, marco histórico, bases teóricas de la investigación, marco conceptual y marco legal”.

“En el tercer capítulo denominado Metodología de la investigación, se desarrollan aspectos como: métodos de investigación, tipos y niveles, población y muestra, diseño de

investigación, técnicas de investigación e instrumento, y técnicas de procesamiento y análisis de datos”.

“En el cuarto capítulo denominado Resultados de la investigación, se consideran los siguientes ítems: presentación de resultados y la discusión de resultados”.

“Y finalmente, se han redactado las conclusiones y recomendaciones; como las referencias bibliográficas y anexos”.

LOS AUTORES.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema

La tercerización de servicios o descentralización productiva requiere de un tratamiento sumamente delicado, puesto que están en juego, por un lado, la eficiencia en la producción empresarial y por otro el pleno respeto y protección eficiente de los derechos –colectivos e individuales- de los trabajadores. “La situación problemática que se plantea es más evidente y conflictiva en las empresas mineras, pues es claro que debido a la naturaleza de sus actividades son las que más utilizan este tipo de mecanismos, descentralizando determinadas unidades de su línea producción, lo cual genera un efecto de rechazo por parte de muchos sectores sociales, en especial del sector de los trabajadores, quienes muchas veces ven recortados sus beneficios y se encuentran desprotegidos” (Bardales, 2019, p. 74).

Cabe mencionar que recién en el año 2008 se promulgó la Ley N.º 29245, “norma que por primera vez regula en nuestro país -de forma directa- a la Tercerización de Servicios, la cual aparentemente estaba destinada a zanjar la disconformidad de los

trabajadores, pues en su texto se aprecian una serie de mecanismos para garantizar el reconocimiento y protección de sus derechos; sin embargo, el problema no se ha visto solucionado, pues dicha ley y su reglamento son sumamente precarios e ineficientes en la forma de regulación” (Borda, 2019, p. 17).

En una palabra, con esta ley los trabajadores reciben una mayor, “pero no mejor protección de sus derechos en comparación a lo que sucedía antes de la promulgación. Ahondando en materia, en lo que respecta a los derechos individuales, la tercerización de servicios es atentatoria del derecho de igualdad de trato, pues mediante esta forma de descentralización productiva con el afán de reducir costos se permite el trabajo con menores condiciones laborales, es decir, los trabajadores que son contratados directamente por la empresa principal reciben mayores beneficios y mejores condiciones laborales que los trabajadores que son contratados por las empresas tercerizadoras para desempeñar las mismas o similares funciones que los primeros” (Fuentes, 2019, p. 17)..

Consecuentemente, “dado que la tercerización de servicios es un asunto muy sensible y que cada vez se viene utilizando con mayor continuidad en nuestro país es necesario contar con una norma que de cierto modo sea uniforme y predecible en la protección de los derechos laborales, lo cual coadyuvara a un ejercicio más eficiente de los mismos. Esto lamentablemente no se evidencia en la normatividad actual, toda vez que se advierten ciertas incongruencias internas (por citar un ejemplo: la ley prescribe la creación de un registro administrativo de empresas tercerizadoras en el cual estas se deben inscribir para poder desarrollar sus actividades, pero el reglamento flexibilizando este requisito lo minimiza” (García, 2019, p. 47), a que las tercerizadoras solo deben señalar en su planilla que están desplazando personal, con lo cual se entenderá incluida dentro del conjunto de empresas tercerizadoras).

1.2. Delimitación del problema

1.2.1. Delimitación espacial

La investigación se realizó en Segundo Juzgado Laboral de Huancayo.

1.2.2. Delimitación temporal

La investigación consideró para su desarrollo como datos de estudio el año 2019, empleando para ello datos de carácter documental.

1.2.3. Delimitación conceptual.

- Tercerización.
- Subcontratación de servicios.
- Empresa usuaria.
- Requerimiento de un bien determinado o servicios especializados.
- Derechos laborales individuales.
- Derechos laborales colectivos.
- Pluralidad de clientes de la contratista.
- Equipamiento propio del contratista.
- Forma de la retribución del precio del servicio

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?

1.3.2. Problemas específicos

1.3.2.1. ¿Cómo el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?

1.3.2.2. ¿De qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo General

Determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

1.4.2. Objetivos Específicos

1.4.2.1. Establecer cómo el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

1.4.2.2. Determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Social

Los servicios de tercerización laboral “son un medio que utilizan las empresas con el ánimo de lograr economizar costos y mejorar su productividad pero al no ser regulado de manera adecuada, trae consigo que muchas empresas se aprovechen de esas falencias legales y lo utilicen como un medio para abaratar los costos además de presentar otras desventajas por la falta de regulación y abuso de la misma, entre las que tenemos la pérdida de habilidades críticas para el cumplimiento del objetivo del negocio o desarrollo de habilidades esenciales pérdida del control”, sobre la calidad de los servicios contratados así como la afectación de los derechos laborales de los trabajadores pertenecientes a las empresas tercerizadoras.

El mercado laboral “es muy amplio lamentablemente en este supuesto la tercerización como ya se había detallado en el planteamiento si bien es cierto apoya al crecimiento de las empresas, también puede evitar en algunos casos cubrir algunos seguros que por ley regular se les otorga a los trabajadores pues las tercerizadoras contratan en muchas ocasiones a trabajadores por contratos temporales recortando algunos beneficios que pueden obtener por ser trabajadores indeterminados. Es por ello que exista una gran importancia en la investigación en la materia laboral, pues esta rama del derecho siempre ha contado con una importancia única derivada de la calidad de derecho humano que tiene el derecho al trabajo”.

1.5.2. Científica – teórica

Es importante referir que debe existir una regulación eficiente sobre la labor de fiscalización y control constante y serio “por parte de los estamentos estatales competentes, así como un empoderamiento a los gremios sindicales a efectos de promover una participación activa en la problemática de la tercerización y su utilización indiscriminada. Lamentablemente, todas estas buenas intenciones no servirán de nada si es que no contamos con una norma que regule a la tercerización de un modo eficiente, pues no se debe olvidar que los derechos laborales tienen la categoría de derechos fundamentales y por tanto reciben protección constitucional, por lo cual se requiere de mecanismos normativos eficientes que garanticen su plena vigencia y respeto”, en una palabra, que sean ejercitados de forma eficiente y funcional.

1.5.3. Jurídica

La tercerización laboral “ha tenido una trascendencia y connotación en la actualidad de suma importancia que deberíamos detenernos un momento y estudiar sus alcances, las consecuencias que esta genera y la posible implementación de medidas correctivas desde el punto de vista legal, es por eso que en este trabajo de investigación además de analizar diferentes conceptos, conocer la normativa que regula esta forma de contratación y los diferentes pronunciamientos de la magistratura en cuanto a la afectación directa que este le genera principalmente en el derecho de asociación sindical”.

1.5.4. Metodológica

La investigación “propuso a nivel metodológico el diseño de un instrumento de investigación, denominada ficha de análisis documental, de acuerdo a los criterios metodológicos de las variables e indicadores de estudio. Dicho

instrumento de investigación sirve para que futuros investigadores respecto al tema de estudio propuesto puedan aplicarlo”.

1.6. Hipótesis y variables

1.6.1. Hipótesis

1.6.1.1. Hipótesis General

El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

1.6.1.2. Hipótesis Específicas

- El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.
- El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.

1.6.2. Variables

- Variable independiente:

Fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral.

- Variable dependiente:

Derechos de los trabajadores.

1.6.3. Operacionalización de las variables

TIPO DE VARIABLE	VARIABLE	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DEFINICIÓN OPERACIONAL	INDICADORES	ESCALA	INSTRUMENTO
VARIABLE CUALITATIVA	Fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral.	<p>En la simulación, “una empresa y una persona celebran un contrato de trabajo con el único fin de lograr un préstamo bancario, o existe una relación laboral, pero se firma un contrato de locación de servicios para ocultar la primera” (Neves, 2015, p. 49).</p> <p>En tanto, el fraude a la ley, “se aplica una ley a un supuesto al que corresponde aplicarle otra, con la finalidad de otorgar menores derechos al trabajador y obtener un beneficio” (Aguilar, 2012, p. 30).</p>	“La simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito. Ahora bien, puede lograrse el fraude a la ley utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación y habría concurrencia de ambas figuras si el negocio en fraude fuera oculto” (Borda, 2019, p. 49).	<p>-Fraude contractual.</p> <p>-Simulación contractual</p>	Nominal.	Ficha de análisis documental.
VARIABLE CUALITATIVA	Derechos de los trabajadores.	“El derecho al trabajo es la base para la realización de otros derechos humanos y para una vida en dignidad. Incluye la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado. En la realización progresiva de este	“El derecho al trabajo es el derecho fundamental humano por el que toda persona tiene el derecho al trabajo, a la libre elección del mismo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo,	<p>-Derecho a una remuneración justa.</p> <p>-Derecho a la libertad sindical.</p>	Nominal.	Ficha de análisis documental

		derecho, los Estados están obligados a garantizar la disponibilidad de orientación técnica y profesional, y a tomar las medidas apropiadas para crear un entorno propicio para existan oportunidades de empleo productivo” (Toyama, 2014, p. 40).	sin discriminación, con igualdad salarial, remuneración digna, protección social y derecho de sindicación” (Jara, 2019, p. 49).			
--	--	---	---	--	--	--

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

A nivel internacional se referencian las siguientes investigaciones:

Castillo (2017) con su investigación titulada: “Análisis cualitativo-jurídico de la tercerización laboral en el marco del derecho de asociación sindical en Colombia”, para optar el título profesional de abogado. Empleó como método de investigación el método científico, de enfoque cualitativo, de tipo jurídico dogmático, de nivel descriptivo, de diseño no experimental, empleó como instrumento de investigación la ficha de análisis documental; siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “El derecho de asociación sindical, es un derecho, que ha venido siendo amedrentado en la largo y ancho de la historia, no solo en Colombia, sino también en el mundo, gracias a las luchas realizadas por la clase obrera de antaño, actualmente podemos catalogarlo como un derecho fundamental de segunda generación, esto fue posible con la implementación de la constitución de 1991, la cual así como le dio otro matiz a este derecho, el verdadero objetivo de esta era

abrirle las puertas al modelo neoliberal del capitalismo, escabullendo dicho objetivo con la implementación de mecanismos como lo son las acciones constitucionales tales como la acción de tutela, las acciones de grupo entre otras. Lo cual no es más que el camino abierto para la implementación de la globalización, esta reforma era necesaria realizarla, ya que la normativa anteriormente aplicada no se amoldaba a este fenómeno que estaba tomando mucha fuerza a nivel mundial.

- 2) A países tercermundistas como el nuestro, les resulta un tanto atractivo, el hecho de que economías desarrolladas, fijen sus ojos para invertir en nuestro país, teniendo en cuenta que dichos países tienen las herramientas necesarias para explotar los recursos de los cuales gozamos, pero a la larga estos países lo único que les interesa es seguir creciendo su propia economía, vienen a nuestro país, explotan nuestros recursos naturales, explotan la clase obrera, violan y quebrantan vilmente los derechos de los trabajadores, con el consentimiento de nuestros dirigentes políticos, porque estos países traen elaboradas las normas que van a regir imponiéndolas en dicha ‘relación’.
- 3) Con la implementación de las nuevas formas de vinculación laboral implementadas en Colombia, como son las cooperativas de trabajo asociado, las bolsas de empleo, los contratos sindicales. es de vital importancia resaltar que estas modalidades en realidad no significan para nuestro país un avance o una actualización de nuestro ordenamiento jurídico, ya que a todas luces esto resulta ser todo lo contrario, si en todo el recorrido de la historia se ha venido luchando para el mejoramiento de las condiciones de trabajo, por el reconocimiento de los derechos a que hay lugar en una relación laboral, unas condiciones dignas dentro del área en el cual se

desenvuelve el trabajador, la progresividad de dichos derechos, entre los cuales encontramos el derecho de libre asociación sindical” (p. 155).

Sánchez (2015), con su investigación titulada: “Implicancias de las nuevas formas de relación laboral. Contratos de tercerización”, para optar el título profesional de abogado. “Empleó como método de investigación el método de análisis-síntesis, de enfoque cuantitativo, de tipo jurídico social, de nivel explicativo, de diseño no experimental, empleó como instrumento de investigación el cuestionario”, siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “Haciendo un análisis a las distintas entrevistas, que se realizaron a diversos sindicatos, podemos concluir, que estos coinciden en que la tercerización es una forma de negación del vínculo laboral entre el empleador y trabajador; Para todos ellos esta forma de subcontratación lo que genera es mayores rendimientos para las empresas que se sirven de esta figura, a expensas de los derechos de los trabajadores. Lo que deja en evidencia que lo anterior es un problema de política de estado, evidenciada por la falta de interés de los distintos sectores estatales. Así mismo se resalta el evidente desconocimiento que se tiene con respecto a las normativas existentes y que regulan aspectos tocantes a ellos.
- 2) Por ellos hacemos un llamado de atención, principalmente al gobierno nacional y a los diferentes órganos de control y sus dependencias, para que implementen alternativas referentes a la capacitación de los diferentes miembros sindicales, para que estos adquieran los conocimientos normativos referentes al debido ejercicio de sus derechos sindicales y fomentar proyectos que limiten esta forma de subcontratación que ha venido amedrantando el derecho de asociación sindical.

- 3) La tercerización puede ser entendida como la técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. Esta técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales tales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y tecnología cuyo objetivo es obtener mejores resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa en la actividad principal” (p. 155).

(Fuenzalida, 2017) con su tesis titulada: “La tercerización laboral como elemento contractual del Derecho Laboral”, para optar el título profesional de abogado. Empleó como método de investigación el método inductivo-deductivo, de enfoque cualitativo, de tipo jurídico social, de nivel correlacional, de diseño no experimental, empleó como instrumento de investigación la guía de entrevista, siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “La tercerización ha sido tratada desde diversos puntos de vistas, pues para algunos es una figura que no perjudica a ninguna de las partes ya que la empresa contratante o usuaria se beneficia pues obtiene una mayor competitividad a menor costo, con una mano de obra calificada, generando así más empleo. Desde otro punto de vista, esta no es más que un mecanismo donde la parte neoliberal o empresarial viola los derechos del trabajador, donde este se ve limitado a exigir su cumplimiento ya que no puede ser parte del sindicato por no estar vinculado directamente a la empresa contratante, ya que este solo estaría prestando un servicio calificado.
- 2) El tercerizado, como no tiene un vínculo laboral con la empresa usuaria, este no puede hacer parte del sindicato de dicha empresa, y por ende no le está permitido

presentar pliego de peticiones bajo ninguna circunstancia. Como es claro se le hace nugatorio su derecho a la libre asociación sindical, derecho que aparece en nuestra constitución política como un derecho fundamental de segunda generación, así mismo se violenta su derecho a la estabilidad laboral, ya que los trabajos para los que son contratados en su mayoría son por obra o labor contratada o trabajos por prestación de servicio, resulta que la honorable corte constitucional ha establecido en sus pronunciamientos que la forma de vinculación utilizada por estas entidades está limitada por los principios y valores constitucionales.

- 3) Con el fin de contratar mano de obra barata pero que a su vez sea calificada, hacen uso de esta figura, debido a la alta competencia que se encuentra en el mercado, las multinacionales contratan los trabajadores por medio de las cooperativas de trabajo asociado, o bien por medio de las bolsas de empleo, o cualquier otro intermediario, porque esta mano de obra como se mencionó anteriormente les resulta barata, frente a un trabajador vinculado por medio de un contrato de trabajo, figura que a la postre, resulta ser un tanto inconstitucional en la medida que a los trabajadores se les desconoce sus derechos laborales propios de un vínculo laboral, así mismo se ven afectados en su derecho a la libre asociación sindical y aun se ve degradada la relación empleador/trabajador ya que en esta figura interactúan la empresa usuaria, la empresa que presta el servicio, y el tercerizado” (p. 182).

A nivel nacional se citan las siguientes investigaciones:

(Salazar, 2017) con su tesis titulada: “El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora”, para optar el título profesional de abogado, siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “Se concluye que un reglamento no puede contradecir lo establecido en una norma de rango superior, en este caso una Ley, pues el principio de jerarquía deviene del principio de supremacía constitucional, el cual se basa en el respeto de los derechos fundamentales; asimismo, la Supremacía Constitucional es entendida como una característica especial y esencial de la Constitución rígida de un Estado.
- 2) Se concluye que si bien la tercerización puede mutar o modificarse en su uso, esta modificación tiene que ser acorde a los derechos protegidos laborales, es decir a lo estipulado por el artículo 22 de la Constitución, siendo pasible de analizar más profundamente si es beneficioso aceptar o denegar la tercerización para actividades nucleares, lo cual es imposible por ahora ya que el reglamento no puede oponerse a la Ley y a la constitución y en su defecto a los tratados Internacionales que forma parte el Estado Peruano.
- 3) Se concluye que vivir en un Estado de Derecho forma parte de la naturaleza de los diversos modelos de Estado, social o democrático, en ese sentido la dignidad de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado, se verá protegida, en la medida que una sociedad política sus actores se comprometan a respetar las reglas básicas del Estado de Derecho y la democracia, dentro de las cuales supone el respeto y la protección de todos los derechos fundamentales como lo es del derecho al trabajo” (p. 155).

(Romero, 2015) con su investigación titulada: “La tercerización de servicios y la razon por la que afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales”. Empleó como método de investigación el método de análisis-síntesis, de enfoque cualitativo, de tipo jurídico dogmático, de nivel descriptivo, de diseño no experimental,

empleó como instrumento de investigación la guía de entrevista, siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “La primera conclusión a la que podemos arribar es que el derecho no puede estar ajeno a los cambios y avances sociales. De esta forma dado el contexto de globalización actual es necesario incorporar mecanismos jurídicos que de una u otra forma permitan que las empresas permanezcan en el mercado, siendo productivas y generando dinamismo económico y mayores puestos de trabajo.
- 2) La tercerización de servicios es una forma válida de cooperación empresarial que surge en este clima de adecuación a los cambios producidos por la globalización, y trae consigo la flexibilización y triangulación de las relaciones laborales; por lo cual urge una norma correctamente elaborada y eficaz en la protección tanto de los intereses de los empresarios como de los derechos –individuales y colectivos de los trabajadores-, logrando de esta forma un equilibrio normativo.
- 3) En nuestro país la normatividad (ley, ley aclaratoria y reglamento), sobre tercerización de servicios es ineficaz en la protección de los derechos laborales que la norma que la regula es deficiente tanto en la forma como en el fondo. En la forma en lo que se refiere a la ausencia de claridad para establecer los supuestos en los que procede (sin admitir interpretaciones antojadizas), y las características y elementos para su válida configuración; y en el fondo porque el reglamento (contraviniendo a la ley y sin observar el proyecto ni el dictamen) admite la posibilidad de que las actividades neurálgicas de la principal puedan ser tercerizadas, lo cual –a nuestro modo de ver- desnaturaliza esta forma de vinculación empresarial. Asimismo, es ineficaz en el fondo por cuanto no prescribe herramientas suficientes para la protección efectiva de los derechos de los trabajadores” (p. 122).

(Jara, 2017) con su investigación titulada: “La tercerización como modalidad contractual en la legislación peruana”, para optar el título profesional de abogado. Empleó como método de investigación el método científico, de enfoque cualitativo, de tipo jurídico social, de nivel explicativo, de diseño no experimental, empleó como instrumento de investigación la ficha de análisis documental, siendo sus conclusiones las siguientes:

- 1) “Un aspecto que sin duda merece especial atención y un profundo análisis es el referido a la posibilidad de tercerizar las actividades principales de la empresa usuaria y es que, desde sus orígenes, la tercerización de servicios fue concebida como aquel mecanismo de gestión empresarial, predestinado fundamentalmente para que las empresas alcancen un mayor grado de competitividad dentro del mercado, lo cual desencadena una operación empresarial sencilla: reducir costos y aumentar utilidades. Este objetivo, visto desde un punto de vista meramente económico resulta
- 2) altamente interesante, al menos para los empresarios, pues significa que “invirtiendo” menos obtendrán mayores utilidades.
- 3) Así las cosas, quienes defienden esta forma de contratación empresarial resaltan que su importancia radica en que al admitir el desplazamiento o traslado de determinadas actividades periféricas o secundarias del proceso de producción de la empresa principal a otras empresas especializadas se permite que la principal se ocupe con mayor eficiencia al desarrollo de su *core bussines* o actividad principal.
- 4) En una palabra, mediante la tercerización de servicios una empresa (denominada principal o cliente) cede o transfiere una actividad periférica o secundaria de su proceso productivo a otra empresa especializada en tal actividad (denominada tercerizadora), a través de un contrato civil o comercial, logrando un doble efecto: reducir sus costos e incrementar sus utilidades. Desde nuestro particular punto de

vista, ello es inadmisibile, pues aparte de atentar contra los derechos fundamentales de los trabajadores, contravendría incluso la naturaleza y la génesis de la descentralización productiva” (p. 133).

2.2. Bases teóricas

2.2.1. La tercerización laboral

La tercerización u outsourcing es una de las formas de externalización de servicios más usadas en distintos ámbitos del mercado de trabajo, siendo un fenómeno de alcances globales, de ahí que muchas definiciones de distintos autores sean coincidentes, más allá de la frontera de un país.

(Cruz, 2018) señala que “esta forma de descentralización productiva se produce cuando una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando, en su lugar, por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo)” (p. 18).

Por su lado, (Toyama, 2015) nos dice que la tercerización “apunta al proceso de sacar al exterior de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma” (p. 145), mientras que (Gala, 2016) la entiende como la "externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previa mente se desarrollaban por una misma empresa” (p. 146).

También, (Palomeque, 2015) a partir del concepto de contrata, asegura que:

"es una expresión que se refiere a la relación contractual que materialice supuestos de descentralización productiva empresarial, tales como contratos de empresa, contratos de ejecución de obra, de arrendamiento de servicios o, incluso, supuestos de contratación administrativa para la

gestión indirecta de servicios (...) por los que el empresario contratista (empresa auxiliar) se compromete a la realización de una obra o servicio determinado y el empresario contratante o comitente (empresa principal) adquiere la recíproca obligación de pagar un precio cierto. Esta relación existe y no es un negocio simulado de cesión ilegal de mano de obra (.). La contrata (o subcontrata) se suscribe para realizar obras o servicios de la propia actividad, para descentralizar el propio proceso productivo del comitente” (p. 134).

En nuestro medio, (Sanguinetti, 2018) ha señalado que “a través de la expresión descentralización productiva -que en nuestro medio ha sido sustituida por la de tercerización se designa a una nueva forma de organización del proceso de producción de bienes y servicios” (p. 185).

Por su parte, (Toyama, 2015) define a la tercerización como "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” (p. 185). Finalmente, de una forma lacónica, (Abanto, 2016) asegura que esta supone "la transferencia de la operación de proceso de central importancia, pero no directamente vinculadas con el *core business* de la empresa hacia un proveedor especialista" (p. 194).

La jurisprudencia ha entendido de similar modo a la tercerización. En el considerando tercero de la Sentencia Popular N° 1067-2012-Lima se dijo que:

"Tercero: Que la tercerización, también denominada outsourcing, es, por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para

desarrollar esa porción de negocio. Esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central su negocio, de ahí que el outsourcing o tercerización sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien" (Fundamento Jurídico Nro. 16).

En la sentencia del Expediente N° 02111-2012-PA/TC, el TC dio cuenta de que

"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, particular mente, 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 ser vicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial" (Fundamento Jurídico Nro. 16).

2.2.1.1. Marco normativo

En nuestro país, inicialmente, la tercerización de actividades estaba permitida a través de la denominada intermediación, que en la realidad se trataban de formas de

subcontratación de actividades. Esta modalidad contractual estaba permitida solo para aquellas labores de naturaleza complementaria conforme al Decreto Ley N° 22126, del 29 de marzo de 1978, luego ampliada para las actividades especializadas, conforme a la sustitución normativa contenida en la Ley N° 24514, del 1 de mayo de 1986 y, finalmente, ambas formas acopian das en la regulación actual de la Ley N° 27626, Ley de Intermediación Laboral, vigente desde el 10 de enero de 2002.

Aunque la Ley N° 27626 llamó intermediación a las modalidades de sub y especializados, en la realidad estas contrataciones de servicios complementarios constituyen formas de tercerización de servicios, por tratarse de la externalización de servicios que no se circunscriben a la provisión de mano de obra. No obstante, a través de la Ley N° 29245, vigente desde el 25 de junio de 2008, se llama tercerización, en sentido estricto, a la descentralización productiva de actividades distintas a las reguladas en la Ley N° 27626.

Una de las primeras regulaciones que expresamente aplico el nombre de la tercerización se produjo con el Reglamento de la Ley N° 27626, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en cuyo artículo 4 se precisó que la tercerización de servicios no es considerada como una intermediación laboral, estableciendo los requisitos para su procedencia (que asuman las tareas con tratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación).

Con la promulgación del Decreto Supremo N° 008-2007-TR se modificó el Reglamento de la Ley 27626, incorporando algunas disposiciones con el objeto de generar una mayor regulación en la tercerización laboral.

Con ocasión de esta modificación, fue incorporado el artículo 4A del Reglamento de la Ley N° 27626, donde se estableció que cuando se ejecute alguna de las actividades

de tercerización (precisadas en el artículo 4 del mismo cuerpo normativo) con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, dicho accionar no debería tener por objeto afectar los derechos laborales o de seguridad social de los trabajadores, debiendo constar ello por escrito, especificando la actividad empresarial a ejecutar, las unidades productivas o los ámbitos de la empresa principal que se realizan.

Igualmente, estableció en su último párrafo que estas empresas deberán contar con recursos económicos suficientes para garantizar las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.

Por otro lado, se incorporó el artículo 4B, donde se contempló la desnaturalización de la tercerización, estableciendo que ante el incumplimiento de las disposiciones del artículo 4 del mismo Reglamento, o en caso que se dé una mera provisión de personal, se debería entender que los trabajadores desplazados tenían un contrato de trabajo con la empresa principal.

También se incorporó el artículo 4C, con el que se buscó garantizar los derechos laborales a través de la política de igualdad salarial entre los trabajadores a plazo indeterminado y sujetos a modalidad que se encuentren con tratados por la empresa de tercerización, el respeto de la libertad sindical, la protección frente al despido arbitrario, entre otros aspectos.

Esta regulación de la tercerización de servicios tuvo algunas críticas. (Puntriano, 2015) afirma que el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 27626 “contiene una cuestionada legalidad, entendemos, porque se filtra la regulación de la tercerización a través del reglamento de una Ley que nunca tuvo por objeto regular dicha forma de subcontratación” (p. 14).

Justamente, esa fue la razón por la que se cuestionó la validez del citado artículo 4 (en su versión original) a través de un proceso de acción popular, el que, sin embargo, culminó con la emisión de la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Acción Popular N° 1949 2004-Lima, que, revocando la apelada, declaró infundada la demanda, señalando que dicha disposición del Reglamento no contravenía la Ley N° 27626 y, por tanto, no estaba revestida de ilegalidad, sino que más bien era compatible con ella porque buscaba excluir a la tercerización del ámbito de la inter mediación laboral.

Asimismo, (Blancas, 2015) criticó el contenido del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, precisando que “además de convalidar la tercerización con desplazamiento de personal, resulta preocupante en esta disposición el hecho de que en esta modalidad de tercerización no se distingue entre la actividad principal de la empresa usuaria y sus demás actividades (no principales)” (p. 194), lo que significa que se puede utilizar esta figura (tercerización con desplazamiento de personal) para realizar labores que corresponden a la actividad principal de la usuaria, desvirtuando el verdadero concepto del outsourcing o 'tercerización' y utilizándolo como mecanismo para que la empresa usuaria diluya o evada sus obligaciones laborales con trabajadores que, real y efectivamente, laboran a su servicio, dentro de sus instalaciones y ámbito organizativo.

Actualmente, es la Ley N° 29245 la que regula los servicios de tercerización, en donde se definió a esta forma de externalización de servicios 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" (artículo 2).

En la misma línea, el artículo 1 del Reglamento define a la tercerización como "una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadas, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma".

Dicha norma fue regulada a través del Decreto Legislativo N° 1038 y, finalmente, ambas reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR

Si bien es cierto que no se ha presentado una derogación expresa de los artículos 4 al 4C del Reglamento de la Ley N° 27626, debemos entender que se produjo una derogación tácita de aquellos aspectos que puedan contravenir el contenido de la Ley N° 29245 y sus normas complementarias, primero, por un asunto de jerarquía normativa y, luego, por un tema de especialidad.

Evidentemente, por la forma en la que se ha definido la tercerización en la distinta normatividad aplicable, el legislador ha prestado una especial atención a la autonomía empresarial como un parámetro objetivo que permite diferenciar entre una tercerización válida y aquella que no lo es.

El vínculo entre la empresa principal y la empresa de servicios nace a partir de un contrato de servicios, propio del Derecho Civil. Su formulación es producto de los tratados comerciales entre una y otra empresa, por lo tanto, at naturaleza, entonces, es predominantemente civil. Sin embargo, es evidente que este trato entre empresas puede generar efectos nocivos a los trabajadores, siendo este el motivo de que se haya regulado diversos aspectos de esta modalidad contractual a través de normas laborales.

Como nos dice (Ugaz, 2015) "a razón por la cual se regula mediante normas laborales especiales un mecanismo de vinculación empresarial que responde a la lógica del derecho civil radica en los efectos perjudiciales que la tercerización puede generar en los trabajadores" (p. 195).

2.2.1.2. Sujetos intervinientes

“La tercerización de servicios parte con la suscripción de un contrato por obra o servicio suscrito entre dos empresas, una de ellas denominada empresa principal, y la otra, empresa tercerizadora" (Fuentes, 2020, p. 46).

Del artículo I del Reglamento, la empresa principal es aquella que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora. Por su lado, como resulta lógico, la empresa tercerizadora será aquella que lleve a cabo el servicio u obra que fue contratado por la empresa principal, alcanzando dicho término tanto a las empresas contratistas como a las subcontratistas.

2.2.1.3. Tercerización interna y externa

“La Ley N° 29245 y sus normas complementarias han diferenciado entre la tercerización interna y externa. La primera es aquella que se efectúa con desplazamiento continuo de personal al centro de trabajo o centro de operaciones de la empresa principal, mientras que la segunda, en sentido contrario, es aquella donde no se realiza desplazamiento de personal o cuyo desplazamiento es eventual o esporádico Esta última forma de tercerización ocurre, por ejemplo, cuando una empresa le encarga a otra la producción de determinado bien” (Fuentes, 2020, p. 64), que, posteriormente, la empresa contratante usará para la formación de un bien mayor; la producción de este bien menor es ejecutada en las instalaciones de la empresa locadora.

De acuerdo al Reglamento de la referida norma, el centro de trabajo es el lugar o lugares donde la empresa principal cuenta con sus instalaciones, mientras que el centro de operaciones es el lugar o lugares destinado por la empresa principal para desarrollar las actividades externalizadas, fuera de su centro de trabajo. Lo que diferencia a los tipos de tercerización es que en la tercerización interna el lugar de operaciones de las actividades será designado por la empresa principal, mientras que, en el proceso de

tercerización externa, quien designará el lugar de operaciones es la empresa tercerizadora.

El artículo 6 de la Ley fija los criterios para determinar que se cumple con el desplazamiento continuo de personal en una tercerización interna, los que son:

- a) “Que el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora ocurra, cuanto menos, durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización”.
- b) “Que la prestación del servicio contratado supere las 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre”.

El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038 ha precisado que las disposiciones que son comunes a ambos tipos de tercerización están referidas a su definición, características y formas de tercerización (artículos 1 al 3 de la Ley); mientras que las obligaciones y derechos regulados normativamente (artículos 4 al 9 de la Ley) solo son aplicables a la tercerización que se produce con desplazamiento continuo de personal.

El Derecho del Trabajo ha regulado la tercerización interna bajo el entendido de que podría generarse un uso abusivo y fraudulento de esta forma de contratación, sin embargo, traslada la regulación de muchos aspectos de la tercerización externa a la voluntad de las partes, las reglas del Código Civil y aquellas disposiciones sectoriales que regulen la materia, lo que podría generar que esta forma de externalización de servicios aplique a costa de los derechos de los trabajadores, tanto de la principal como de la usuaria

Imaginemos un caso en donde se opta por la tercerización externa de una actividad que era desarrollada por la empresa. ¿Qué ocurre con los trabajadores que estaban trabajando para la empresa principal desarrollando esas actividades? ¿Pueden ser despedidos o trasladados a la empresa tercerizadora? ¿Y si habían constituido un

sindicato, sería válida la externalización de esa actividad? ¿Los trabajadores de la empresa tercerizadora tendrán derecho a percibir una remuneración, cuanto menos, igual a la que percibían los trabajadores en la empresa usuaria? Si incluso la tercerización interna no tiene reglas claras para responder a esas preguntas, mucho menos la tercerización externa, ampliando el margen de desprotección de los trabajadores involucrados.

2.2.1.4. Actividades que pueden desarrollarse a través de la tercerización

La experiencia sudamericana nos ha mostrado que la regulación de la tercerización laboral no ha sido uniforme, pasando por modelos que contienen una permisibilidad excesiva, como aquellos que, en un sentido contrario, limitan significativamente la libertad de empresa.

En un primer nivel, que denominaremos sistema restringido, encontramos a Ecuador. En ese país, por el mandato constituyente número 8 y el artículo 327 de su Constitución, la tercerización de "actividades propias y habituales de la empresa" se encuentra prohibida por considerarse que tiene efectos patológicos sobre los derechos laborales, no obstante, si está permitida para actividades complementarias, servicios técnicos especializados que sean ajenos a las actividades propias y habituales de la empresa, y la contratación de empresas de servicios técnicos especializados por empresas del sector estratégico público.

En un segundo nivel, que podemos denominar como sistema intermedio, podemos ubicar a Venezuela, en donde solo se permite la tercerización para realizar "actividades que puedan ser consideradas, bien 'inherentes' al proceso productivo de quien las encarga (constituyen 'de manera permanente una fase indispensable del mismo), o bien conexas' al mismo (están 'íntimamente vinculadas o 'su ejecución o prestación se produzca como una consecuencia de él).

De ahí que, si bien se permiten actividades que podrían ser consideradas como parte de las actividades principales de una empresa, se excluyen aquellas que son propias a su *core business* o denominadas también actividades nucleares, es decir, aquellas que forman parte del giro principal del negocio.

Finalmente, ubicamos en un tercer nivel al sistema flexible que mantiene Uruguay, en donde la Ley 18.251 permite la tercerización en todo tipo de actividades, sean estas principales, accesorias o conexas.

Como ya hemos comentado precedentemente, en nuestro país hay dos normas que regulan la subcontratación laboral. Una es la Ley N° 27626, que, bajo las formas de intermediación, permite su aplicación en servicios complementarios y especializados. La otra es la Ley N° 29245, que regula lo que en nuestro país ha sido calificado como tercerización stricto sensu, mediante la cual se permite la subcontratación de servicios distintos a los regulados en la Ley N° 27626.

Para poder identificar las actividades que pueden ser tercerizadas a partir de la regulación de la Ley N° 29245 es preciso identificar en cuál de los tres niveles o sistemas de descentralización es que nos ha ubicado el legislador.

De acuerdo a la definición del artículo 2 de la Ley N° 29245, la tercerización es una modalidad de contratación por la cual la empresa tercerizadora desarrollará una actividad especializada u obra. Del mismo modo, el artículo 3 de la citada norma enumera diversas formas de contratación que serán consideradas como tercerización de servicios, pero sin que ello sea un listado *numerus clausus*. Entre estas actividades se encuentran:

- Los contratos de gerencia conforme a 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.

Por su parte, cuando el artículo 1 del Reglamento de la Ley N° 29245 define a la tercerización, establece que esta se produce a través del encargo o delegación de una o más partes de su actividad principal" a una o más empresas tercerizadoras. Seguidamente, se precisa que estas empresas se encargarán de proveer obras o servicios vinculados o integrados a la "actividad principal" de la empresa principal. La misma tónica se sigue cuando se define a la empresa principal como aquella que delega una o más partes de su "actividad principal" a una empresa tercerizadora y, finalmente, el artículo 2 ratifica que la tercerización se efectúa a partir de la subcontratación de las actividades principales.

Se debe aclarar que el Reglamento de la Ley N° 29245 efectúa una remisión al Reglamento de la Ley N° 27626 para definir a la actividad principal, debiendo entenderse a la misma como "aquella que es consustancial al giro del negocio, que incluye a "las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios, exploración, 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".

Ahora bien, como se observa, ha sido el Reglamento el que expresamente ha considerado que la tercerización se puede practicar para desarrollar actividades principales, sin embargo, la Ley N° 29245 no ha sido expresa en ese sentido, pues limita su ámbito de aplicación a las actividades especializadas, entendidas como servicios (definición del artículo 1 del Reglamento) u obras. De ahí que un primer vistazo podría llevarnos a afirmar que el Reglamento ha regulado un supuesto no contenido en la Ley.

No obstante, de los cuatro (4) modelos contractuales establecidos en el artículo 3 de la Ley N° 29245, si está claro que en tres (3) de ellos se permite el desarrollo de actividades principales, aunque con ciertas particularidades.

El contrato de gerencia ha sido regulado en el artículo 193 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, como aquel en donde se designa a una persona jurídica como gerente. Claro está que la persona jurídica contratada debe designar a una persona que lo represente, pero finalmente la vinculación contractual se genera entre dos (2) personas jurídicas. Lógicamente, por las potestades que posee el gerente, es obvio que la tercerización a través de esta forma contractual está vinculada con una actividad de naturaleza principal.

Otro tipo de contrato en donde se permite el desarrollo de actividades principales es el contrato de obra. Aunque suene redundante, esta modalidad contractual se aplica para la realización de una obra que tiene espacio en un determinado tiempo, por tanto, si bien este tipo de tercerización admite la realización de actividades de naturaleza principal, las mismas tendrían que ser temporales. La permisibilidad de esta forma de tercerización nos introduce al análisis de la temporalidad del servicio y no en su naturaleza.

Finalmente, se ha considerado como una forma de tercerización a los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo. Evidentemente, si estamos hablando de una parte del proceso productivo, nos estamos refiriendo a actividades vinculadas con el giro principal del negocio y cuya ausencia generaría un notorio detrimento en el cumplimiento de las metas empresariales o el mero funcionamiento de sus actividades.

Por lo tanto, también nos encontramos ante una tercerización que permite el desarrollo de actividades principales, pero, además, algo importante es que, a diferencia

de lo que ocurre con la modalidad de tercerización vista anteriormente, en este caso no se ha condicionado su validez a temporalidad alguna, de modo que pueden generarse múltiples renovaciones al con trato de servicios entre las empresas intervinientes, prolongándose sin limitación en el tiempo.

Con el cuarto modelo contractual referido a los procesos de tercerización externa, las reglas de juego no parecen estar tan claras. En esta forma de tercerización no hay un desplazamiento continuo de personal al centro de trabajo. de la empresa principal, lo que sí podría haber en las modalidades antes referidas, de forma que se encuentra fuera del ámbito de la Ley N° 29245, en lo referente a derechos y obligaciones, según prescribe el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038 y el artículo 2 de su Reglamento.

La naturaleza y la temporalidad de las labores a desarrollar por esta última forma de tercerización no han sido determinadas en cuerpo normativo alguno, dejando a la libertad de las partes la forma de su regulación. De ahí que consideramos que si se permitiría desarrollar actividades principales a través de tercerización externa, pues si ello ocurre en los procesos de tercerización interna, no habría razón objetiva alguna para establecer una regulación diferenciada, más aún cuando la independencia empresarial que se exige para la celebración de toda tercerización sería mucho más marcada cuando la misma es externa.

Al final, el listado enunciativo del artículo 3 de la Ley N° 29245 permitiría que en los cuatro (4) tipos de tercerización tomados como ejemplo se desarrollen actividades principales, de forma que no se presentaría incompatibilidad alguna entre el Reglamento y la Ley.

Cabe precisar que la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República se alineó con esta interpretación al considerar en la Casación N° 1399-2010-Lima que la Ley N° 29245 no con tiene restricción alguna para la tercerización de

actividades principales o neurálgicas de la empresa. Así también Jorge Toyama precisa que "nuestro ordenamiento legal establece que los servicios objeto de tercerización deben ser principales (actividades esenciales de la empresa y todas aquellas que, de manera inmediata o mediata, terminan por afectar las actividades de la empresa)"

No obstante, parte de la doctrina y posterior jurisprudencia han criticado regularmente este aspecto, llegando a concluir que la tercerización no se puede ejercer sobre actividades que forman parte del *core bussiness* de la empresa principal, es decir, a su "actividad nuclear".

En ese sentido, (Toledo, 2017), resaltando una antinomia entre la Ley N° 29245 y su Reglamento, afirma que "en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado, una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *core business*, que constituye la razón de ser de la empresa (...)" (p. 86).

En la misma línea, en la sentencia de vista del 20 de julio de 2015, emitida en el Expediente N° 31126-2012-0-1801-JR-LA-05, la Cuarta Sala Laboral de Lima (en ese momento con los votos de los magistrados superiores Carlos Casas, Serpa Vergara y Huerta Rodríguez) precisó lo siguiente:

"Quinto: Es preciso señalar que la tercerización, conocida en doctrina como el outsourcing, es definida como el proceso de externalización de servicios, caracterizado por la desvinculación del empleador de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero. Esta desvinculación no es solamente de mano de obra, sino se consolida en la de un servicio integral. Así mismo, es importante mencionar que la tercerización es un concepto jurídico de base económica, puesto que la empresa principal, al realizar una actividad que

está fuera de su *core business* (actividad neurálgica que realiza una empresa), usualmente incurre en mayores costos, ya sea de tiempo, materia prima o recursos humanos, por lo tanto, esta decide escindir una actividad específica de su proceso trasladándola a otra empresa especializada en la materia, con la finalidad de reducir sus costos y centrarse en sus operaciones principales" (Fundamento Jurídico Nro. 14).

En tal contexto, la Cuarta Sala Laboral de Lima entiende que la tercerización, como producto jurídico-económico, se ejerce con el objetivo del aligeramiento de los costos que le genera dedicarse a actividades distintas a las de su *core business*, siendo eso lo que habilita la externalización de estas actividades, digámoslo así, periféricas.

Parece un poco confusa la división entre las actividades que pertenecen al *core business* y aquellas principales. Es decir, aparentemente, las primeras se tratarían de algo mucho más esencial que las actividades principales. Es que claro, si revisamos la definición normativa de actividades principales que contiene el Reglamento de la Ley N° 27626, observamos que en su concepto no solo se incluye a las actividades propias del giro principal del negocio (que serían las actividades estrictamente principales), sino a aquellas que le sirven de apoyo para su consumación pero que, a pesar de ser actividades periféricas, son tan esencialísimas que su ausencia hace imposible el cumplimiento del objetivo empresarial. De manera que podríamos entender que dentro de lo que nuestras distintas normativas (léase Leyes N° 27626 y 29245) llaman actividades principales, se encuentran aquellas que: (i) se encargan del desarrollo del *core business* o giro principal del negocio y (ii) le sirven de apoyo para la realización del *core business*.

(Toyama, 2017) entiende que la tercerización solo procede ante actividades complementarias, de forma que se entendería como *core business* a todo tipo de actividades principales: "para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder

solamente respecto de actividades que califican como complementaria. Así, por ejemplo, el profesor Toledo indica que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *core business*, esto es, su actividad nuclear" (p. 34).

Lo cierto es que la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral N° 5659-2016-Lima, del 31 de octubre de 2017, en un primer momento, restringió la tercerización en actividades principales.

En su quinto considerando definió a la tercerización u outsourcing como "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", complementando en su séptimo considerando que una característica de la tercerización es el "tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa".

Ello es relevante porque la Corte Suprema, a partir de que entiende al *core business* como toda actividad principal, excluye la celebración de la tercerización para estas actividades, entendiéndose que solo sería permitida para actividades complementarias.

Aún más expresa fue la misma Sala en el octavo considerando de la Casación Laboral N° 10691-2017-Lima, donde señaló que una característica esencial de la tercerización es que la empresa tercerizadora tenga funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, "siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal).

Curiosamente, poco tiempo después se emitió la Casación Laboral N° 20724-2016-Lambayeque, del 21 de marzo de 2018, en donde la misma Segunda Sala Constitucional

y Social Transitoria de la Corte Suprema tomó una postura contraria a los casos mencionados precedentemente, afirmando que la tercerización permite la prestación de servicios en actividades nucleares o propias del *core business*, con lo cual parece que, a nivel de los órganos jurisdiccionales, no está claro el ámbito en el que se debe ejecutar la tercerización.

En su noveno considerando la Sala expresó:

"Noveno: A partir de lo anotado, puede concluirse que la tercerización constituye la descentralización de la producción y de la prestación de servicios, a través de la 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" (Sentencia Nro. 1944-2017).

Se ve que, tanto a nivel de la doctrina como de la jurisprudencia, hay una vigente discusión respecto a qué tipo de actividades se pueden tercerizar en el marco de la Ley N° 29245.

Para pretender superar este problema, vamos a introducirnos al análisis de dos circunstancias. Primero, vamos a determinar si en el marco de la Ley N° 29245 se pueden tercerizar actividades complementarias y principales; y luego, a partir de dicho análisis, verificaremos cuáles son las actividades principales que podrían ser tercerizadas, si son todas o solo una parte de ellas.

Como hemos comentado, cierta doctrina y jurisprudencia han señalado que la tercerización no es posible sobre ningún tipo de actividad principal, con lo cual solo se permitiría la tercerización en actividades complementarias.

Ello no parece ser algo coherente desde la redacción de la norma. Es cierto que nuestra legislación ha entendido del mismo modo, como actividades principales, a las

que corresponden al *core business* y a las actividades periféricas que le sirven de apoyo inescindible y, lógicamente, el que se permita la tercerización en actividades propias del *core business* no armoniza con la finalidad de una externalización de servicios o descentralización productiva, dado que no atiende el aligeramiento de actividades periféricas, sino más bien la sustitución de las labores empresariales que son propias de la empresa principal y que validan su existencia (reemplazo del ejercicio de la actividad nuclear).

Pero también es cierto que proscribir la tercerización de las actividades periféricas vinculadas con la actividad principal igualmente va en contra de la misma naturaleza de descentralización productiva, pues solo se permitiría la subcontratación de labores complementarias, lo que evidentemente es una restricción a la libertad de empresa y la finalidad de aligeramiento que tienen esta clase de medidas.

Si el panorama es así, el crear una norma de tercerización por la Ley N° 29245-no tendría objeto, pues terminaría siendo una redundancia legislativa al ya estar regulada la subcontratación de labores complementarias a través de la Ley N° 27626) Por eso, la interpretación más favorable en torno a la finalidad de cada una de las normas - Leyes N° 27626 y 29245-sería entender que esta última si permite la realización de lo que en nuestro sistema jurídico se han denominado actividades principales.

Afirmar que la tercerización solo es válida para las actividades complementarias generaría una imposibilidad de aplicar simultáneamente las Leyes Nro. 27626 y 29245, porque ambas estarían regulando la subcontratación de servicios complementarios y especializados. Creemos que ello no es así, porque los supuestos regulados en ambas normas son distintos y, más que contradictorios, son complementarios, regulando distintas formas de subcontratación.

En el fundamento 3 de la sentencia emitida en el Expediente N° 005-2003 AI/TC, el TC precisó que la normatividad de nuestro sistema jurídico "está sujeta al criterio de coherencia, pues la normatividad sistémica es una totalidad armónicamente ordenada, en la que las normas que la conforman guardan una relación de compatibilidad entre sí, lo que excluye cualquier posibilidad de contradicción permanente".

Contraria a esta presunción, el concepto de antinomia explica "la existencia de situaciones en las que dos o más normas que tienen similar objeto prescriben soluciones incompatibles entre sí, de modo tal que el cumplimiento o aplicación de una de ellas acarrearía la violación de la otra, ya que la aplicación simultánea de ambas resulta imposible por estar abrogadas en virtud del síndrome de incompatibilidad" (Fuentes, 2020, p. 16).

El TC es claro al señalar que este "síndrome de incompatibilidad" supone la imposibilidad de aplicar simultáneamente dos o más normas con similar objeto, contrario sensu, implica que si dichas normas contemplan supuestos normativos complementarios, ellas no se encuentran investidas de tal sintomatología, pues la relación no se presenta como una antonimia, sino, muy por el contrario, como una relación de compatibilidad que permite la aplicación de los supuestos íntegramente conjuntivos, a tal grado que la lectura para su aplicación debe significar la unificación de las regulaciones.

Esta complementariedad es lógica en nuestro sistema jurídico, pues, por la coherencia normativa, es posible una regulación conjunta a través de normas hetero compositivas.

Por esa razón, no creemos que con la Ley N° 29245 el legislador haya pensado regular la tercerización de servicios complementarios, porque ello ya había sido objeto de regulación con la Ley N° 27626, de forma que, como lo expresamos antes, el fin de la

primera de las normas citadas es el de permitir la subcontratación de actividades principales.

Ahora, la pregunta que es necesaria responder para resolver el segundo problema planteado es: ¿qué clases de actividades principales son las que pueden ser tercerizadas?

Comentamos que en nuestro sistema jurídico se ha reconocido dos clases de actividades como principales, aquellas que corresponden al *core business* y aquellas que, sin serlo, le sirven de apoyo.

Es innegable que la tercerización, por sí misma, produce efectos nocivos en los derechos de los trabajadores. No solo la doctrina llega a esa conclusión, sino que, además, el propio TC ha precisado que incluso la tercerización legalmente celebrada, fuera de todo contexto de fraude, genera una afectación a diversos derechos fundamentales, pero asume que dicha intervención es constitucionalmente admitida

Hay que comprender que la finalidad de la tercerización es aligerar las cargas funcionales del empleador para que pueda asumir, con una mayor atención, la ejecución de su actividad nuclear. Por ende, utilizar la tercerización para comprender, dentro de su campo de acción, a las actividades propias del *core business* implicaría desatender el fin de la tercerización, lo que sería validar su uso como un mero mecanismo de ahorro sustentado en la reducción de costos, no solo funcionales, sino económicos, a expensas de los derechos de los trabajadores. Ya no estaríamos frente a un aligeramiento de actividades válido, sustentado en la necesidad de que el empresario atienda sus actividades nucleares, sino que más bien significaría trasladar estas actividades, aunque sean la esencia misma de la actividad empresarial.

Ello implicaría que la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores no sea válida, pues para que se presente una intervención válida es necesario que se atienda una finalidad legítima (principio de idoneidad) y, como vemos, al admitir

el traslado del *core business* no estamos atendiendo la finalidad de la tercerización, sino más bien tergiversándola.

En tal sentido, consideramos que la tercerización en nuestro país se debe ubicar en el segundo nivel o sistema intermedio, y es que debería entenderse que solo es permitida para actividades que le sirven de apoyo a la realización de la actividad principal stricto sensu, mas no así con *el core business* (actividades que son el giro principal del negocio).

Esta interpretación es la más óptima, dado que el Derecho del Trabajo necesita expresarse en términos de progresividad, eso implica que, frente a los cambios producto de sucesos externos o la evolución social, la orientación debe ser la de tutelar efectiva y eficazmente a la gama de derechos laborales, lo que evidentemente no ocurriría con la tercerización del *core business*.

Es evidente que en esos casos se permitiría que una determinada empresa ejecute el total del trabajo de la empresa principal, y aun así esta última sea la que perciba todos los beneficios, sin que los trabajadores que realizaron la labor sean favorecidos, por ejemplo, con el reparto de utilidades, a pesar de que existe una prescripción constitucional que establece la participación de los trabajadores en la empresa. Igualmente, es innegable los efectos nocivos en relación a la libertad sindical o la igualdad en las remuneraciones, entonces, el reconocimiento amplio de esta modalidad contractual implicaría mostrar que en la realidad se puede generar una serie de nuevas formas de prestación de servicios que terminen siendo peyorativas para los intereses de los trabajadores y, por tanto, no se haga homenaje a la progresividad de tutela. Un punto medio serio optar por la interpretación antes mencionada, esto es, que la tercerización solo sería permitida en actividades vinculadas con la actividad principal, pero que no constituyan el *core business* del negocio.

Evidentemente, ello implica que deba efectuarse un análisis caso por caso y completamente minucioso. Por ejemplo, en una empresa que se dedica a la producción y comercialización de determinado bien, bien podría tercerizarse la fabricación de un bien menor que luego pueda ser parte del bien mayor. O incluso tercerizarse la actividad de reparación de los bienes que ofrecen al público.

2.2.1.5. Requisitos y características de la tercerización

El legislador ha considerado como una exigencia esencialísima para la validez de la tercerización que subsista una autonomía empresarial realmente marcada entre la empresa principal y la empresa tercerizadora. Si no se garantiza esa independencia entre los sujetos intervinientes, la tercerización no será válida.

A partir de ahí, el artículo 2 de la Ley N° 29245 ha diferenciado entre requisitos y características de la tercerización. Entendemos por requisitos a aquellas exigencias normativas sin cuya concurrencia no es posible la tercerización. Por su lado, las características son elementos coadyuvantes que permiten establecer la autonomía empresarial entre las empresas intervinientes (artículo 4 del Reglamento), por tanto, permiten diferenciar entre una tercerización válida y aquella que no lo es. No obstante, en determinadas circunstancias, la ausencia de alguna de las características no siempre contribuye a la invalidez de la tercerización.

Los requisitos exigidos por la ley han sido definidos como obligaciones que debe cumplir la empresa de tercerización con la intención firme la independencia entre los sujetos intervinientes y garantizar así un alto que se con nivel de autonomía empresarial para evitar un uso indiscriminado y fraudulento de la tercerización, que no haga más que afectar los intereses de los trabajadores.

Como precisa el artículo 3 del Reglamento, los cuatro (4) requisitos antes señalados son copulativos, de manera que la inexistencia de cualquiera de ellos desnaturaliza la tercerización.

Una mención especial es el segundo requisito. Como se verá, no es exigible que la empresa tercerizadora cuente con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales. Basta que concurra alguno de ellos para que se considere como cumplido el requisito. Bien la empresa tercerizada puede contar con recursos financieros, pero no así recursos técnicos ni materiales y, pese a ello, considerarse como cumplido el requisito.

Ello implica, por ejemplo, que se cumpla con el requisito cuando la empresa de tercerización cuente con sus recursos financieros pero los materiales emplean dos para cumplir con el servicio son alquilados o cedidos por otra empresa.

De otra parte, la ley ha enumerado algunos elementos que se encuentran más orientados a determinar las características con las que debe cumplir la empresa de tercerización, siendo estas las que siguen:

- Pluralidad de clientes.
- Cuento con equipamiento.
- La inversión de capital.

Mientras tanto, la retribución de la obra o servicio también constituye una característica de la tercerización, que lógicamente debe ser cumplida por la empresa principal.

Del mismo modo, el artículo 2 de la Ley N° 29245 enfatiza que en "ningún caso se admite la sola provisión de personal", con lo cual la mera cesión de mano de obra no constituye un supuesto de tercerización.

Cabe precisar que los requisitos y características de la tercerización ya habían sido enumerados en el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 27626, donde se identificó a la

tercerización como una actividad distinta a la intermediación, de lo que se advierte que la intención del legislador siempre fue el de establecer parámetros que permitan identificar la autonomía empresarial para la validez de esta actividad comercial.

A tenor de lo expuesto en el artículo 4 del Reglamento, los distintos elementos característicos de la tercerización deben ser evaluados en cada caso concreto para determinar la autonomía empresarial entre las empresas intervinientes, analizando las particularidades de la relación jurídica, claro está, porque de ahí se podrá verificar su exigencia.

Ahora bien, el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1038 estableció el plazo de un año para que las empresas tercerizadoras cumplan con el requisito de la pluralidad de clientes, plazo que venció el 25 de julio de 2009. Lo mismo ocurre con las empresas recién constituidas, quienes cuentan con el plazo de un año desde su constitución para cumplir con este requisito.

Sin embargo, el mismo artículo establece que la pluralidad de clientes puede no ser considerada como un rasgo distintivo de la tercerización, siempre que medien razones objetivas y demostrables. De ahí que el artículo 4 del Reglamento haya establecido que esta característica no será un indicio a valorar cuando

- “El servicio objeto de tercerización solo 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”.
- “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”.
- “La empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa”.

Al respecto, los gremios sindicales cuestionaron la legalidad de esta parte del artículo 4 del Reglamento, al considerar que se encontraba contraviniendo el artículo 2 de la Ley N° 29245, en donde si se consideró a la pluralidad de clientes como un requisito de la tercerización, además de que se estaría inter viniendo en la independencia del juez por obligar a no tomar como indicio las circunstancias previamente enumeradas. Esta disyuntiva se resolvió con la Sentencia Popular N° 1607-2012-Lima, en donde la Sala Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema consideró que dicha regulación del reglamento no estaba revestida de ilegalidad por haber sido habilitada a partir del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1038.

En cuanto al segundo requisito, referido al equipamiento propio con el que debe contar la empresa tercerizadora, se ha precisado en el Reglamento que el mismo se presenta cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

Así las cosas, la empresa tercerizadora podría alquilar los distintos equipos que utilizará en el desarrollo de su actividad y eso importaría que se constituya este elemento, siempre que se encuentre en su ámbito de administración. Lo mismo puede ocurrir en el caso del uso de locales que no son de su propiedad.

Precisamente, la permisibilidad de que se considere concurrente el equipamiento propio cuando las herramientas o equipos están en administración de la empresa tercerizadora, sin necesidad de que estos sean de su propiedad, armoniza con el segundo requisito enumerado en el artículo 4 de la Ley N° 29245, referido a contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. Por el contrario, exigir que el equipamiento utilizado por las empresas tercerizadoras sean de su propiedad significaría establecer una obligación que no ha sido reconocida dentro de la enumeración del artículo 4 de la Ley

N° 29245, desconociendo el carácter optativo entre recursos financieros, técnicos o materiales que establece esta disposición.

Como hemos comentado, la tercerización exige la autonomía empresarial para su procedencia, razón por la cual se han desarrollado una serie de elementos que permiten identificar dicho nivel de autonomía. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que la tercerización puede materializarse en casos de vinculación económica, con lo cual distintas empresas vinculadas que pertenecen a un grupo económico podrían constituir este tipo de relación.

Así, la Cuarta Sala Laboral de Lima expuso en la sentencia de vista emitida en el Expediente N° 31126-2012-0-1801-JR-LA-05 lo siguiente:

"Décimo segundo: En el caso de autos, el a quo establece como causal de desnaturalización de la tercerización el hecho [de] que exista una vinculación económica entre la empresa principal Minsur S.A. y la tercerizadora Funsur S.A., por cuanto sostiene estas no deben estar vinculadas regula la tercerización de servicios. bajo ningún escenario. Sin embargo, la norma que la tercerización de servicio no establece como requisito que la empresa que realiza los servicios tercerizados deba encontrarse desvinculada económicamente de la usuaria de los servicios ni que ambas empresas tengan accionistas comunes. En este entender, en el artículo 4 del Reglamento, que establece disposiciones de aplicación a la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajo, se establece qué figuras no constituyen intermediación laboral, identificando, entre otros, a los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de la empresa y los servicios prestados por empresas contratistas y

subcontratistas, siempre que asuman las tareas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y cuyos trabajadores se encuentren bajo su exclusiva subordinación (léase tercerización de servicios). La norma no prevé que la empresa contratista y la principal no pueden estar vinculadas económicamente" (Fundamento jurídico Nro. 14).

No obstante, algo que no tomó en consideración la Sala Superior es que el artículo 2 de la Ley N° 29245, como el artículo 4 de su Reglamento, ha enumerado características que no constituyen un *numerus clausus* para determinar la autonomía empresarial, de forma que es permitido recurrir a cualquier otro elemento que pueda coadyuvar a su identificación.

En ese sentido, no es imperativo recurrir a la contradicción de los elementos característicos expresamente enumerados en la Ley y su Reglamento para determinar que no existe autonomía empresarial, sino que podríamos recurrir a cualquier otro elemento que nos permita determinar su ausencia, por ende, la vinculación económica, aparejada a otras circunstancias, podría constituir un indicio fuerte de la ausencia de dicha autonomía empresarial, en el caso de los grupos de empresa por coordinación.

El problema es que en la sentencia en comento se ha cerrado el círculo al afirmar que: "La norma [haciendo referencia al artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 27626] no prevé que la empresa contratista y la principal no pueden estar vinculadas económicamente", sin tener en cuenta que esa afirmación no puede ni debe ser concluyente, porque bien la vinculación económica puede ser indicio de la ausencia de la autonomía empresarial, a lo que es posible recurrir si entendemos que los elementos característicos de la tercerización no constituyen un listado cerrado.

Otro indicio que podría ser considerado para verificar la independencia empresarial requerida se vincula con la autonomía comercial. El profesor (Arce, 2014) nos explica este aspecto al establecer que, en la relación de tercerización, "la empresa principal (A) será la que tenga relación con los clientes finales. mientras la empresa contratista (B) actuará como auxiliar de A y sin tener relación directa con la clientela. Esta última característica es importante, ya que la imagen comercial pesa sobre la primera y muy poco sobre la segunda" (p. 29).

Reiterando lo anterior, el listado de elementos características que permiten identificar la autonomía empresarial entre la empresa principal y la tercerizadora no constituye un *numerus clausus*, y así como la vinculación económica o la ausencia de autonomía en la imagen comercial pueden ser consideradas como elementos que nos permitan diferenciar entre una tercerización válida y una fraudulenta, podríamos recurrir a otros elementos para cumplir con tal fin.

2.2.1.6. Principales obligaciones formales en la tercerización interna

a) Inscripción en el registro de las empresas tercerizadoras:

Además de lo anterior, la Ley N° 29245 ha establecido requisitos que exclusivamente debe cumplir la empresa que presta servicios de tercerización interna.

Para poder celebrar esta clase de tercerización es preciso que las empresas tercerizadoras se encuentren debidamente inscritas, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el "Registro de las empresas tercerizadoras" que administran. De acuerdo al artículo 8 de la Ley N° 29245, ello constituye una condición para iniciar y desarrollar las actividades de tercerización, de modo que la operatividad de esta empresa se encuentra condicionada a la vigencia de su registro.

Esta inscripción se debe efectuar en un plazo de treinta (30) días hábiles desde la constitución de la empresa de tercerización, debiendo realizarse ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde se desarrollarán las actividades.

El artículo 9 del Reglamento establece que se consideran inscritas las empresas tercerizadoras que durante el periodo declarado cumplen con registrar en su planilla electrónica, el desplazamiento de su personal a empresas principales, con independencia de su fecha de constitución.

Por otra parte, este registro queda cancelado cuando se verifica que la tercerización no cumple con los requisitos para ser considerada como tal y, por tanto, implica la sola provisión de personal (artículo 5 de la Ley N° 29245), o cuando concurren algunas de las situaciones descritas en el artículo 5 del Reglamento, donde se precisan algunas otras causas de desnaturalización de la tercerización laboral.

La cancelación del registro puede ser declarada en el procedimiento administrativo sancionador que se inicia con ocasión de una inspección de trabajo, sin perjuicio de reconocerse la relación laboral de los trabajadores desplazados con las empresas principales.

Una vez que es notificada la cancelación del registro, la empresa de tercerización se encontrará impedida de desplazar trabajadores; igualmente, cuando se publica dicha cancelación en la página web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la empresa principal deberá concluir el contrato con la empresa de tercerización, gozando de treinta (30) días calendarios, para efectuar las adecuaciones correspondientes, especialmente en lo referente al reconocimiento de las relaciones laborales con el personal desplazado.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro ha sido cancelado.

b) Contenido del contrato de tercerización y obligación de comunicación a los trabajadores, representantes y organizaciones sindicales:

Una primera obligación que emerge de las distintas normas de la materia se vincula con el contenido del contrato de obra o servicio por el cual se materializa la tercerización.

En principio, el artículo 4 de la Ley N° 29245 establece que cuando las empresas de tercerización realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados, debiendo mantener la subordinación sobre ellos, aspectos que deben constar por escrito en el contrato celebrado entre la empresa tercerizadora y la principal.

- Igualmente, dicho contrato debe contener lo siguiente: La actividad empresarial a ejecutar.
- Las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal en que se ejecuta la tercerización.

Ello es replicado en el artículo 8 de su Reglamento, donde además se contrae otra obligación referida a la comunicación que deba efectuar la empresa tercerizadora a los trabajadores desplazados sobre dicha información, la que puede realizar a través del contenido de los contratos de trabajo o a través de otro medio de comunicación escrito.

Sobre esto último, el legislador ha buscado garantizar que los trabajadores que sean desplazados a la empresa principal tengan un adecuado conocimiento de las condiciones que le resultan aplicables por la prestación de servicios que ejercen.

2.2.2. Remuneración y condiciones de trabajo

El artículo 7 de la Ley N° 29245 establece una serie de garantías para el goce de los derechos laborales de sus trabajadores. Para efectos del presente apartado, resaltamos las siguientes:

Los trabajadores con contrato de trabajo sujeto a modalidad tienen los mismos derechos que los trabajadores contratados a plazo indeterminado, respecto a su empleador:

- Los trabajadores destacados tienen todos los derechos laborales individuales y colectivos, respecto a su empleador.
- El legislador se ha cuidado de no efectuar una comparación con los trabajadores de la empresa principal, a diferencia de la intermediación en donde sí hizo extensivas las remuneraciones y beneficios de los trabajadores de la empresa usuaria.

Esta decisión “no es muy amigable, dado que permite que se establezcan grandes diferencias entre los salarios que pueden percibirse en ambas empresas, lo que podría redundar en que la tercerización sea vista como un mecanismo de precariedad, en donde se acentúan las desigualdades” (Arce, 2015, p. 49).

2.2.2.1. Responsabilidad solidaria en la tercerización

En el marco de las obligaciones que se generan en las relaciones patrimoniales, son las personas que forman parte de la relación jurídica las que deberán asumir los compromisos pactados. No obstante, hay ocasiones en las que un tercero deberá asumir el cumplimiento de una obligación aparentemente ajena, lo que apertura la posibilidad de que el acreedor solicite su cumplimiento a una u otra persona. Esta forma de extender la obligación es lo que se conoce como la responsabilidad solidaria.

En la responsabilidad solidaria, "el responsable es aquel sujeto que no obstante no ser titular del elemento objetivo del hecho imponible, sin embargo, por producirse en relación a él ciertos supuestos previstos por la norma, se le extiende la obligación, debiendo asumir por tanto una posición deudora junto a otros sujetos”.

En la responsabilidad solidaria:

"concurren varios acreedores frente a un deudor o varios deudores, de manera que cada deudor puede exigir a cuál quiera de los deudores el cumplimiento íntegro de la prestación pactada. En las relaciones laborales, determinadas empresas, según se establezca normativamente, son solidariamente responsables por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador desempeñaba sus funciones para una de ellas" (Toyama, 2015, p. 113).

El artículo 1183 del Código Civil establece que: "La solidaridad no se presume. Solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa", no obstante, en materia laboral hay ocasiones en las que se ha aplicado la responsabilidad solidaria apelando a circunstancias fácticas y al beneficio del trabajador, pese a que no media una norma que así lo disponga.

El artículo 9 de la Ley N° 29245 establece que la empresa principal que se favorezca de la tercerización laboral, es decir, aquella con desplazamiento continuo de personal, es solidariamente responsable por el pago de derechos y beneficios sociales, así como por el cumplimiento de las obligaciones de seguridad social, del personal desplazado.

Esta responsabilidad, a tenor del citado artículo, se extiende por un año posterior a la culminación del desplazamiento, sin embargo, para la empresa tercerizadora sí mantiene su responsabilidad por el plazo de prescripción laboral, que actualmente es de cuatro (4) años conforme a la Ley N° 27321.

La solidaridad no se extiende a la tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038 aclara que la solidaridad antes referida se contrae solo por obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora, únicamente respecto a aquellos derechos emanados de norma legal, excluyéndose expresamente a los derechos de origen convencional o unilateral.

Además de la exclusión expresa antes descrita, una interpretación literal sobre el alcance de las obligaciones laborales nos permitiría separar a aquellas pretensiones por daños y juicios que derivan de accidentes de trabajo o el incumplimiento de disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues no se tratarían de derechos laborales en sentido estricto.

No obstante, la extensión de la obligación a la empresa principal deriva del artículo 103 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, en donde se establece que "en materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de (...) los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y sub contratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones". En ese contexto, habrá también una responsabilidad solidaria entre las empresas de tercerización y la empresa principal

Al igual que en la intermediación, la idea de establecer una responsabilidad solidaria entre la empresa de tercerización y la principal tiene por objeto promover la auto fiscalización entre las empresas, a efectos de asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales.

Precisamente, la empresa principal deberá ser la principal actora en esta forma de fiscalización, y es que para que no se le atribuya responsabilidad alguna es necesario que ejerza un seguimiento adecuado al cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores desplazados.

Acompaña a esta forma de responsabilidad, el derecho de repetición y privilegios reconocido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, en virtud del cual, la empresa principal que asume las obligaciones de la empresa tercerizadora tiene derecho de repetición contra esta, adquiriendo los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

De ahí que la solidaridad no constituye un mecanismo de impunidad para la empresa tercerizadora, en la medida que la empresa principal puede ejercer su derecho de repetición. Por el contrario, la solidaridad constituye un mecanismo para que el trabajador, cuyos derechos se han visto afectados, pueda recurrir a las instancias pertinentes para obtener, de una forma celer y eficaz, la satisfacción de sus derechos laborales, pero de ninguna forma será un mecanismo de impunidad legal.

2.2.3. Las limitaciones legales para la subcontratación y la afectación de la libertad de contratación

Nuestra jurisprudencia nos ha mostrado algunos casos en los que se ha prohibido legalmente la celebración de una subcontratación (léase intermediación y tercerización), pese a que los servicios, en determinadas circunstancias, podrían calificar como complementarios, especializados o ser pasibles de una externalización integral.

Ello ocurrió en la sentencia emitida en el Expediente N° 03128-2011-PA/ TC, en donde el TC resolvió de manera definitiva, vía recurso de agravio constitucional, la demanda interpuesta por Lima Airport Partners S.R.L. (LAP) contra el Poder Ejecutivo y los procuradores públicos encargados de los asuntos judiciales del Consejo de ministros y del Congreso de la República, proceso en el cual se solicitó la inaplicación del numeral 7.2. del artículo 7 del Decreto Supremo N° 007-2006-MTC, por afectar su derecho a la libertad de contratar de la empresa demandante.

Para comprender el caso, es necesario conocer que el inciso 5.3 del artículo 5 de la Ley N° 28404, Ley de Seguridad de la Aviación Civil, establece expresamente una prohibición de subcontratación en los siguientes términos:

"5.3 El operador del aeródromo no podrá subcontratar los servicios de seguridad, debiendo cumplir dicha función con personal propio y de acuerdo a lo establecido en el Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil".

Asimismo, el inciso 7.2 del artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 28404, aprobado con Decreto Supremo N° 007-2006-MTC, estableció la misma prohibición en actividades más precisas:

"7.2 El operador del aeródromo no puede subcontratar al personal de seguridad a que se refiere el literal d) del numeral anterior que realice funciones dentro de la zona de seguridad restringida".

El literal d) al que hace alusión la citada disposición es el siguiente:

"Artículo 7.- De la seguridad aeroportuaria dentro del Sistema de Defensa Nacional:

7.1 Corresponde al personal asignado a la Seguridad de la Aviación Civil del sector aeronáutico las siguientes denominaciones y funciones: (...)

d. Oficial de seguridad aeroportuaria: Es el personal del operador del aeródromo público o privado que cumple funciones de inspección de las instalaciones, pasajeros, equipaje de mano y otras que se establezcan en el Programa de Seguridad del Operador del Aeródromo, para cuyo efecto recibe capacitación y entrenamiento especializado sobre seguridad de la aviación proporcionado por el operador del aeródromo".

En ese contexto, con la demanda se pretendió habilitar la subcontratación de los oficiales de seguridad aeroportuaria.

Ahora bien, de los artículos 1 y 2 de la Ley N° 28404, se advierte que la norma tenía por finalidad contribuir al Programa Nacional de Seguridad de la Aviación Civil,

facultándose al Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) para que regule todo lo relacionado a la seguridad de la aviación, siendo responsable de la elaboración, puesta en ejecución, vigilancia y cumplimiento del referido programa.

No vamos a efectuar una revisión integral de la normatividad aludida, pero si es importante mencionar que el TC determinó que la finalidad de la Ley No 28404 es la de contribuir al Sistema de Seguridad Nacional a través de la protección a la aviación civil de los actos de interferencia ilícita.

Entonces, resulta notorio que el razonamiento del legislador para contemplar dichas prohibiciones respondió al siguiente ejercicio:

"Si se prohíbe la subcontratación de los servicios del oficial de seguridad que opera en la zona de seguridad restringida, se obliga a que el explotador del aeropuerto-aeródromo contrate directamente a dicho personal, lo que coadyuva al cumplimiento del fin de la norma, que es garantizar el funcionamiento del Sistema de Seguridad Nacional, asegurando la protección de la aviación civil contra actos de interferencia ilícita"
(Fundamento Jurídico Nro. 14).

Estando a ello, en la referida sentencia, el TC determinó la inconstitucionalidad de aquellas normas que prohíben la subcontratación del servicio ofrecido por un oficial de seguridad, cuestionando específicamente el numeral 7.2 del artículo 7 del Reglamento de la Ley N° 28404.

A partir del fundamento 18, el TC efectuó el test de proporcionalidad a efectos de verificar si la referida prohibición limita razonablemente el derecho a la libertad de contratar.

Lo primero que evaluó el máximo intérprete de la Constitución fue el subprincipio de idoneidad. Luego de determinar las clases de seguridad de un aeropuerto, estableció en sus fundamentos 22 y 23, que:

- “No se comprende porque el hecho de que se prohíba la subcontratación de los oficiales de seguridad aeroportuaria, que realizan labores específicamente en la zona de seguridad restringida, contribuiría a resguardar en mejor medida la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios y trabajadores que utilizan diariamente los servicios aeroportuarios y se trasladan por la referida zona de seguridad”.
- “El propio Decreto Supremo N° 007-2006-MTC otorga la capacidad al operador principal de contratar a los explotadores aéreos, de sus propios jefes y los oficiales de seguridad, personal que cumple funciones al interior de las instalaciones de los aeródromos que son consideradas como zonas de seguridad restringida, pero que, sin embargo, podrían ser materia de subcontratación”.
- “No hay una relación de causalidad entre la prohibición y el fin que se pretende garantizar, porque la medida no contribuye razonable mente a desincentivar la posible ejecución de los actos de interferencia ilícita, anteriormente definidos”.

En los fundamentos 24 y 25, el TC analizó el subprincipio de necesidad, determinando que existen medidas menos gravosas a la libertad de contratación para garantizar la seguridad de la aviación civil y la seguridad personal de los usuarios al ser que:

- “Toda persona que pretenda ingresar a laborar a un aeródromo requiere previamente acceder a las licencias o permisos de la citada dirección, lo cual implica un proceso de supervisión y control en la selección de la contratación del personal que postula

a cargos en los aeródromos a nivel nacional, que en la actualidad se encuentra implementado”.

- “Existe implementado, y a cargo de una entidad del Estado (DGAC), un sistema de supervisión de la seguridad aeroportuaria que permite corregir aquellas deficiencias que pueden presentarse en los diversos aeropuertos en el desarrollo de dichas funciones, situación que coadyuva con el mejoramiento de dichos sistemas”.

Es así que en el fundamento 27 de la sentencia en comento, el TC "concluye que la restricción contenida en el artículo 7.2 del Decreto Supremo N° 007-2006- MTC y en el artículo 5.3 de la Ley N° 28404 resulta inconstitucional y, por lo tanto, lesiva del derecho a la libertad contractual de la sociedad demandante".

Este caso nos deja como lección que las limitaciones a la subcontratación, más allá de las regulaciones de las Leyes N.º 27626 y 29245, no siempre pueden ser determinadas legalmente en la medida que ello puede ser una limitación irrazonable a la libertad de contratación.

Ello no quiere decir que no se pueden generar estas clases de limitaciones al derecho a la libertad de empresa, pues recordemos que ningún derecho fundamental-constitucional es absoluto, sino que la limitación establecida en la Ley debe ser razonable, atendiendo a una finalidad constitucionalmente admisible y que, en determinados casos, sea prevalente a la libertad de empresa.

2.2.4. Derecho laboral colectivo

Frente al libre ejercicio de los derechos colectivos de estos trabajadores tercerizados, refleja los diferentes paradigmas del actual ámbito del derecho laboral colectivo. Canessa (2003) nos explica que: “los derechos humanos laborales son ese conjunto de derechos laborales recogidos en los tratados internacionales de derechos

humanos y/o consagrados en los textos constitucionales, que resultan indispensables para el respeto de la dignidad humana dentro de las relaciones laborales y que aseguran la satisfacción de las necesidades básicas dentro del mundo del trabajo” (p.11).

“La doctrina clasifica en tipos a la libertad sindical: libertad sindical individual; relacionada al aspecto individual de la libertad sindical comprende todos aquellos derechos de los trabajadores a organizarse, constituir y adherirse a las organizaciones sindicales que crean pertinentes, así como no afiliarse o retirarse, sin que para ello medie autorización previa y en total libertad” (Fuentes, 2020, p. 164).

Dentro del cual se comprenden los siguientes aspectos: “a) Libertad sindical positiva: que, comprende el derecho de los trabajadores a constituir organizaciones sindicales o afiliarse a los ya constituidos. Y también, la b) Libertad sindical negativa: que consiste en el derecho a no incorporarse a una organización sindical o a desafiliarse de aquella, bastando para ello su voluntad en cualquiera de los dos sentidos y sin que su decisión les pueda acarrear represalia alguna” (Toyama, 2020, p. 164).

2.3.4. Derecho laboral colectivo

2.3.4.1. Colectivos

Dentro de la doctrina laboral, la definición que reciben los convenios colectivos se utiliza de forma indistinta una serie de términos adheridos a su semántica, como es el caso de los pactos o contratos. Empero en atención a lo señalado por (Toyama, 2020) que cita a (Bueno, 2020) una definición bastante precisa de lo que representa un convenio colectivo se configura como: “[...] el negocio jurídico a través del cual los sindicatos y empresarios establecen condiciones de trabajo [...], como emanación de un poder autónomo [...] y con efectos generales" (p. 39).

La configuración “de la negociación colectiva como cauce social de relaciones sociales; en relación al sistema, se distingue al conjunto de reglas de acción y reorganización de quienes negocian sobre el procedimiento»; y, finalmente, la estructura comprende el conjunto de acuerdos alcanzados dentro de determinado ámbito funcional o territorial” (Fuentes, 2020, p. 174).

La mayor parte de la doctrina “coincide en incluir a los convenios colectivos de trabajo dentro de la jerarquía de la normativa estatal. Empero, hay quienes afirman que dicho convenio tiene una especial naturaleza (distinta de las normas jurídicas de origen estatal) por la forma como se origina, por su contenido, estructura y por la eficacia del mismo” (Fuentes, 2020, p. 16).

2.3.4.2. Contenido esencial del convenio colectivo de trabajo

En la doctrina revisada, se han encontrado una variedad de posiciones con respecto al contenido esencial del convenio colectivo de trabajo.

Así, por ejemplo, el profesor (Durán, 2019), señala el convenio colectivo de trabajo tiene una índole polisémica (varios núcleos o ejes temáticos), indicando que estos “[...] pueden ser elaborados en el ejercicio de la función negociadora o contractual, derivado del reconocimiento a la autonomía colectiva” (p. 77).

Para (Valdés, 1991), desde una percepción vinculante, establecer el contenido esencial del convenio colectivo, es también hacerlo con respecto de la negociación colectiva, como categoría general.

De otro lado, para (Neves, 2019), el contenido esencial de los convenios colectivos de trabajo lo representan “todas las materias que una de las partes pueda requerir a la otra, salvo aquella que estuviera expresamente excluida por la Constitución o la ley”.

Para (Toyama, 2020), el contenido esencial de los convenios colectivos está debidamente representado por aquellas “[...] materias convencionales, es decir, al conjunto de cláusulas y disposiciones acordadas por los agentes laborales”.

En ese sentido, el citado autor nacional distingue por estas materias a los siguientes contenidos específicos:

a) El contenido normativo:

En el contenido normativo, explica (Toyama, El Contenido del Convenio Colectivo de Trabajo, 1994), se dan las cláusulas que “[...] se aplican a todos los sujetos comprendidos en el ámbito negocial, es decir, son cláusulas que tienen vigencia impersonal, abstracta y general. Son, pues, verdaderas normas jurídicas que rigen para todos los integrantes del ámbito de aplicación del convenio colectivo, hayan o no participado en el proceso de negociación colectiva”.

b) El contenido económico y laboral:

Este es el tema central y típico dentro del contenido de la negociación colectiva; aquí, están incluidas las cláusulas salariales, las bonificaciones o gratificaciones, las condiciones de trabajo, etc.

c) El contenido de índole sindical:

Las cláusulas que se acostumbran consignar en este tipo son las referidas a la representación sindical, las cláusulas de seguridad sindical, estipulaciones sobre el fuero sindical, etc.

d) El contenido obligatorio:

Que en palabras de (Toyama, 2020), son cláusulas que “no comprenden a todos los trabajadores; por su naturaleza contractual son las que, propiamente, relacionan a las partes que suscribieron el convenio colectivo de trabajo: son todas las cláusulas que se identifican como aquellas donde las partes se comprometen a seguir ciertas pautas que permitan el eficaz cumplimiento del convenio colectivo de trabajo”.

Del mismo modo, en lo desarrollado por (Palomeque, 2017), se pueden extraer los siguientes tipos de cláusulas que se hallan contenidas dentro de esta categoría:

a) Deber de paz o tregua:

La típica cláusula obligacional es ésta, por ella, las partes se obligan a no realizar aquello que puede impedir la vigencia del contenido normativo del convenio colectivo.

b) Deber de ejecución leal del convenio colectivo:

Esta cláusula se remite a la buena fe laboral. Las partes no pueden desarrollar conductas que impidan la ejecución eficaz del convenio colectivo.

c) Organización de la actividad contractual:

Aquí se sitúan las cláusulas de seguridad frente a otros sindicatos, el deber de información, etc.

d) Administración del convenio colectivo:

La posibilidad de fiscalizar y vigilar el cumplimiento del convenio colectivo, y la incorporación de mecanismos y fórmulas de solución de conflictos colectivos ingresan en este tipo de cláusula.

e) El contenido delimitador:

Por las cuales se identifican cierto tipo de cláusulas “que agrupan a todas las estipulaciones que determinan el ámbito de aplicación y

vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo. Estas cláusulas, entonces, establecen el radio de aplicación funcional, territorial, temporal y personal del Convenio Colectivo de Trabajo” (Toyama, 2020).

2.3.4.3. Ubicación del convenio colectivo de trabajo en nuestro sistema jurídico

El convenio colectivo de trabajo, como instrumento de negociación laboral, y como un conjunto de actos y disposiciones, tiene una ubicación en el derecho laboral de nuestro país, que atiende al modelo sobre el cual está inscrito, así como a las normas constitucionales que impregnan el derecho laboral y sus normas. En ese menester, primero se tratará de ubicar al convenio colectivo de trabajo desde la norma jerárquicamente superior de nuestro sistema jurídico, esto es la Constitución

A nivel constitucional nacional, la negociación colectiva está consagrada como un derecho fundamental a partir de lo establecido en el artículo 28° de la norma suprema, otorgándosele así al Estado la facultad de cautelar el ejercicio democrático de estos derechos.

En virtud de esta obligación, la Constitución, explica (Villavicencios, 2013), “recoge la obligación estatal de garantizar la libertad sindical, fomentar la negociación colectiva y promover formas de solución pacífica de los conflictos laborales, así como regular el

derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social, señalando sus excepciones y limitaciones” (p. 99).

Empero, esta ubicación, dentro de la potestad del Estado para su protección no es unánime en la doctrina. De este modo, como explica (Toyama, 1999) se afirma que el convenio colectivo “tiene una especial naturaleza (distinta de las normas jurídicas de origen estatal) por la forma como se origina, por su contenido, estructura y por la eficacia”.

Para (Ermida, 2019) se trata de una “norma “extraetática”: dentro de una concepción «autonomista» de las relaciones colectivas de trabajo, el carácter no estatal del convenio colectivo, es una consecuencia lógica de esta concepción”.

2.3.4.5. Tratamiento jurisprudencial constitucional del convenio colectivo de trabajo

El Tribunal Constitucional, ha desarrollado algunos de los aspectos más importantes del convenio colectivo de trabajo atendiendo al siguiente esquema que desarrollaremos:

a) Respecto de su definición:

Respecto de la definición jurisprudencial vertida por el Tribunal Constitucional sobre el convenio colectivo, esta se puede hacer visible en la lectura de los fundamentos vertidos en la sentencia que recae en el expediente N° 0008-2005-PI/TC en el que se ha indicado

que: “se le define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales. En puridad, emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores. (...) El convenio colectivo permite la facultad de autorregulación entre trabajadores y empleadores, a efectos de reglamentar y administrar por sí mismos sus intereses en conflicto. Surge de la negociación llevada a cabo entre el empleador o una organización de empleadores y una o varias organizaciones sindicales, con miras a ordenar y regular las relaciones laborales”.

b) Respecto de sus elementos:

En la sentencia que recae en el expediente N° 0008-2005-PI/TC, se ha señalado como elementos del convenio colectivo de trabajo los siguientes aspectos:

- Los agentes negociadores.
- El contenido negocial.
- La fuerza normativa y la eficacia de la convención colectiva.

c) Respecto de sus características:

Así también, en la sentencia que recae en el expediente N° 0008-2005-PI/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado las

características que definen al convenio colectivo, siendo estas las siguientes:

- “La subcontratación del convenio colectivo sobre el contrato de trabajo; ello en virtud a que el primero puede modificar los aspectos de la relación laboral pactada a título individual, siempre que sea favorable al trabajador.
- La aplicación retroactiva de los beneficios acordados en el convenio, dado que rige desde el día siguiente de la caducidad del convenio anterior o en su defecto desde la fecha de presentación del pliego de reclamos; a excepción de las estipulaciones que señalan plazo distinto o que consisten en obligaciones de hacer o de dar en especie, que rigen desde la fecha de su suscripción.
- Los alcances del convenio tienen una duración no menor de un año.
- Los alcances del convenio permanecen vigentes hasta el vencimiento del plazo, aun cuando la empresa fuese objeto de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio, etc.”

d) Respecto de sus alcances:

Del mismo modo, en la anteriormente ya señalada sentencia del expediente N° 0008-2005-PI/TC, se han esgrimido los alcances del

convenio colectivo de trabajo, los cuales son, en función de su fuerza vinculante, las obligaciones a los siguientes sujetos:

- A las personas celebrantes de la convención colectiva.
- A las personas representadas en la suscripción de la convención colectiva.
- A las personas que se incorporen con posterioridad a la celebración de la convención colectiva.

2.3.4.4. Aspecto funcional de la negociación colectiva

A nivel normativo, la negociación colectiva está definida en el art. 2º del Convenio n. 154 de la OIT como “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo, o b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez”.

La negociación colectiva, a decir de (Dolorier, 2003) “es el procedimiento de conversación entre uno o más sindicatos de trabajadores de un lado, y del otro lado uno o más sindicatos de empleadores o una o más empresas con la finalidad de armonizar el trabajo y el capital” (p. 66).

En ese sentido, puede señalarse que la negociación colectiva “es el proceso que tiene como finalidad, a través de recíprocas concesiones entre

los representantes del capital y del trabajo, la realización de acuerdos o convenciones colectivas del trabajo. Es decir, mientras los instrumentos normativos son un fin, la negociación es el medio usado para su obtención” (Palomeque, 1994).

2.3.4.5. Principio de Libertad Sindical

a) Evolución e hitos históricos:

Así, “mientras la libertad de asociación surge para regular relaciones individuales surgidas en un escenario de germinal capitalismo, signado por la fe en la igualdad absoluta de todos los miembros de una sociedad; la libertad sindical aparece en un nuevo contexto en el que la constatación de las desigualdades es evidente. Por lo que, bajo la premisa de que las libertades individuales -como la de asociación- resultan insuficientes para amparar y ordenar las nuevas relaciones sociales de producción” (Fuentes, 2020, p. 60), surge esta nueva libertad en el seno de la producción capitalista industrial.

Explica el maestro Verdier, citado por (Ojeda, 2018) que “históricamente se ha presentado la evolución del Derecho del Trabajo y la libertad sindical, codificado por la doctrina francesa, con el siguiente esquema secuencial: prohibición, tolerancia y reconocimiento” (p. 37).

De acuerdo a (Valdés, 1991) “la palabra sindicato procede del latín, *syndicus*, y hace referencia al encargado de tutelar el derecho o los

intereses de una comunidad o sociedad. A su vez proviene del griego *sundiké* (sindicó), término asociado a la justicia comunitaria o idea de administración y atención a una comunidad”.

Actualmente, el término sindicado es conceptualizado por (Villavicencios, 2013) “una asociación de defensa y coordinación de intereses económicos y profesionales de aquellos que como empleados, trabajadores autónomos, o profesionales liberales desempeñan profesiones o actividades idénticas, similares o conexas”.

“La concentración de capital impulsó la división entre incluidos y excluidos en derechos y bienes. La inversión del capital en actividades lucrativas generó al empresario, capitalista, y al trabajador, proletario. El trabajador sólo poseía la fuerza de trabajo que alquilaba a cambio de salarios miserables con la finalidad de atender sus necesidades básicas, subordinándose a jornadas excesivas en situaciones de total inseguridad, mientras el empleador, poseedor de los medios de producción, despedía a su libre albedrío a aquellos que se interponían en su poder directivo” (Durán, 2019, p. 63).

Todo este proceso formativo, tendrá su culminación hacia 1871, cuando se promulga la Ley de Sindicatos británica o también llamada: “*Trade Union Act*” y en 1884 la Ley “*Waldeck-Rousseau*”, que permiten la libre sindicación sin autorización previa y con los requisitos de contar con 7 y 20 miembros mínimos respectivamente para su conformación.

En ese sentido, “la citada norma británica insta por reconocer tempranamente el derecho de negociación colectiva al plantear en su Sección 4º, el respeto de los acuerdos colectivos, relativo a las condiciones en que los miembros de tal sindicato deben o no deben vender sus mercancías, realizar sus negocios, emplearse o ser empleados; aunque estas no serán jurídicamente vinculantes, sino que obligan como acuerdo entre caballeros”.

“El reconocimiento constitucional de la libertad sindical ha tenido un largo desarrollo desde las clásicas constituciones de Querétaro en México el año de 1917 y de Weimar en Alemania el año de 1919, hasta su incorporación en las constituciones de América Latina” (Fuentes, 2020, p. 164).

“No obstante, han existido casos de un reconocimiento constitucional que denominaremos originarios, los cuales son analizados en un punto específico en base a la teoría de mutación constitucional”, nombrada así por (Alvarez, 1999); como la Constitución de Bélgica de 1831, “cuya vigencia se extiende hasta la fecha, o las constituciones producto de las revoluciones europeas de 1848; todas de corta duración como la Constitución alemana de Frankfurt de 1849, las cuales al reconocer el derecho genérico de la libertad de asociación, reconocían el de libertad sindical” (Fuentes, 2020, p. 66).

En el caso peruano, “el proceso general que origina y fundamenta la existencia de los sindicatos, con las peculiaridades propias de una

implantación tardía del capitalismo, su carácter periférico y dependiente, su estructura productiva primario-exportadora, la predominancia de las pequeñas y medianas empresas y la configuración del sindicalismo como sujeto bajo sospecha, al que el Estado tiene que someter a requisitos y controles que conducen a su implantación y desarrollo limitado a las empresas en las que ya no era posible impedirlo” (Prado, 2020, p. 77).

A ello, como expresa (Durán, 2019) “habría que agregarle el derecho de los trabajadores no dependientes de una relación de trabajo a organizarse para defender sus derechos (artículo 52), y el reconocimiento de los derechos de sindicalización y huelga a los servidores públicos, con la excepción de los funcionarios del Estado con poder de decisión o que desempeñan cargos de confianza, los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales y los magistrados (artículos 61 y 243).”

b) Definición:

Para (Peralta, 2018), la definición de la libertad sindical, cuyo contenido resulta del vinculado a lo establecido en la Constitución Política, “comprende la libertad de constituir organizaciones sindicales y de adherirse o no a ellas; y la libertad de ejercitar las actividades propias a su naturaleza. El concepto libertad sindical comprende todo ello y mucho más”.

De modo similar, para (Alvarez, 2016) el derecho a la libertad sindical, es un “[...] derecho fundamental [...] que debe ser considerado

como una manifestación del derecho de asociación, gozando, por tanto, también de la naturaleza de los derechos de participación política”.

(Ojeda, 2020), refiere que la libertad de sindicalización es “el derecho fundamental de los trabajadores a agruparse establemente para participar en la ordenación de las relaciones productivas”.

Para el maestro (Palomeque, 2019), la libertad sindical es “un derecho complejo o genérico integrado por un conjunto de derechos y facultades que identifican o hacen reconocible el ejercicio del mismo, lo que dificulta encontrar una definición precisa de este derecho”.

(Villavicencio, 2010), comenta con amplitud, que desde su perspectiva, esgrimir una definición concreta del derecho a la libertad sindical resulta una tarea ardua y complicada, ya que se trata de “un derecho complejo, que se predica tanto de sujetos individuales como colectivos, que incluye derechos de hacer (positivos) y de no hacer (negativos), frente a diversos sujetos; y que, además, está preñado de un componente evolutivo que incorpora, condiciona y matiza permanentemente importantes facultades a su contenido” (p. 99).

c) Tratamiento Normativo:

En la legislación internacional, la regulación de la libertad sindical se encuentra yuxtapuesta en instrumentos normativos como los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

Así pues, el Convenio 87 de la Organización referida indica en su artículo 2° que: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes. Así como el de afiliarse a estas organizaciones con la sola condición de observar los estatutos de los mismos”.

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos indica en su artículo 23.4° que: “toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

En nuestra legislación interna, en la Constitución Política vigente a través de su artículo 28°, se indica que: “El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, cautela su ejercicio democrático: 1° garantiza la libertad sindical.”

A nivel legal, se tiene lo prescrito por los artículos 2° y 3° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, esto es, el Decreto Legislativo N° 25593, los mismos que señalan que en primer lugar que: “El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicación, sin autorización previa, para el estudio, desarrollo, protección y defensa de sus derechos e intereses y el mejoramiento social, económico y moral de sus miembros”; y en segundo lugar que: “La afiliación es libre y voluntaria. No puede condicionarse el empleo de un trabajador a la afiliación, no afiliación o desafiliación, obligársele a formar parte de un sindicato, ni impedirsele hacerlo”.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de investigación

Se utilizó el método científico, que para Valderrama (2015) consiste “en el conjunto de normas por el cual debemos regirnos para producir conocimiento con rigor y validez científica. Como tal, es una forma estructurada y sistemática de abordar la investigación en el ámbito de las ciencias” (p. 33).

Método que ha sido empleado en la presente investigación para conceptualizar las variables de estudio propuestas.

3.2. Tipo de investigación

Es de tipo básico, que para (Carrasco, 2015), “se caracteriza porque se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico” (p. 23).

3.3. Nivel de investigación

De nivel explicativo, definido como el nivel de investigación que (Valderrama, 2015) “va más allá de la descripción de conceptos, fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos (...) su interés se centra en descubrir la razón por la que ocurre un fenómeno determinado, así como establecer en qué condiciones se da este, por qué dos o más variables están relacionadas” (p. 45).

3.4. Diseño de investigación

Se utilizó el diseño de la investigación de carácter no experimental, que según (Kerlinger, 1979, p. 32) “es cualquier investigación en la que resulta imposible manipular variables o asignar aleatoriamente a los sujetos o a las condiciones”. Que, en la presente

investigación, las variables establecidas no se han manipulado de forma intencional y se han estudiado, así como se aprecian en la doctrina.

3.5. Población y muestra

3.5.1. Población

La población se encuentra constituida por casos de desnaturalización de contratos de tercerización interna (insourcing), correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2019.

3.5.2. Muestra

Se encuentra constituida por 15 casos de desnaturalización de contratos de tercerización interna (insourcing), correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2019, de acuerdo a la fórmula muestral,

El tipo de muestreo que se emplea es el muestreo no probabilístico, por el criterio de conveniencia del investigador, referido a la posibilidad de acceder a los expedientes en la materia de estudio.

3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.6.1. Técnicas de recolección de datos

Como técnicas de investigación que se utilizaron en la presente, se consideraron al análisis documental y la observación.

El análisis documental es definido como “un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Comprende el procesamiento analítico- sintético que, a su vez, incluye la descripción bibliográfica y general de

la fuente, la clasificación, indización, anotación, extracción, traducción y la confección de reseñas” (Arnao, 2007, p. 53).

3.6.2. Instrumentos de recolección de datos

El instrumento de recolección de datos que se consideró ha sido la ficha de análisis documental, que según (Tamayo, 2012):

“es una operación intelectual que da lugar a un subproducto o documento secundario que actúa como intermediario o instrumento de búsqueda obligado entre el documento original y el usuario que solicita información. El calificativo de intelectual se debe a que el documentalista debe realizar un proceso de interpretación y análisis de la información de los documentos y luego sintetizarlo.” (p. 65).

3.7. Técnicas de procesamiento y análisis de datos

“Respecto del procesamiento y análisis de datos que se empleó en la presente investigación, se consideró utilizar sólo un tratamiento descriptivo para su desarrollo, a partir de los criterios dogmáticos que se han esbozado sobre este aspecto problemático según la doctrina y la jurisprudencia”.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Presentación de resultados

En nuestro ordenamiento jurídico se sanciona con nulidad a todo acto jurídico celebrado fraudulentamente, sin embargo, esta institución jurídica la del fraude a la ley, ha sido materia de múltiples observaciones en el marco del derecho internacional, sobre todo divergentes entre sí.

“El sistema jurídico francés admite el problema del fraude a la ley, pese a que no ha existido ningún aporte importante en la doctrina o la jurisprudencia para concretizar la denominada cláusula general, en la acepción de fraude a la ley) o en la acepción todavía más general de la fraude por excepción de todas las reglas), sin embargo, ello no es problema para que los franceses encontrasen diversas regulaciones o soluciones para el problema del negocio jurídico en fraude a la ley, pues se ha concretizado que el fraude a la ley consiste en eludir la aplicación de leyes de orden público” (Fuentes, 2020, p. 61).

Por su lado, en el derecho italiano, en caso de que un contrato haya sido celebrado con fraude a la ley, se "reputará" ilícita su causa, significando que la sanción es la misma que se aplica cuando la causa del contrato es ilícita, por lo que recaería en causal de nulidad.

En su oportunidad, (Rubio, 2014) precisó que "constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con distinta finalidad" (p. 49). El acto fraudulento es nulo y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir, La doctrina

nacional ha diferenciado entre la simulación y el fraude, entendiendo que el negocio simulado es un medio de ocultar la violación de una norma con respecto a terceros y no a los mismos sujetos del contrato, mientras que, por su parte, el negocio fraudulento es el que pretende sustraer de su ámbito natural a la norma que se utiliza, pues usa la ley para un fin distinto del perseguido por ella.

En materia laboral, “encontramos diversos casos de fraude a la ley, como, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de locación de servicios a plazo fijo (negocio jurídico fraudulento) para eludir obligaciones laborales”.

Se cita la Casación N° 1793-2003-Puno (2003), en donde la Primera Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República precisó en su séptimo considerando que "este gesto fraudulento de la demandada de suscribir contratos de naturaleza civil con el demandante, para sustraer derechos sociales que nacen de todo contrato de trabajo subordinado, contraviene obviamente las leyes que interesan al orden público, consecuentemente, dichos contratos carecen de eficacia jurídica"..

De otra parte, el vocablo desnaturalización se define como la acción y efecto de desnaturalizar, que, de acuerdo a la Real Academia Española, significa: "alterar las propiedades o condiciones de algo, desvirtuarlo" (RAE, 2015, p. 59). En materia contractual, la desnaturalización implica cambiar la naturaleza del contrato y en nuestra legislación laboral ha implicado que, ante determinadas circunstancias, un contrato sujeto a modalidad pueda ser considerado a plazo indeterminado, o que el destaque o desplazamiento de un trabajador por inter mediación o tercerización sea considerado como un contrato a plazo indeterminado con la empresa beneficiaria del servicio (usuaria o principal).

El fraude a la ley bien puede ser reconocido expresamente como una causa de desnaturalización, pero no todos los casos de desnaturalización están vinculados con el fraude a la ley. Bien se puede establecer el incumplimiento de obligaciones o deberes como causas de desnaturalización contractual y dicho incumplimiento no será un fraude a la ley, sino más bien, un acto material realizado por un determinado sujeto que generó una consecuencia jurídica.

Si la legislación no da una respuesta a los efectos del negocio fraudulento, lo oportuno es remitirse a las reglas generales de nulidad del acto jurídico. Así, la nulidad del negocio jurídico celebrado con fraude a la ley encuentra sustento en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil que hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales, disponiendo que es nulo el acto jurídico en el caso del artículo V de su título preliminar, esto es, el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, situación en la cual la nulidad no viene expresamente impuesta en una norma legal, sino por el hecho de que el negocio jurídico contraviene una norma inspirada, valga la redundancia, en el orden público o a las buenas costumbres. Ante esa consecuencia, en el marco de las contrataciones laborales, el siguiente resultado del que nos dota nuestra legislación será el de considerar al trabajador como empleado de la empresa beneficiaria a plazo indeterminado, según prescribe el artículo 4 de la LPCL.

Bajo ese contexto, hay causas de desnaturalización expresamente desarrolladas aplicables en el marco de la intermediación y tercerización de ser vicios, que determinarán que los trabajadores destacados o desplazados sean considerados como trabajadores de la empresa usuaria o principal, pero a ellas podemos añadir otras circunstancias en donde se advierta el fraude a la ley y en donde corresponderá aplicar los mismos efectos en virtud del artículo 4 de la LPCL.

En la tercerización, es el artículo 5 de la Ley N° 29245 el primero que nos establece causas de desnaturalización. Así, cuando los contratos de tercerización no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la Ley impliquen una simple provisión de personal, se considerará que los trabajadores desplazados tienen una relación directa e inmediata con la empresa principal.

La tercerización (interna o externa) estará desnaturalizada cuando no se cumplan con sus requisitos y elementos característicos. Digamos que la empresa tercerizadora no asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo, o no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sino que ello se encuentra a cargo de la empresa principal. Eso también ocurre cuando la empresa principal es la que asume los resultados de las actividades supuestamente desempeñadas por la empresa tercerizadora, o cuando aquella ejerce la subordinación sobre los trabajadores desplazados.

El artículo 5 del Reglamento desarrolla la desnaturalización de una forma más precisa, enumerando tres supuestos:

- Se advierta la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- Los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal.
- Cuando se produce la cancelación del registro conforme al artículo 9 del Reglamento, se supere el plazo de treinta (30) días para que la empresa principal adecue los contratos de los trabajadores desplazados.

A diferencia de la intermediación laboral, la legislación no ha contemplado consecuencia alguna cuando se celebra una tercerización con el objeto o efecto de vulnerar o eliminar los derechos colectivos de los trabajadores de la empresa principal. Esto puede ocurrir cuando se transfieren trabajadores de la empresa principal, que incluso

eran dirigentes sindicales, a la empresa tercerizadora, producto de la externalización del área donde trabajaban.

Tampoco se ha contemplado consecuencia alguna a favor de trabajadores cuando se utiliza la tercerización para cubrir personal de la empresa principal que se encuentra ejerciendo el derecho a huelga.

Pese a ello, consideramos que cuando se produce la afectación del derecho a la libertad sindical y el derecho a la huelga, se produce un fraude a la ley, ya que se estaría usando la tercerización para fines distintos al establecido en la norma, con la clara intención de afectar derechos fundamentales.

En ese contexto, el contrato de tercerización bien puede ser declarado nulo por la causal tipificada en el inciso 8 del artículo 219 del Código Civil, que hace referencia a la nulidad tácita o virtual del acto jurídico, cuando se dispone que es nulo el acto jurídico en el caso del artículo V de su Título Preliminar; esto es, la nulidad que no viene expresamente impuesta en una norma legal, sino por el hecho de que el negocio jurídico contraviene una norma inspirada en el orden público o a las buenas costumbres.

Además, recordemos que el derecho a la libertad de contratación debe ejercitarse en plena observancia de la dignidad de la persona, constituyendo este un límite externo del referido derecho.

En esa medida, cualquier acto que contravenga los derechos fundamentales del trabajador constituye una afectación de su dignidad. Y si un límite externo a la libertad de empresa es el respeto a la dignidad de las personas, entonces, la afectación de cualquier derecho fundamental, como la libertad sindical o el derecho a huelga, constituye también un límite a la libertad de empresa.

Pero la consecuencia no se agotaría en la declaración de nulidad, sino que ello nos llevará a considerar que, en aplicación del principio de primacía de la realidad y el

artículo 4 de la LPCL, el trabajador desplazado tiene un contrato a plazo indeterminado con la empresa principal, quien fue beneficiaria directa del servicio prestado.

Ahora bien, en la sentencia emitida en el Expediente N° 02111-2010-PA/ TC, el TC asimila las causas de desnaturalización a la tercerización fraudulenta, considerando que ello genera la afectación de una serie de derechos constitucionales de los trabajadores (fundamento 13).

De ahí que el colegiado concluye que una subcontratación fraudulenta, que no tiene otro fin que el aumento de las ganancias empresariales a costa de la ilegítima disminución de los derechos de los trabajadores, se encuentra proscrita, “y por ello no solo porque en este caso desaparece la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de instrumentalización de la dignidad de los trabajadores, inadmisibles en el Estado Constitucional” (fundamento jurídico Nro. 15).

En ese sentido, es lógico que la tercerización que afecte irrazonablemente los derechos fundamentales del trabajador, o que se haya celebrado con ese fin esencial, constituye una tercerización fraudulenta que no puede ser más que despreciada por nuestro ordenamiento jurídico, de modo que ante una tercerización que haya tenido por objeto afectar el derecho a la libertad sindical o a la huelga, puede bien optarse por la nulidad del acto jurídico que lo vio nacer.

Esto suma para distinguir que más allá de las causas de desnaturalización reconocidas en la Ley N° 29245 y su Reglamento, pueden concurrir otras causas que, por considerarse fraudulentas al afectar irrazonablemente derechos fundamentales, determinen el reconocimiento de la relación de trabajo a plazo indeterminado entre la empresa principal y el trabajador desplazado.

Una reciente discusión jurisprudencial se suscita con la tercerización de actividades principales, cierta línea jurisprudencial se orienta a señalar que no es posible tercerizar esta clase de actividades, lo que encontró apogeo con la emisión de las Casaciones Laborales Nro. 5659-2016-Lima y 10691-2017-Lima, pero que fue contradicha por la Casación Laboral N° 20724-2016-Lambayeque, que, en sentido opuesto, si la permite.

Como criterio personal, nos ratificamos en la idea de que no es posible la tercerización de actividades que constituyen el *core business* del negocio, pero sí, en cambio, es permitida en actividades que nuestra legislación ha considerado como principales por ser consustanciales al giro del negocio, pero que, en sentido estricto, no constituyen el *core business*, tales como actividades de apoyo o secundarias, pero cuya ausencia hará imposible el desarrollo de la actividad nuclear.

De tal forma, habrá un fraude a la ley que generaría iguales efectos que la desnaturalización, cuando se tercerizan actividades que forman parte *del core business*. En ese caso, los trabajadores desplazados que desarrollaron tales actividades deberían ser considerados como trabajadores de la empresa principal.

La jurisprudencia ha abordado diversos casos de desnaturalización y fraude en la tercerización. Repasaremos brevemente algunos casos a efectos de exponer nuestros resultados:

En la sentencia emitida en el Expediente N° 02111-2010-PA/TC, el TC resolvió un caso en donde un sindicato solicitó el reconocimiento de la relación de trabajo de los trabajadores desplazados a la empresa principal.

El máximo intérprete de la Constitución declaró fundada la demanda al advertir la concurrencia de una tercerización fraudulenta por lo siguiente:

(i) La empresa tercerizadora no contaba con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, porque utiliza la infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de la empresa principal.

(ii) No existió una plena subordinación por parte de la empresa de tercerización, al estar supeditada a órdenes o directivas de la empresa principal.

(iii) La empresa tercerizadora no asumió las tareas contratadas por su cuenta y riesgo.

Como prueba de lo expuesto, se tomaron en cuenta las constataciones por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, que se suscitaron en un procedimiento Inspectivo, el que había culminado con la imposición de una multa a la empresa principal por infracciones sociolaborales.

El TC consideró que tales actuaciones constituían una prueba plena, debido a que la conclusión fue adoptada "luego de seguir los procedimientos establecidos en la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo.

En merito a ello, este Tribunal considera que las diligencias efectuadas por dicha autoridad administrativa, al estar dentro del ámbito de sus competencias, tienen plena eficacia probatoria a los efectos del presente proceso de amparo" (fundamento 10).

Otro caso que es importante repasar es el resuelto en el Expediente N° 01671-2013-PA/TC, en donde el TC consideró desnaturalizada una tercerización por acreditar que el demandante (trabajador desplazado) se encontraba subordinado a la empresa principal y, además, por evidenciar que la empresa tercerizadora no asumió el costo de las herramientas con las que se prestaba el servicio externalizado.

En este caso, la empresa principal tercerizó íntegramente los servicios de seguridad, siendo que el demandante se desempeñó como asistente de seguridad patrimonial de las distintas empresas tercerizadoras que prestaron ese servicio en tiempo sucesivo.

A través del análisis de diversos medios probatorios, el TC concluyó que la empresa de tercerización ejerció el poder de dirección sobre el demandante, dándole órdenes como si se tratara de su empleadora. Advirtió que, a través de diversos correos electrónicos, la empresa principal le informó (i) sus turnos de trabajo, (ii) el lugar donde desarrollaría su actividad y (iii) las labores que debía desempeñar.

Además, consideró que la empresa principal dispuso del horario de trabajo del demandante, porque, a través de un correo electrónico remitido por el personal de la empresa principal, ordenó al trabajador que se presente ante la Fiscalía para rendir una manifestación en un proceso de investigación, emplazándolo a que coordine su movilidad.

También advirtió que la empresa principal le entregó al demandante un teléfono celular, asumiendo el costo para que desempeñe sus labores.

Expresó que la empresa tercerizadora "debía asumir por su sola cuenta el costo del servicio de seguridad; es decir, ella debía asignarle al recurrente un teléfono celular" (literal c. del fundamento 5).

En la STC Exp. N° 02135-2012-PA/TC, del 26 de enero de 2016, el TC resolvió un caso en donde el demandante había solicitado su reposición en el cargo de chofer operador de cisternas de GLP a granel, alegando haber sido despedido arbitrariamente. Como sustento de su pretensión, el actor refirió que, si bien celebró sucesivos contratos con empresas tercerizadoras de servicios, en realidad, ejecutó labores de naturaleza permanente, subordinándose al personal de la empresa principal.

El TC declaró fundada la demanda, sin embargo, aunque todos los magistrados coincidieron en que la tercerización se encontraba desnaturalizada, emitieron fundamentos distintos para arribar a esa conclusión.

Por una parte, los magistrados Ramos Núñez y Ledesma Narváez concluyeron que la tercerización por la cual se le destacó a la demandante se encontraba desnaturalizada. Para ello, evaluaron lo siguiente:

(i) En autos obran originales del carné de capacitación expedidos por la empresa principal a favor del demandante, no obstante, en la cláusula 5.13 del contrato celebrado entre las empresas se acordó que la empresa de tercerización debía asegurarse de que su personal reciba las capacitaciones de seguridad correspondientes para que pueda operar, otorgándole el correspondiente carné de capacitación. Así, la empresa principal se habría comportado como empleador del demandante.

(ii) En los formatos de control de garitas tolerancia cero, se consignó al demandante como chofer de un vehículo que pertenecía a la empresa principal.

(iii) Si bien obra un endoso de renovación del seguro del citado vehículo, donde se consigna como asegurado a la empresa de tercerización, ello fue realizado con posterioridad al inicio de su relación con la empresa principal, de modo que no se ha acreditado la propiedad de la empresa tercerizadora con anterioridad.

De otro lado, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera añadió a los fundamentos antes expuestos que en la cláusula cuarta del contrato celebrado entre las empresas intervinientes se precisó que la empresa tercerizadora estaba obligada a utilizar exclusivamente, para el desarrollo de sus labores, las unidades especializadas propiedad de la empresa principal; sin embargo, afirmó que una cláusula de ese tipo contraviene el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en donde se establece que las contratistas y subcontratistas deben asumir las tareas con tratadas por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales

Un reciente caso es el resuelto por la Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral N° 10691-2017

Lima, en donde se concluyó la existencia tercerización fraudulenta al acreditarse dos hechos (noveno considerando)

(i) Que el demandante realizó labores propias a la actividad principal de la empresa principal.

(ii) Que se acreditó la concurrencia de subordinación ejercida por la empresa principal.

La primera consideración adoptada por la Sala merece algunos cuestionamientos. En principio, no se precisó por qué la labor de soldador que desempeñaba el demandante es una actividad principal de la empresa que se beneficia del servicio, cuando esta es una compañía minera.

Era necesario evaluar si realmente esa labor formaba parte del *core business* (*a prima facie* no parece serlo) o es una actividad de apoyo de esa actividad nuclear, pero que, para nuestra legislación, es considerada actividad principal. De ahí que, en nuestra opinión, si luego de una adecuada valoración probatoria se concluye que estamos frente a una actividad nuclear, la decisión de considerarla como una tercerización fraudulenta cae por su propio peso. Pero si, en cambio, se trata de actividades de apoyo también consideradas principales, la tercerización sería válida.

En el segundo aspecto, la Sala Suprema llegó a la conclusión de que el trabajador desplazado se encontraba subordinado a la empresa principal, luego de analizar las siguientes pruebas y hechos:

- Los fotochecks del demandante fueron expedidos por la empresa principal, en donde se lee "worker's name" (nombre del trabajador).
- Los documentos denominados "recomendación médica", "nota de evacuación", "examen clínico y auxiliar", entre otros, cuentan con el logo de la empresa principal, "con lo que se puede concluir que el demandante se encontraba bajo subordinación de la citada

empresa codemandada, al haberse sometido a los exámenes médicos ocupacionales requeridos por dicha emplazada, únicamente desde el veinte de setiembre de dos mil siete en adelante".

El fotocheck bien puede ser un indicio de la ausencia de autonomía entre las empresas intervinientes en la tercerización, pero por sí mismo parece insuficiente para considerarlo como una prueba plena de subordinación. En efecto, para apoyar su conclusión, esta prueba fue vinculada con los documentos que acreditan que el trabajador se sometió a los exámenes médicos ocupacionales requeridos por la empresa principal, de modo que, a través de ambas circunstancias, determinó que la empresa tercerizadora se comportó como empleador.

La tercerización que es resuelta en este caso también es anterior a la vigencia de la Ley N° 29245, por lo que tuvo que apelarse a la regulación con tenida en el Decreto Supremo N° 003-2002-TR para su solución.

Asimismo, es conveniente aclarar que el caso fue resuelto antes de la vigencia de la Ley N° 29783, dispositivo en cuyo artículo 103 establece que "[e]n materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de [...] los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones". Esta disposición le genera a la empresa principal, la obligación de velar por el cumplimiento de la seguridad y salud en el trabajo de los colaboradores destacados, por lo que puede entenderse que, en la medida que un examen médico resulte trascendente para velar por la integridad del trabajador, la empresa principal está en la obligación de practicarlo en tanto medie la negativa de parte de la empresa tercerizadora.

Pero eso genera otro problema de trascendencia, y es que realizar los exámenes médicos puede ser una forma de reconocer la ausencia de autonomía empresarial cuando los gastos los asume la empresa principal en lugar de la tercerizadora. Eso denota que esta última se benefició de los recursos financieros de la primera, lo que desnaturaliza el destaque.

Para evitar estos conflictos de interpretación que fácilmente podrían llevar a declarar la desnaturalización de tercerizaciones por circunstancias similares, es conveniente que cada vez que la empresa principal ejecute, en virtud del artículo 103 de la Ley N° 29783, una obligación propia de la empresa tercerizadora, se ejerza el derecho de repetición para efectos de recuperar los gastos incurridos, lo que ratificaría la autonomía de ambas empresas.

Por estas circunstancias, creemos que es muy apresurado afirmar que siempre y en todos los casos en los que se asuman las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo de la empresa tercerizadora se deberá considerar al trabajador desplazado en la planilla de la empresa principal, pues lo que debe evaluarse es el comportamiento continuo de ambas, siendo por ello muy importante que la empresa principal ejerza el derecho de repetición para evitar que la tercerizadora se beneficie de sus recursos financieros.

Naturalmente, al no estar en vigencia estas disposiciones cuando ocurrieron los hechos, en la Casación Laboral N° 10691-2017-Lima no se efectuó un análisis como el propuesto.

4.2. Contrastación de la hipótesis

4.2.1. Contrastación de la Hipótesis General:

Para efectos de la contrastación de la hipótesis general, la misma maneja dos variantes, una alterna y una nula, como se expone a continuación:

- **Ha:** *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.,*
- **Ho:** *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.,*

“El nivel de significancia, es aquel que representa el error de tipo I, es decir la probabilidad de rechazar la hipótesis nula cuando en realidad es verdadera. De este modo, estableciéndose un nivel de confianza del 95%, el nivel de significancia resulta en 0.05”.

$$\alpha = 0,05 = 5\%$$

Así también, se ha analizado la variable aleatoria “**X**” se distribuye según la variable aleatoria “Chi Cuadrado” con 1 grados de libertad. Es decir:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^m \frac{(f_0 - f_e)^2}{f_e}$$

“Realizándose la prueba de Chi cuadrado de Pearson, mediante el programa de tabulación y análisis estadístico SPSS, en su versión 22, se han obtenido los siguientes datos”:

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)
Chi-cuadrado de Pearson	25,000 ^a	1	,000
Corrección de continuidad ^b	19,141	1	,000
Razón de verosimilitud	25,020	1	,000

Prueba exacta de Fisher			
Asociación lineal por lineal	24,000	1	,000
N de casos válidos	25		

Tabla N° 04: Prueba de chi-cuadrado de Pearson para la Hipótesis General

“Del mismo modo, al observarse el nivel de distribución en la prueba de Chi cuadrado de Pearson, se observa que $25,000 > 3.84$, donde si es posible llegar a afirmar que existe una correlación entre las variables sujetas a estudio, como es que se muestra en el cuadro siguiente”:

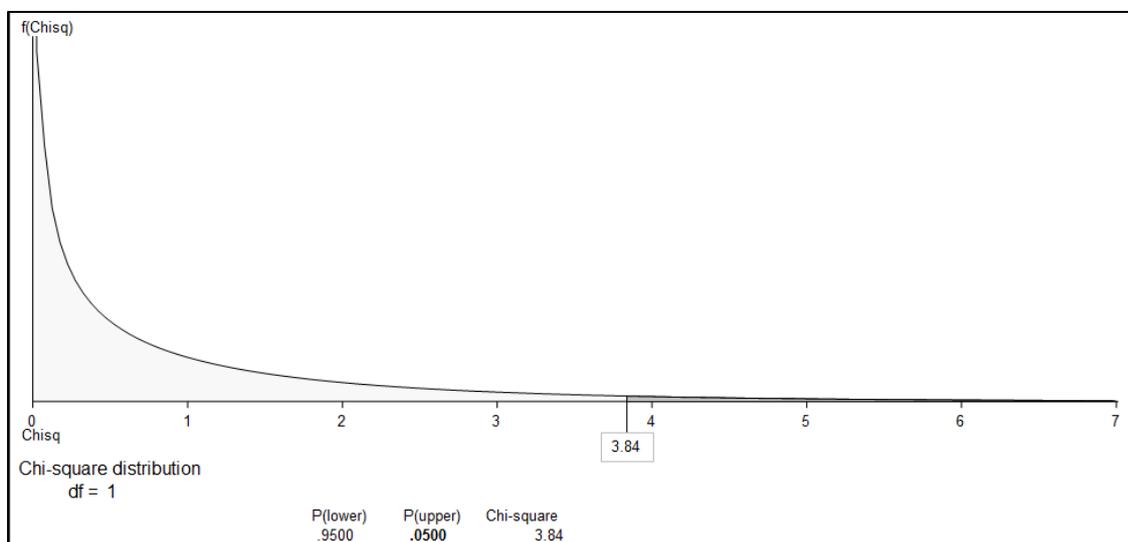


Gráfico N° 04: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis general

“Refiriéndonos a los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de $0.05 > 0,000$, es posible afirmar que *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019*, pudiendo entonces aceptarse la hipótesis **Ha**, donde el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019”.

4.2.2. Contrastación de la primera hipótesis específica

Para efectos de la contrastación de la primera hipótesis específica, la misma maneja dos variantes, una alterna y una nula, como se expone a continuación:

- **Ha:** *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.*
- **Ho:** *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019*

“El nivel de significancia, es aquel que representa el error de tipo I, es decir la probabilidad de rechazar la hipótesis nula cuando en realidad es verdadera. De este modo, estableciéndose un nivel de confianza del 95%, el nivel de significancia resulta en 0.05”.

$$\alpha = 0,05 = 5\%$$

Así también, se ha analizado la variable aleatoria “**X**” se distribuye según la variable aleatoria “Chi Cuadrado” con 1 grados de libertad. Es decir:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^m \frac{(f_0 - f_e)^2}{f_e}$$

“Realizándose la prueba de Chi cuadrado de Pearson, mediante el programa de tabulación e análisis estadístico SPSS, en su versión 22, se han obtenido los siguientes datos”:

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)
Chi-cuadrado de Pearson	25,000 ^a	1	,000
Corrección de continuidad ^b	19,141	1	,000
Razón de verosimilitud	25,020	1	,000
Prueba exacta de Fisher			
Asociación lineal por lineal	24,000	1	,000
N de casos válidos	25		

Tabla N° 05: Pruebas de chi-cuadrado para la Hipótesis Especifica 1

“Del mismo modo, al observarse el nivel de distribución en la prueba de Chi cuadrado de Pearson, se observa que $25,000 > 3.84$, donde si es posible llegar a afirmar que existe una correlación entre las variables sujetas a estudio, como es que se muestra en el cuadro siguiente”:

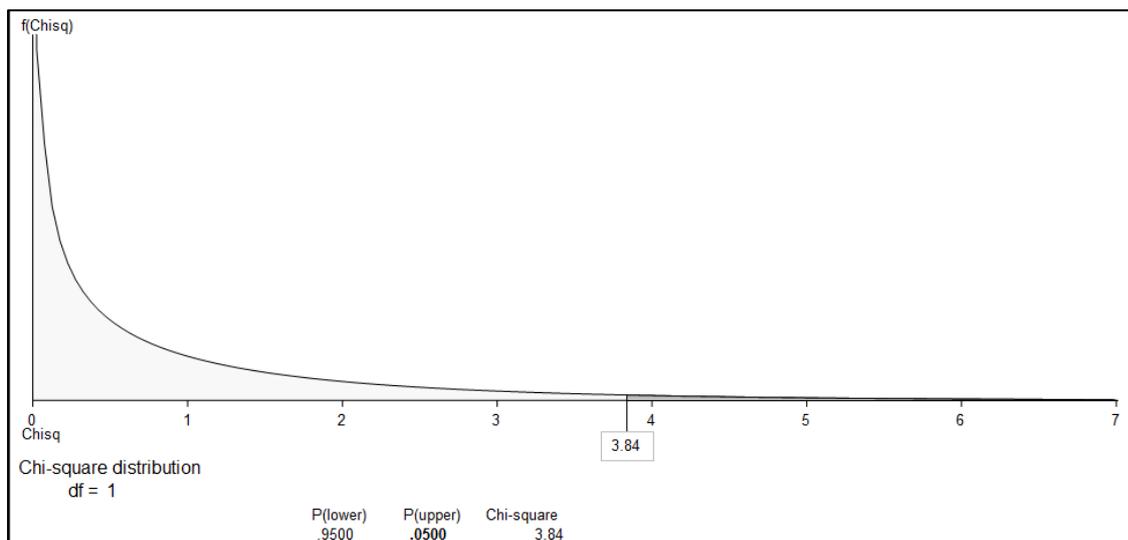


Gráfico N° 05: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis específica 1

“De los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de 0.05 $> 0,000$, es posible afirmar que *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo,*

2019, afirmándose de este modo la hipótesis H_a , donde el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019”.

4.2.3. Contrastación de la segunda hipótesis específica

Para efectos de la contrastación de la primera hipótesis específica, la misma maneja dos variantes, una alterna y una nula, como se expone a continuación:

- ***H_a***: *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.*
- ***H₀***: *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019*

“El nivel de significancia, es aquel que representa el error de tipo I, es decir la probabilidad de rechazar la hipótesis nula cuando en realidad es verdadera. De este modo, estableciéndose un nivel de confianza del 95%, el nivel de significancia resulta en 0.05”.

$$\alpha = 0,05 = 5\%$$

Así también, se ha analizado la variable aleatoria “**X**” se distribuye según la variable aleatoria “Chi Cuadrado” con 1 grados de libertad. Es decir:

$$\chi^2 = \sum_{i=1}^n \sum_{j=1}^m \frac{(f_0 - f_e)^2}{f_e}$$

“Realizándose la prueba de Chi cuadrado de Pearson, mediante el programa de tabulación e análisis estadístico SPSS, en su versión 22, se han obtenido los siguientes datos”:

	Valor	gl	Sig. asintótica (2 caras)
Chi-cuadrado de Pearson	25,000 ^a	1	,000
Corrección de continuidad ^b	19,141	1	,000
Razón de verosimilitud	25,020	1	,000
Prueba exacta de Fisher			
Asociación lineal por lineal	24,000	1	,000
N de casos válidos	25		

Tabla N° 06: Pruebas de chi-cuadrado para la Hipótesis Especifica 2

“Del mismo modo, al observarse el nivel de distribución en la prueba de Chi cuadrado de Pearson, se observa que $25,000 > 3.84$, donde si es posible llegar a afirmar que existe una correlación entre las variables sujetas a estudio, como es que se muestra en el cuadro siguiente”:

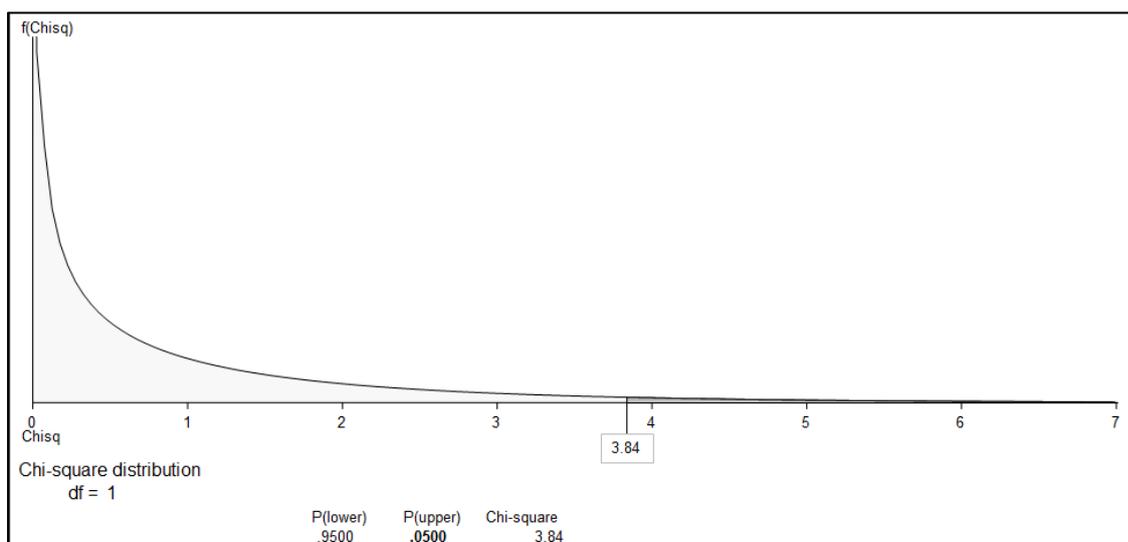


Gráfico N° 06: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis específica 2

De los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de $0.05 > 0,000$, es posible afirmar que *El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral no afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019*, afirmándose entonces la hipótesis H_a , donde el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019

4.3. Discusión de resultados

En principio, las relaciones contractuales de tipo laboral requieren la vinculación de dos sujetos de derecho, uno en calidad de empleador (persona natural o jurídica) y otro en calidad de trabajador (persona natural).

“De acuerdo con esa estructura bilateral, el empleador era un ente único, que representa exclusivamente a la parte beneficiaria de la prestación del servicio. No obstante, esta figura dual de la relación laboral ha variado en virtud de los nuevos paradigmas productivos. Evidentemente, estos cambios han originado una problemática relacionada con la identificación del empleador cuando se presenta una contratación a través de terceros” (Fuentes, 2020, p. 71). Aparejada a esta dificultad, se presentan otros puntos de discusión, como los relacionados a la protección de estabilidad del trabajador destacado, al fomento de derechos colectivos, así como el referido a la igualdad

Dentro de los nuevos modelos de organización de la producción se encuentra la tercerización de servicios que, en términos generales, se presenta cuando un contratista se compromete a prestar un servicio bajo su total dirección y vigilancia. En nuestro país, los requisitos, derechos y obligaciones originados de esta figura se encuentran regulados

por la Ley N° 29245 (en adelante la LTS) y su reglamento, aprobado mediante el D.S. N° 006-2008-TR.

La delimitación de la figura de la tercerización laboral en nuestro país está establecida por la Ley N° 29245 - Ley que regula los servicios de tercerización, publicada con fecha 24 de junio del año 2008, pormenorizándose aspectos esenciales de la Ley en su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR; normativa dentro de la cual se establece –en su artículo 2– el carácter definitorio de la figura como aquella contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su propia cuenta y riesgo, del mismo modo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables por los resultados de sus actividades y que sus trabajadores estén o se encuentren bajo su exclusiva subordinación, supuestos que de darse, configuran en su realización, el hecho de estar frente a una empresa que ofrece servicios de tercerización.

Adicionalmente, dicho artículo establece que constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuenten con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio, no admitiéndose en ningún caso la sola provisión de personal de la empresa tercerizadora a la empresa que contrata sus servicios de tercerización.

Bajo este esquema distintos tratadistas como (Cruz, 2014), han establecido que estamos ante esta figura cuando: “una empresa decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo” (p. 194).

Bajo dicha óptica, “a través de la figura de la tercerización, la empresa principal desunifica una parte de su actividad principal, es decir, se produce, lo que en doctrina laboral se conoce como una externalización productiva, en la cual lo más importante es que el servicio se preste de manera autónoma e independiente, es decir, que los trabajadores no se encuentran subordinados a la empresa usuaria, en tanto lo que se compromete es un resultado y no la fuerza de trabajo” (Guerra, 2020, p. 80).

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. Uno de los derechos más afectados con el uso simulado o fraudulento de la tercerización de servicios es sin duda es la libertad sindical puesto que en un grupo empresarial, negociarían tanto sindicatos como personas jurídicas existan, circunstancias que se puede resentir con los traslados de personal y adicionalmente en la degradación de la fuerza sindical al tratarlos por empresas, lo cual en primer lugar restringe en gran medida el ejercicio de la libertad sindical para la constitución de sindicatos
2. Se ha establecido que el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. El uso simulado o fraudulento de la tercerización es inconstitucional porque se afectan derechos fundamentales como la dignidad del trabajador, a partir del cual se desprenden una serie de derechos y principios como el referido a contar con una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.
3. Se ha determinado que el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019. El uso de la tercerización de servicios produce afectación en muchas figuras del derecho del trabajo, pero si a ello le sumamos que su uso es simulado y fraudulento las implicancias de afectación alcanzan a principios

rectores como el de Igualdad, debido a que muchos trabajadores que deberían ser contratados por la empresa principal recaen en empresas tercerizadoras.

RECOMENDACIONES

1. “Se sugiere que el Ministerio de trabajo y SUNAFIL como órganos encargados cumplan con sus funciones para evitar la desnaturalización de los contratos de tercerización para que no genere el fraude en la subcontratación sobre los derechos fundamentales que la constitución reconoce a todo trabajador”.
2. “Se recomienda que el Decreto Supremo N°019-2006-TR - Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, debe incluir que conductas califican como infracciones de parte de las empresas de tercerización y de las empresas principales, además de determinar la gravedad de la mismas, esto con la finalidad de que los trabajadores que acuden a la Autoridad Administrativa de Trabajo, encuentren un real amparo a partir del cumplimiento que le den los sujetos a las disposiciones u órdenes que impartan los inspectores laborales”.
3. “Se sugiere que el Decreto Supremo N° 006-2008-TR como parte de los elementos característicos debe derogarse la posibilidad que otorga que una empresa de tercerización de servicios, a su vez pueda formar parte del REMYPE – Régimen de la Micro y Pequeña Empresa, debido a que en el hipotético caso de que se trate de una tercerización válida, la misma ya representa más de una dificultad para el ejercicio de derechos fundamentales como la libertad sindical”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Angelats, J. (1983). *Derecho del Trabajo*. Lima: Ed. EDDILI.
- Arnao, G. (2007). *Metodología de la Investigación. Ciencia y Procesos*. Lima: UCV.
- Bazán, D. (2010). *Metodología de la investigación. Razanamientos*. Arequipa: UNSA.
- Bermuy, O. (2013). Contratación laboral. *Revista Actualidad Empresarial N° 293*.
- Blancas, C. (2016). *Derecho Constitucional Laboral*. Lima: PUCP.
- Bravo, M.. (1998). *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Bunge, M. (2000). *La investigación científica: Su estrategia y filosofía*. Madrid: Siglo XXI de España Editores.
- Castillo, Y. (2014). *Análisis cualitativo-juridico de la tercerización laboral en el marco del derecho de asociación sindical en Colombia*. Cartagena de Indias: Universidad de Cartagena.
- De la Cueva, M. (1997). *Derecho Mexicano del Trabajo. 2ª Edición*. México: Ed. Porrúa.
- De Santo, V. (1998). *Diccionario de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Díaz, A. (2012). *El principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración Pública. Serie Documentos de Investigación en Derecho No. 13*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda.
- Dos Santos, L. (2010). *Metodología de la Investigación*. Sao Paulo: BPS.
- Ermida, O. (1999). Prólogo en ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. . *Cuadernos de Investigación No 10; de la Dirección del Trabajo de Chile*, Dirección del Trabajo de Chile.
- Ferrajoli, L. (1997). *Derecho y Razón*. Madrid: Trotta.
- Flores, P. (2002). *Diccionario Juridico Elemental, 2da Edición*. Lima: Grijley Editores.

- Fuenzalida, M. (2017). *La tercerización laboral como elemento contractual del Derecho Laboral*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gozaini, O. A. (2004). *El Debido Proceso*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Jara, M. (2017). *La tercerización como modalidad contractual en la legislación peruana*. Lima: Universidad César Vallejo.
- Jerez, M. (2016). *Derechos laborales en la legislación peruana*. Lima: San Marcos.
- Landa, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización. *Revista de Derecho Themis N° 65*, 219-242.
- Landauri, F. (2009). *Metodología de la Investigación Científica*. Arequipa: Idemsa.
- Llerena, U. (2016). *Derechos laborales en la jurisprudencia*. Lima: UCV.
- Magallanes, D. (2010). *Manual de Investigación*. Lima : Universidad César Vallejo.
- Martinez, R. (1983). *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Socia.
- Pasco, M. (2012). Los contratos temporales: exposición y crítica. *Revista de Derecho PUCP N° 68* .
- Pérez, R. (1998). El reparto de poderes empresariales entre empresa de trabajo temporal y empresa usuaria respecto a trabajadores en misión. *Revista Relaciones Laborales N° 1*, 133-154.
- Pinto, A. (2011). *Políticas de Intermediación Laboral en Chile*. Santiago de Chile: Universidad Alberto Hurtado.
- Puente, C. (2012). *Estudios sobre la legislación laboral y sindical*. Lima: UNMSM.
- Ramallo, A. (2010). *Intermediación laboral y derechos vulnerados del trabajador*. Lima: UNMSM.
- Ramírez, A. (2008). *Lecturas de Derecho Constitucional*. . Lima: Editorial UNFV.

- Romero, J. (2015). *La tercerización de servicios y la razón por la que afecta negativamente a la funcionalidad de los derechos laborales*. Cajamarca: Universidad Privada del Norte.
- Salazar, M. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Lima : Prado.
- Salcedo, M. (2009). *Intermediación laboral y derechos sindicales*. Lima: PUCP.
- Sánchez, J. (2015). *Implicancias de las nuevas formas de relación laboral. Contratos de tercerización*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Sanguinetti, W. (2009). *La tercerización de actividades Productivas. ¿Una estrategia para la puesta en parentesis de los principios tutelares del derecho del trabajo?. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Grijley.
- Sanguinetti, W. (2010). *Contrato de tercerización*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Suárez, M. (2017). *Los derechos laborales y la tercerización*. Lima: Grijley.
- Toledo, O. (2015). *Casos de tercerización laboral*. Lima: PUCP.
- Toyama, J. (2011). Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias . *Revista Derecho & Sociedad* N° 30, 84-104.
- Toyama, J. (2015). *Contratos laborales*. Lima: PUCP.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: FRAUDE Y SIMULACIÓN CONTRACTUAL EN LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES, EN EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE LA CIUDAD DE HUANCAYO, 2019.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-¿Cómo el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?</p> <p>-¿De qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019?</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Establecer cómo el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p> <p>-Determinar de qué manera el fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p>	<p>GENERAL:</p> <p>El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando los derechos laborales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p> <p>-El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a una remuneración justa de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p> <p>-El fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral afecta vulnerando el derecho a la libertad sindical de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2019.</p>	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Fraude y la simulación contractual en la tercerización laboral</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>Derechos de los trabajadores</p>	<p>-Fraude contractual.</p> <p>-Simulación contractual.</p> <p>-Derecho a una remuneración justa.</p> <p>-Derecho a la libertad sindical.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: Inductivo-deductivo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídica social.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel Descriptivo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño transversal, no experimental.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA: Se encuentra constituida por 15 casos de desnaturalización de contratos de tercerización, correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2019, de acuerdo a la fórmula muestral, El tipo de muestreo que se emplea es el muestreo no probabilístico, por el criterio de conveniencia del investigador, referido a la posibilidad de acceder a los expedientes en la materia de estudio.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS: Análisis documental y observación.</p>

					INSTRUMENTO INVESTIGACIÓN Ficha de Observación.	DE
--	--	--	--	--	---	-----------

N°	NÚMERO SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
01	<p data-bbox="600 339 972 368">04081-2018-0-1501-JR-LA-03</p> <p data-bbox="591 408 945 472">DEMANDANTE: Elizabeth Magda Prieto Millan</p> <p data-bbox="591 512 945 608">DEMANDADO: Ministerio Publico –Distrito Fiscal de Junín</p>	<p data-bbox="1010 276 1189 304">RESOLUCIÓN:</p> <p data-bbox="1010 328 1178 357"><u>SE RESUELVE:</u></p> <p data-bbox="1099 381 1767 863">Se aprecia que las labores de “notificador” de la accionante no puede ser catalogada como complementaria, sino principal, por lo que, no se pudo tercerizar la misma, en razón que esta labor no podría ser desarrollada por una tercera persona ajena a la demandante, no apreciándose que la misma haya subcontratado o requerido los servicios de terceras personas para el cumplimiento de sus funciones, coligiéndose que es una labor esencial para el cumplimiento y fines de la entidad</p>

N°	NÚMERO SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
02	<p>Expediente N° 01109-2018-0-1501-JR-LA-02</p> <p>DEMANDANTE: Jimmy Frank Díaz Vásquez</p> <p>DEMANDADO: Zona Registral N° VIII – Sede Huancayo de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP)</p>	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN:</u></p> <p>: El demandante, ha demostrado que los contratos sujetos a modalidad de suplencia se han desnaturalizado por la causal prevista en el inciso d) del artículo 77° de la LPCL, sin embargo, el actor al no haber acreditado que postuló a una plaza presupuesta, vacante y a plazo indeterminado, corresponde aplicar la regla 23 del Precedente Huatúco, por ende, la demanda de reposición en el empleo, contiene un pedido jurídicamente imposible, resultando improcedente según el artículo 427.6 del Código Procesal Civil.</p>

N°	NÚMERO SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
03	04081-2018-0-1501-JR-LA-03 DEMANDANTE: Elizabeth Magda Prieto Millan DEMANDADO: Ministerio Publico –Distrito Fiscal de Junín	<u>SE RESUELVE:</u> Se aprecia que las labores de “notificador” de la accionante no puede ser catalogada como complementaria, sino principal, por lo que, no se pudo tercerizar la misma, en razón que esta labor no podría ser desarrollada por una tercera persona ajena a la demandante, no apreciándose que la misma haya subcontratado o requerido los servicios de terceras personas para el cumplimiento de sus funciones, coligiéndose que es una labor esencial para el cumplimiento y fines de la entidad emplazada.

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
04	Expediente N° 01109-2018-0-1501-JR-LA-02	<p><u>SE RESUELVE:</u></p> <p>El demandante, ha demostrado que los contratos sujetos a modalidad de suplencia se han desnaturalizado por la causal prevista en el inciso d) del artículo 77° de la LPCL, sin embargo, el actor al no haber acreditado que postuló a una plaza presupuesta, vacante y a plazo indeterminado, corresponde aplicar la regla 23 del Precedente Huatúco, por ende, la demanda de reposición en el empleo, contiene un pedido jurídicamente imposible, resultando improcedente según el artículo 427.6 del Código Procesal Civil.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
05	02035-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>El contrato celebrado entre las co-demandadas se ha desnaturalizado, toda vez que ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
06	01445-2018-0-1501-JR-LA-02	<p>El señor Juan Arellano Huaranga ingresó a laborar a Doe Run Perú S.R.L. División La Oroya, el 1 de enero de 2007 como trabajador destacado de la empresa Servicios San Juan S.R.L. en el cargo de limpieza y se ha desempeñado en dicha labor hasta el 1 de noviembre de 2008, fecha en que fue despedido. Sostiene que el contrato de tercerización se ha desnaturalizado porque ha laborado con la maquinaria y bajo la supervisión del personal de Doe Run por lo que en realidad tiene una relación de trabajo directa con esta, hecho que ha sido constatado por la autoridad de trabajo mediante procedimientos inspectivos iniciados por el sindicato de trabajadores de la empresa San Juan.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
07	06881-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>El contrato de tercerización se desnaturaliza, cuando se demuestra que en la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, el cual fue dirigido en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, debiendo reconocerse la relación laboral con la empresa principal.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
08	02113-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>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.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
09	0330-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>El contrato celebrado entre las co-demandadas se ha desnaturalizado, toda vez que ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
10	0409-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>De los medios probatorios citados, en específico de los correos electrónicos y declaración testimonial que guardan relación con la autorización de vacaciones del actor, se evidencia que existió subordinación del demandante respecto a la empresa Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta, más aún si el resto de medios probatorios acreditan que Backus tenía injerencia en las decisiones adoptadas por San Ignacio referente a su personal, como por ejemplo la autorización de préstamos humanitarios, autorización de vacaciones de los Gerentes de Distribución, fijación y autorización de gastos de capacitación, entre otros, lo cual se corrobora con la declaración testimonial del señor Carlos Alberto Loyola López, en la que menciona que al haberse fusionado distribuidoras bajo el nombre de San Ignacio, empezaron con lo que era recursos humanos, capacitación, remuneraciones, evaluación de desempeño y clima laboral, todo lo cual no fue negado por las codemandadas.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
11	0760-2011-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>Por ende, la tercerización consiste en 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.</p> <p>Sin embargo, se verifica que el demandante ha presentado carné de identificación con el logotipo de la demandada Repsol YPF Comercial del Perú SA (folio 28), así como carnés de capacitación expedidos por dicha empresa por los años 2006 a 2008 (folios 29 a 31).</p> <p>Además de ello, tampoco se ha observado la cláusula 5.13 del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel, celebrado el 16 de julio de 2007 entre Repsol YPF Comercial del Perú SA y Servosa</p>

		<p>Cargo SAC (folios 422 a 443), en el que se precisó que “EL TRANSPORTISTA deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de seguridad correspondientes requeridas para esta operación, y que se le otorgue el correspondiente carné de capacitación”. Esto es, Servosa Gas SAC, como empresa tercerizadora, debía brindar la capacitación a sus trabajadores destacados a la empresa Repsol YPF Comercial del Perú SA, lo que no ha ocurrido en autos. Es decir que Repsol YPF Comercial del Perú SA se ha Comportado como empleador del demandante, transgrediendo la norma citada.</p>
--	--	---

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
12	01509-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>De otro lado, respecto de la cuarta característica "sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación", se advierte que en fojas ochenta y siete y ochenta y ocho corren los fotochecks del demandante expedido por la codemandada Compañía Minera Antamina S.A. en donde se lee "worker's name", es decir nombre del trabajador; asimismo, corren en autos los documentos denominados "recomendación médica", "nota de evacuación", "examen clínico y auxiliar", entre otros documentos, que corren en fojas ochenta y nueve a ciento dieciséis, en donde se aprecia el logo de la codemandada Compañía Minera Antamina S.A., con lo se puede concluir que el demandante se encontraba bajo subordinación de la citada empresa codemanda, al haberse sometido a los exámenes médico ocupacionales requeridos por dicha emplazada, únicamente desde el veinte de setiembre de dos mil siete en adelante.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
13	01691-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>El contrato celebrado entre las co-demandadas se ha desnaturalizado, toda vez que ha quedado establecido que, para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
14	0876-2019-0-1501-JR-LA-02	<p data-bbox="1301 272 1478 304" style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p data-bbox="1003 357 1774 660">La tercerización se desnaturaliza cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal o cuando la empresa tercerizadora no asume los servicios prestados por su cuenta y riesgo, entre otros supuestos.</p> <p data-bbox="1003 735 1774 1038">Los correos electrónicos citados prueban que la principal le asignaba al recurrente su horario de trabajo, sus labores a desempeñar y supervisaba el desarrollo de las mismas; es decir la principal ejercía sobre el recurrente su poder de dirección a pesar de que no era su empleadora.</p>

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
15	0596-2019-0-1501-JR-LA-02	<p style="text-align: center;"><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>De lo observado en las inspecciones y resoluciones emitidas por la Autoridad Administrativa, se aprecia claramente que la relación contractual de tercerización operada entre las empresas principal y tercerizadora ha sido objeto de una desnaturalización, en los términos en que esto viene determinado por la ley de la materia; y ello básicamente, como ya se precisó, pues en dichas inspecciones se determinó:</p> <p>Que la tercerizadora no cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, al quedar comprobado que utiliza la infraestructura, equipos mobiliarios y servicios que son propiedad de la principal.</p>