

UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Escuela Profesional de Derecho



UPLA
UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES

TESIS

**USO INDEBIDO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y
AFECTACIÓN DE GRATIFICACIONES Y VACACIONES EN
EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE HUANCAYO – 2020**

Para optar	: El título profesional de abogado
Autoras	: Bach. Piñas Ricse Dalia Marisol Bach. Salvador Mosquera Noemi Isabel
Asesor	: Dr. Maximiliano Paz Vela.
Línea de investigación institucional	: Desarrollo humano y derecho
Área de investigación institucional	: Ciencias Sociales
Fecha de inicio y de culminación	: 05-04-2021 al 05-04-2022

**HUANCAYO – PERU
2022**

JURADOS DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Abog. Huisa Ayquia Rosario Milagros
Jurado

Mg. Mayhua Chuquillanqui Hernan Hugo
Jurado

Abog. Cristoval De La Cruz Timoteo
Jurado

DEDICATORIA:

A mis padres, por haberme dado la vida y a mis hermanos, por haberme apoyado en todas las etapas de mi vida.

Dalia Piñas.

DEDICATORIA:

A nuestros padres y familiares, por su amor incondicional. Porque en cada paso que damos, ellos están siempre presentes.

Noemí Salvador.

AGRADECIMIENTO

Agradecemos de forma muy especial al asesor de esta tesis, Dr. Maximiliano Paz Vela, 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, en segundo lugar, expresamos nuestra más sincera gratitud a cada una de las personas que intervinieron en el desarrollo de la presente, ya sea en la recolección de la bibliográfica y material jurisprudencial.

Dalia Piñas y Noemí Salvador.

CONTENIDO

DEDICATORIA:.....	iii
DEDICATORIA:.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
CONTENIDO.....	v
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	x
INTRODUCCIÓN.....	xii
Capítulo I: Planteamiento del problema.....	155
1.1. Descripción del problema.....	155
1.2. Delimitación del problema.....	17
1.3. Formulación del problema.....	18
1.3.1. Problema general.....	18
1.3.2. Problemas específicos.....	18
1.4. Justificación.....	18
1.4.1. Justificación Social.....	18
1.4.2. Justificación teórica.....	20
1.4.3. Justificación Metodológica.....	21
1.5. Objetivos.....	21
1.5.1. Objetivo General.....	21
1.5.2. Objetivos Específicos.....	22

Capítulo II: Marco teórico	23
2.1. Antecedentes	23
2.2. Bases teóricas o científicas	32
2.2.1. La tercerización laboral.....	32
2.2.2. Remuneración y condiciones de trabajo	67
2.2.3. Las limitaciones legales para la subcontratación y la afectación de la libertad de contratación.....	71
2.3. Marco conceptual	75
2.3.1. Tercerización.....	75
2.3.2. Productividad	75
2.3.3. Limitación a la tercerización.....	75
2.3.4. Primacía de la realidad.....	76
Capítulo III: Hipótesis	77
3.1. Hipótesis General	77
3.2. Hipótesis Específicas.....	77
3.3. Variables.....	77
Capítulo IV: Metodología	78
4.1. Método de investigación	78
4.2. Tipo de investigación	78
4.3. Nivel de investigación	79
4.4. Diseño de investigación.....	79

4.5.	Población y muestra	80
4.5.1.	Población.....	80
4.5.2.	Muestra.....	80
4.6.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos	80
4.6.1.	Técnicas de recolección de datos	80
4.6.2.	Instrumentos de recolección de datos	81
4.7.	Técnicas de procesamiento y análisis de datos.....	81
4.8.	Aspectos éticos de la investigación	82
	Capítulo V: Resultados.....	83
5.1.	Descripción de resultados.....	83
5.2.	Contrastación de la hipótesis	85
5.3.	Discusión de resultados	94
	CONCLUSIONES.....	101
	RECOMENDACIONES	103
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	104
	ANEXOS.....	108

RESUMEN

En nuestro país, “la tercerización de servicios se encuentra regulada por la Ley N° 29245, donde se define 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 sobre su exclusiva subordinación”.

El problema general propuesto fue: ¿de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?, habiendo establecido como objetivo general: determinar de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020. La hipótesis general ha sido el siguiente: el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

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 indica lo siguiente: se ha determinado que el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo

Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020. se concluye que “los contratos de tercerización laboral vulneran los derechos laborales del trabajador debido a que las empresas utilizan indiscriminadamente dichos contratos incluso para el desarrollo principal de la empresa, es necesario la presencia de una norma hecha apropiadamente y que sea positiva en cuanto al amparo de los beneficios de los empleadores, conjuntamente garanticen sus derechos individuales y colectivos”.

PALABRAS CLAVES: Tercerización Laboral, Gratificaciones, Vacaciones.

ABSTRACT

In our country, the outsourcing of services is regulated by Law No. 29245, which defines this form of outsourcing of services as the hiring of companies to carry out specialized activities or works, provided that they assume the services provided on their own. and risk; have their own financial, technical or material resources; are responsible for the results of their activities and their workers are on their exclusive subordination.

The general problem of the present one is: in what way does the improper use of labor outsourcing affect the social benefits of the workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2020? Its general objective is: to determine in what way The improper use of labor outsourcing affects the social benefits of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2020. The general hypothesis was that: the improper use of labor outsourcing directly and significantly affects the benefits workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2020.

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 this research, the following is mentioned: it has been determined that the improper use of labor outsourcing directly and significantly affects the social benefits of workers, in the Second Labor Court of the city of Huancayo, 2020. It is concluded that labor outsourcing contracts violate the worker's labor rights because companies use such contracts indiscriminately even for the main development of the company, it is necessary to have a rule made

appropriately and that is positive in terms of protection of benefits of employers,
jointly guarantee their individual and collective rights

KEY WORDS: Labor Outsourcing, Bonuses, Vacations.

INTRODUCCIÓN

La figura de desnaturalización de tercerización de servicios “se encuentra regulada en el artículo 5 de la Ley N° 29245 que dispone que los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la referida ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal” (Toyama, 2020, p. 79), así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes (artículo 5 de la Ley N°29245)

La desnaturalización de la tercerización laboral “tiene como resultado que la compañía principal sea el contratante del trabajador que ha sido trasladado, desde ese momento se produce la desnaturalización. Por lo tanto, se reconocerá sus derechos del trabajador como estabilidad y permanencia laboral de acuerdo a ley, por ende, se realizará una sanción por la infracción que se está realizando la cual lo realizada la Autoridad Administrativa de Trabajo” (Abanto, 2020, p. 33), los inspectores de trabajo solicitan la cancelación del registro de la empresa

El ámbito de aplicación de la tercerización, debemos de tener claro “lo que instituye el artículo N°1 de la Ley el cual nos aclara que la empresa denominada principal es la que delega el proceso de una o más partes de su actividad nuclear a otra empresa tercerizadora, indicando que el tercero no solo será responsable de una parte general del proceso de producción, sino que tan podrá realizar otras actividades del proceso remunerador de la empresa principal”. “Las empresas tercerizadoras para formar y desplegar sus diligencias conviene registrarse en el

Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, delegada a la Autoridad Administrativa de Trabajo, en un término de treinta días hábiles de su constitución, existiendo la utilidad de su legalización al sostenimiento de su registro”.

A nivel metodológico se ha establecido lo siguiente: como problema general se ha formulado al respecto: ¿de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?, siendo su objetivo general: determinar de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020. La hipótesis general planteada fue que: el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

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. Estos resultados han sido obtenidos de la aplicación del instrumento de investigación en la muestra seleccionada”.

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

Para el autor Vinatea (2013) se entiende por tercerización, “la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas o ejecuten obras, siempre que estas 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. 130).

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” (Toyama, 2020, p. 37).

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, advirtiéndose incluso algunas contradicciones, lo cual la hace ineficiente; y contraria a los principios tuitivo, protector y de primacía de la realidad que inspiran el derecho del trabajo”.

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” (Abanto, 2020, p. 44), 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.

A guisa de ejemplo “se puede mencionar el tema de las remuneraciones y beneficios económicos, obviamente los trabajadores directos perciben remuneraciones mucho más altas que los que prestan sus servicios a través de tercerizadoras, además no se debe perder de vista el reparto de otro tipo de beneficios laborales como las utilidades”.

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 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)”. Ergo, la norma actual sobre tercerización no es eficiente y no brinda una regulación eficiente de los derechos laborales.

1.2. Delimitación del problema

a) Delimitación espacial

La investigación se realizó en Segundo Juzgado Laboral de Huancayo.

b) Delimitación temporal

La investigación consideró para su desarrollo como datos de estudio el año 2020.

c) Delimitación conceptual.

- Tercerización.

- Subcontratación de servicios.
- Beneficios sociales.
- Derechos laborales individuales.
- Derechos laborales colectivos.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?

1.3.2. Problemas específicos

1.3.2.1. ¿Cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?

1.3.2.2. ¿Cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de vacaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?

1.4. Justificación

1.4.1. Justificación Social

La presente investigación beneficia a los trabajadores “que son afectados por el uso indebido de los contratos de tercerización laboral, ya que muchas veces suele utilizarse este tipo de contratos a efectos de no reconocerle el reconocimiento de determinados

derechos laborales”. “Debe señalarse que 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.

La tercerización “es el desarrollo del planteamiento organizacional de una empresa, la cual es considerada como la empresa principal, por ello encargara a la empresa tercerista la delegación de un sector de sus empleados a culminar con el desarrollo de una determinada actividad la cual traerá como consecuencia el incremento productivo de la empresa principal”, además de beneficiar en cierta manera a la empresa tercerizadora, quien recibe el presupuesto que debe delegar a sus trabajadores, con la condición que estos cumplan con un determinado servicio que no podrían completar a tiempo los colaboradores de la compañía principal. “El personal contratado bajo el acuerdo realizado con la empresa principal y con la empresa tercerizadora, está subordinado de manera exclusiva a la empresa principal”.

1.4.2. Justificación teórica

La investigación aporta teóricamente ya que estableció los criterios jurídicos que deben emplearse para establecer cuándo nos encontramos ante un contrato de tercerización indebido, “en donde se evidencia una afectación a los derechos laborales del trabajador. 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”.

1.4.3. Justificación 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”.

1.5. Objetivos

1.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

1.5.2. Objetivos Específicos

1.5.2.1. Determinar cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

1.5.2.2. Determinar cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de vacaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

Capítulo II: Marco teórico

2.1. Antecedentes

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, 2017) 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 posible 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 forman parte del 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, 2016) con su investigación titulada: “La tercerización de servicios y la razón 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 altamente interesante, al menos para los empresarios, pues significa que “invirtiendo” menos obtendrán mayores utilidades”.
- 2) “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 *corebusiness* o actividad principal”.
- 3) “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 o científicas

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” (Toyama, 2020, p. 89).

(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. 99).

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), caracterizada por “el recurso por parte de la empresa que asume el control

del mismo a la contratación de empresas especializadas o colaboradores externos para la realización de algunas de las fases o actividades que lo integran, en lugar de llevarlas a cabo de forma directa, mediante personal sujeto a una relación de dependencia”.

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 *corebusiness* 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 *corebusiness*, 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).

De la doctrina y la jurisprudencia anotada, podemos advertir que “la tercerización constituye una modalidad de subcontratación mediante la cual se externalizará determinada fase de la producción o servicio prestado por una empresa denominada principal, a efectos de que otra empresa denominada tercerizadora se encargue de dicha actividad”. Su finalidad es permitir aligeramiento de ciertas actividades desarrolladas por la empresa principal, para que pueda concentrarse en el desarrollo de sus actividades nucleares, es decir, en lo que representa el giro central del negocio.

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 aplicó “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)” (Toyama, 2020, p. 44).

Igualmente, en su segundo párrafo “se fijaron los elementos para la identificación de la tercerización, enumerando, entre ellos, a la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, elementos que evidencian que no se trata de una simple provisión de personal”.

“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” (Fuentes, 2020, p. 42).

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 4, “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 táctica 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” (Puntriano, 2020, p. 19).

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 tratos 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), “ya sea porque aligera la planilla de la empresa principal, la posibilidad de su utilización fraudulenta, como por la disociación que se genera entre el empleador como beneficiario mediato del trabajo y la empresa principal como beneficiario inmediato”.

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".

“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 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 terceriza dora 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” (Abanto, 2020, p. 133).

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 latercerización

“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” (Fuentes, 2020, p. 18).

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 *corebusiness* 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” (Ballesteros, 2020, p. 119).

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 con tratos 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” (Barreto, 2020, p. 133).

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” (Fuentes, 2020, p. 111).

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 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 *corebusiness* 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 *corebusiness*, 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 *corebusiness* (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 *corebusiness*, siendo eso lo que habilita la externalización de estas actividades, digámoslo así, periféricas”.

(Toyama, 2017) entiende que “la tercerización solo procede ante actividades complementarias, de forma que se entendería como *corebusiness* 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 *corebusiness*, 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 *corebusiness*, 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 *corebusiness* 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 *corebusiness*, con lo cual parece que, a nivel de los órganos jurisdiccionales” (Fuentes, 2020, p. 1117), 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 *corebusiness*, 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”.

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 *corebusiness* y a las actividades periféricas que le sirven de apoyo inescindible y, lógicamente, el que se permita la tercerización en actividades propias del *corebusiness* no armoniza con la finalidad de una externalización de servicios o descentralización productiva” (Salas, 2020, p. 111), 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 ser vicios 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”.

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" (Toyama, 2020, p. 184).

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 *corebusiness* 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 *corebusiness* 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 *corebusiness* 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 corebusiness* (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 *corebusiness*”.

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” (Muenta, 2020, p. 111).

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 fue

ratificado por el TC en la sentencia emitida en el Expediente N° 2698-2012-PA/TC cuando recalcó” que, "en cuanto al requisito referido a los recursos, se trataría de alguna de las alternativas,

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”.

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” (Toyama, 2020, p. 179).

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

inter vinientes, 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”

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”.

Cabe indicar que, “de acuerdo al inciso del artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 29245, las empresas intervinientes en la tercerización pueden aportar otros indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal”.

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 que 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” (Toyama, 2020, p. 119).

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).

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. 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”.

“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”.

En dicho contexto, “el artículo 6 de la Ley N° 29245 establece que, al momento de iniciar la ejecución del contrato de obra o servicios, la empresa tercerizadora debe comunicar por escrito a los trabajadores que serán desplazados, a sus representantes, organizaciones sindicales y a los propios trabajadores” (Toyama, 2020, p. 88).

“El incumplimiento de esta obligación de información constituye una infracción administrativa, de conformidad con lo señalado en las normas sobre inspección del trabajo”.

A su vez, “la empresa principal tiene obligación de informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que realizarán. Esa comunicación se debe efectuar dentro de los cinco (5) días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento, o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical”.

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”.

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” (Munte, 2020, p.77).

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 pre sume. 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.

“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” (Toyama, 2020, p. 17).

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

“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 célere 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 AirportPartners 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”.

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”.
- “Dicha restricción sólo obliga al operador principal a mantener vínculo laboral inmediato y directo con un tipo de personal específico que desarrolla labores en la zona de seguridad; sin embargo, no lo limita respecto de la subcontratación de, por ejemplo, su personal de vigilancia que se encuentra encargado de vigilar y controlar funciones específicas 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” (Toyama, 2020, p. 74).

2.3. Marco conceptual

2.3.1. Tercerización

“La tercerización es una manera de alentar activamente la participación de agentes privados en la generación de empleo, actividad que debe ser adecuadamente regulada a fin de compatibilizar la cautela de los derechos laborales de los trabajadores con la promoción de la actividad privada” (Toyama, 2020, p. 99).

2.3.2. Productividad

“En relación a la productividad las personas que sean parte de una organización líder y no seguidora de otras, las empresas utilizan procesos para anticipar las necesidades futuras del mercado y para satisfacerlas antes de que la competencia lo haga” (Abanto, 2020, p. 89).

2.3.3. Limitación a la tercerización

“La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir

trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical” (Barral, 2020, p. 44).

2.3.4. Primacía de la realidad

Neves (2007) señala que, “la tercerización de servicios como descentralización productiva implica que una empresa no se encargará de una o más actividades o etapas de su proceso de producción, sino que, en adelante, será otra la que asumirá ese rol, bajo cuenta y riesgo de esta última, y con sus propios recursos” (p. 98)..

Capítulo III: Hipótesis

3.1. Hipótesis General

El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

3.2. Hipótesis Específicas

- El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.
- El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

3.3. Variables

- Variable independiente:

Tercerización laboral.

- Variable dependiente:

Beneficios sociales.

Capítulo IV: Metodología

4.1. Método de investigación

a) Métodos generales:

Se utilizó el método inductivo y deductivo. El método inductivo consiste en: “es aquella que va de los hechos particulares a afirmaciones de carácter general. Permite analizar casos particulares a partir de los cuales se extraen conclusiones de carácter general. Es muy importante por cuanto fundamenta la formulación de las hipótesis, la investigación de leyes científicas y las demostraciones” (Valderrama, 2014, p. 112).

En tanto el método deductivo consiste en: “aquella que parte de datos generales aceptados como válidos para llegar a una conclusión de tipo particular. Mediante ella se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios” (Bazán, 2010, p. 90).

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

4.2. Tipo de investigación

El tipo de investigación a nivel de la investigación científica es de carácter básico, que según (Valderrama, 2015) se plantea con “el objetivo de mejorar las teorías científicas para una mejor comprensión y predicción de fenómenos naturales o de otro tipo. Es aquel tipo de investigación cuyo objetivo es aumentar el conocimiento sobre una determinada materia” (p. 88).

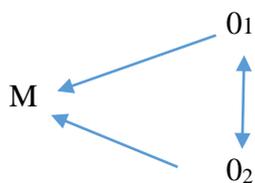
Es de tipo jurídico social ya que “se centra en el análisis y solución de problemas de varias índoles, con especial énfasis en el análisis de la norma y su estudio en la teoría o corrientes doctrinarias”(Arnao, 2007, p. 62).

4.3. 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).

4.4. 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.



V1: Tercerización laboral

V2: Beneficios sociales.

4.5. Población y muestra

4.5.1. Población

La población se encuentra conformada por los casos de tercerización, correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2020.

4.5.2. Muestra

Se encuentra constituida por 09 casos de desnaturalización de contratos de tercerización, correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2020.

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.

4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

4.6.1. 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).

También se utilizó la observación, que es una técnica de investigación que “busca establecer relaciones entre el objeto analizado y lo que se pretende conocer o verificar de él. Para ello el investigador se vale de sus cinco sentidos, y puede utilizar elementos y maquinarias que amplíen su capacidad de análisis y que brinden mayor cantidad y calidad de datos” (Salazar, 2010, p. 53).

4.6.2. 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).

4.7. 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”.

4.8. Aspectos éticos de la investigación

Al respecto, “en el estudio se valoraron los principios éticos, los mismos que se establecerán en los consentimientos informados que deberán ser suscritos por los abogados que participen en la aplicación de los instrumentos de recolección de datos, estableciendo el respeto por la confidencialidad de los datos de los participantes, su intimidad y anonimato, se cumplirá con comunicar los detalles correspondientes.

En tal sentido, todos los principios derivados de la ética en la investigación, han sido debidamente respetados acorde a los lineamientos exigidos por la Escuela de Pregrado de la Universidad Peruana Los Andes”.

Capítulo V: Resultados

5.1. Descripción de resultados

De los casos revisados, puede señalarse lo siguiente: los contratos de tercerización laboral vulneran los derechos laborales del trabajador debido a que las empresas utilizan indiscriminadamente dichos contratos incluso para el desarrollo principal de la empresa, es necesario la presencia de una norma hecha apropiadamente y que sea positiva en cuanto al amparo de los beneficios de los empleadores, conjuntamente garanticen sus derechos individuales y colectivos, de esa forma lograr una proporción sistemática en nuestro país, la tercerización se ha convertido en un instrumento de abaratamiento de costos afectando los derechos laborales del trabajador y vulnerando sus derechos estando la norma que la reglamenta la cual es escasa tanto la estructura y la base.

Se puede indicar que se está vulnerando el derecho a ser bien remunerado debido a las limitaciones de los derechos laborales de un trabajador que labora como tercero es evidente toda vez que la empresa principal busca abaratar costos al delegar la descentralización productiva a las empresas tercerizadoras, siendo capaz de recortar beneficios laborales y recursos suficientes para cubrir la logística de sus trabajadores que son muchas veces cubiertas a la empresa a la cual le prestan el servicio.

En tal sentido, puede argumentarse que la tercerización laboral vulnera el derecho a la seguridad y salud del trabajador debido a que las

empresas tercerizadoras no brindan los implementos necesarios que todo trabajador debe gozar para realizar determinado trabajo conforme a ley, toda vez que la carta magna se encarga de dar condiciones al empleador con el fin de realizar un progreso social y económico, sin embargo las empresa tercerizadoras no cuentan con implementos necesarios para resguardar la integridad física del empleado.

Así, también se ha establecido que la subcontratación, es una forma de contratar mano de obra, introducida mediante la flexibilización laboral, como respuesta a la competencia del mercado y a los adelantos tecnológicos; hoy en día es vista como una estrategia empresarial para disminuir el costo de la mano de obra, su uso significa las violaciones de los derechos laborales, aprovechando las altas tasas de desempleo e informalidad.

La subcontratación laboral se ha expandido a nivel nacional, atendiendo a las presiones caracterizadas por la competitividad y los cambios en la organización del trabajo y la tecnología, aunque precarizando las relaciones laborales por las constantes violaciones de los derechos que les corresponde a partir del contrato laboral. En la subcontratación teóricamente de acuerdo a los preceptos normativos los trabajadores poseen los mismos derechos que aquellos que trabajan directamente para las empresas usuarias, sin embargo, en la práctica estos derechos frecuentemente son vulnerados.

Los derechos que son vulnerados a través de la subcontratación son derechos protegidos en la constitución, así como la estabilidad, una

remuneración equitativa, condiciones de trabajo adecuado, descanso, seguros de salud, compensación por tiempo de servicio, aportes para una jubilación, entre otros que demanda una relación laboral directa.

5.2. Contrastación de la hipótesis

5.2.1. 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 uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*
- ***Ho:*** *El uso indebido de la tercerización laboral no afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*

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	10,000 ^a	1	,000
Corrección de continuidad ^b	21,188	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	09		

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 $10,000 > 3.84$, 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:

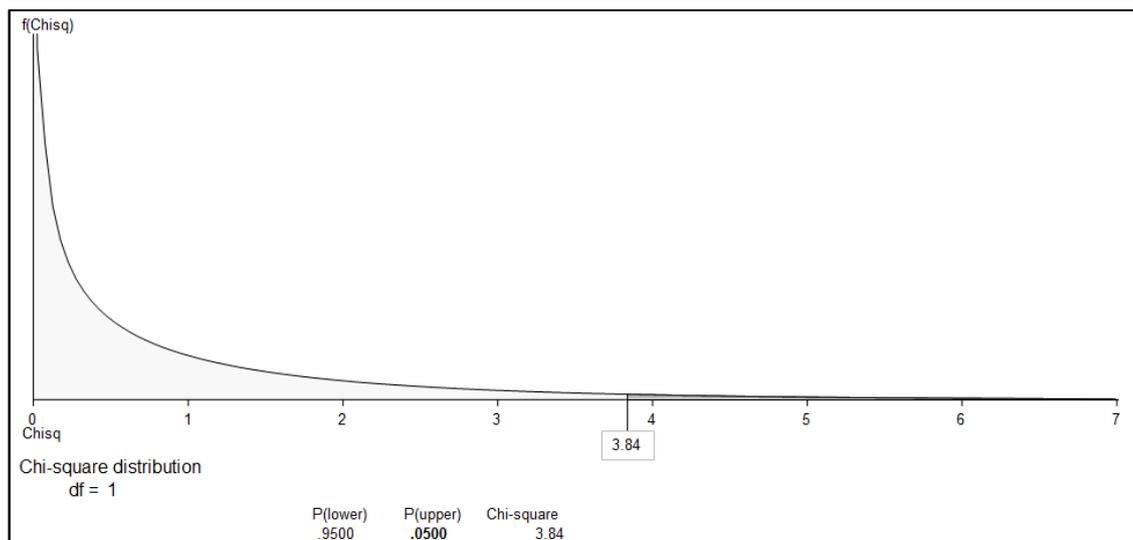


Gráfico N° 04: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis general

Refiriéndonos a los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de $0.05 > 0,000$, es posible afirmar que: el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

Debemos señalar que la ley no regula de manera específica si mediante la tercerización se puede descentralizar la actividad nuclear, es decir la actividad principal que realiza la empresa la que la distingue, pero de la definición que establece la Ley N° 29245 podemos resaltar que la norma establece que la tercerización busca que otras empresas externas desarrollen actividades especializadas u obras específicas. Sin embargo, una dificultad que presenta este tipo de contratación es que las empresas en ocasiones no logran distinguir entre sus actividades, aquella que la hace exitosa y que la

hace ganar mayor espacio en el mercado, es decir aquella actividad que le genera una ventaja comparativa importante.

5.2.2. 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 uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*
- ***Ho:*** *El uso indebido de la tercerización laboral no afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*

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	10,000 ^a	1	,000
Corrección de continuidad ^b	20,141	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	09		

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

Del mismo modo, al observarse el nivel de distribución en la prueba de Chi cuadrado de Pearson, se observa que $10,000 > 3.84$, 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:

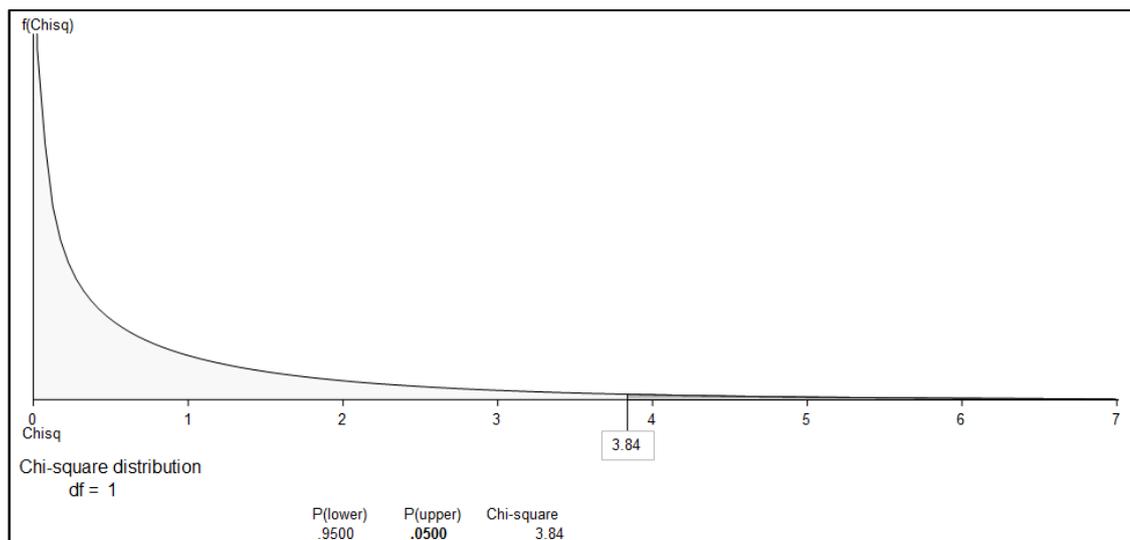


Gráfico N° 05: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis específica 1

De los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de $0.05 > 0,000$, es posible afirmar que existe: el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

La tercerización es un tipo de contratación que cada vez viene siendo más usada por las empresas, esta consiste en delegar a otras empresas, la ejecución de servicios tanto materiales como inmateriales, los mismos que antes eran asumidos de manera directa por la propia empresa a través de sus trabajadores. El objetivo de esta tercerización es lograr que la empresa se concentre en su objeto principal dejando a otras empresas especializadas una serie de labores por las cuales se estaba perdiendo agilidad y productividad. Una de las consecuencias de la tercerización, es la

reducción de los empleados directos, según los especialistas del tema, la implementación de la denominada tercerización logra que en un corto periodo de tiempo los costos se reduzcan ya que los generados por las innovaciones tecnológicas en las áreas que han sido contratadas externamente serán asumidos por el contratista. Cierta parte de la doctrina afirma que lo que se delega a la empresa externa son aquellas funciones o servicios no relacionados con el objeto principal del negocio y que al desarrollarlas con empresas expertas en el tema se logra la excelencia, la reducción de costos y el tiempo necesario para concentrarse en lo que realmente es el núcleo de la empresa. En los últimos 10 años, la tercerización laboral ha ganado mayor terreno en el sector empresarial, ya que lo que nació como función secundaria, pasó a convertirse en solución general y una actividad necesaria en la empresa. Constituyéndose así en una herramienta que permita coadyuvar al desarrollo de muchas empresas que de otra manera quizás, habrían sucumbido.

5.2.3. 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:

- ***Ha:*** *El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los trabajadores en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*

- ***Ho:*** *El uso indebido de la tercerización laboral no afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los trabajadores en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.*

“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	10,000 ^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	09		

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 $10,000 > 3.84$, 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:

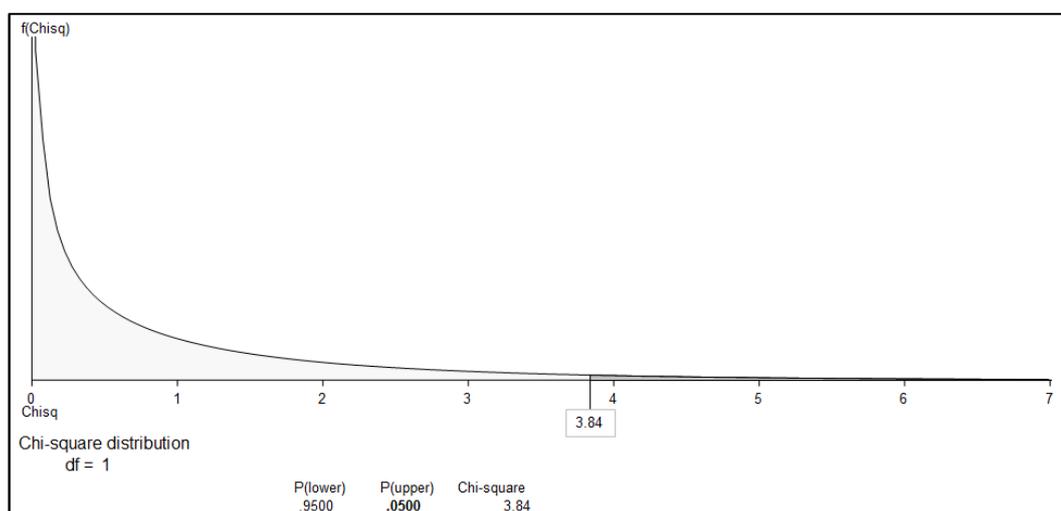


Gráfico N° 06: Distribución de la prueba de Chi cuadrado para la hipótesis específica 2

De los datos obtenidos, y sabiendo que el valor de significancia de $0.05 > 0,000$, es posible afirmar que. el uso

indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los trabajadores en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.

5.3. Discusión de resultados

La temática del presente trabajo de investigación se sustenta en un derecho fundamental que ha merecido un interés particular del estado, en cuanto involucra la afectación de los derechos laborales, teniendo en cuenta la escasa regulación existente en torno a la tercerización laboral. En nuestro país no existía una regulación específica respecto a la tercerización, es recién en el año 2008 con la Ley N° 29245 y con el Decreto Supremo 006-2008-TR que se viene a regular, pero de una manera muy ambigua la figura de la tercerización. La libertad que tienen las empresas para auto desarrollarse, así como los derechos laborales que se ven afectados con el uso abusivo de la tercerización laboral son temas son de vital importancia para el estado ya que se están viendo afectados derechos que requieren una protección absoluta de parte del ordenamiento.

Dentro de este contexto, la regulación del marco laboral, la organización del trabajo o la duración de la jornada adquieren una renovada importancia en el seno de las empresas y, muy especialmente, en aquellas que se ven amenazadas por la competencia creciente de nuevos actores, que se ven obligadas a la introducción de medidas de flexibilidad de todo tipo, unas veces asumidas como mal menor para atajar cierres o deslocalizaciones y otras como un elemento que provoca un sustancial tensionamiento de las relaciones laborales.

A nivel casuístico, de los casos revisados, puede verificarse lo siguiente: “La responsabilidad de ERICSSON será por los daños directos que ocasionen por dolo, culpa grave y culpa leve, que le sean exclusivamente imputables y jurídicamente declaradas, en cualquier evento que sea directa y exclusivamente imputable a Ericsson, o de los terceros de los que se valga para la prestación del servicio, sin perjuicio de las penalidades pactadas en el presente contrato. (...)”, aspecto que da cuenta de la vulneración de los derechos laborales vulnerados, como puede verificarse en el expediente N°04152-2017-0-1501-JR-LA-02.

En definitiva, las relaciones laborales se abrirán a un mundo de retos y oportunidades y responder a los mismos va a estar directamente ligado a capacidades y valores estrictamente personales, a la existencia de un mercado laboral dinámico y en constante proceso de cambio, en el que, la creatividad, flexibilidad y capacidad de poner en marcha nuevas ideas e iniciativas serán cualidades que las empresas demandarán y les serán exigibles.

De otro lado, también puede verse el caso N°01168-2018-0-1501-JR-LA-02, en el cual, se ha resuelto lo siguiente: **ORDENO** la exclusión de las planillas de la tercerizadora **TGESTIONA LOGISTICA S.A.C.** e incorporación de la actora en las planillas de trabajadores permanentes de la empresa principal **TELEFONICA DEL PERU S.A.A.**, como Técnico u otro de similar nivel, sin disminuir las condiciones y beneficios laborales de los que venía gozando, aspecto que da cuenta de que la empresa citada vulneró los beneficios sociales del trabajador.

La tercerización de la producción y los servicios es una de las características del desarrollo actual de la economía globalizada, de manera tal que un determinado producto puede ser diseñado en un país, las materias primas obtenidas en un segundo, confeccionarse parte de él en un tercero y cuarto, y ser comercializado por un quinto país.

La externalización de la producción y del trabajo en los últimos veinte años se han extendido vertiginosamente al interior de los países en América Latina, tanto como estrategia desarrollada en forma abierta, promovida y celebrada por las empresas, como de modo soterrado, para disimular o evadir algún problema laboral, en muchos casos, y/o tributarios, en otros. El hecho es que hoy la mayoría de las empresas se encuentran desmembradas en múltiples unidades productivas, y una proporción importante de esta práctica generalizada hace precario e inestable el empleo y las condiciones de trabajo en ella.

Citando un trabajo previo de Romero (2015), menciono que la tercerización es la representación de sostén industrial que surge debido a las variaciones originadas por la internacionalización, y aproxima la flexibilización y adecuación de las recomendaciones laborales, donde es necesario la presencia de una norma hecha apropiadamente y que sea positiva en cuanto a la amparo de los beneficios de los empleados, así como de los derechos colectivos e individuales de la mano de obra y de esa forma lograr una proporción sistemática en nuestro país, sobre tercerización es infructuosa en cuanto al amparo de los derechos laborales estando la norma que la reglamenta es escasa tanto la estructura y la base.

También podemos acoger la percepción según Toledo (2015) y fuente de derecho jurisprudencial (Casación N°5659-2016-LIMA), elementos característicos de la tercerización se encuentra regulados en el artículo 2 de la ley, que son los siguientes: que tengan equipamiento propio, la pluralidad de clientes, una inversión de capital y una retribución de obra o servicio (p.48).

Así también, puede observarse la decisión siguiente: **ORDENO** que la demandada **TELEFONICA DEL PERU S.A.A.** dentro del plazo de cinco (05) días hábiles de notificada la Sentencia, cumpla con: **REPONER** al accionante en el cargo de **SUPERVISOR DE AGENCIA** u otro cargo similar de igual nivel y categoría, bajo la modalidad de contrato de trabajo a tiempo indeterminado, dentro del régimen laboral del D. Leg. N° 728, reconociéndosele la condición de trabajador obrero a plazo indeterminado; que deviene del caso establecido en el expediente N°04152-2017-0-1501-JR-LA-02.

Por ello, los mencionados elementos son solo sospechas de la presencia de una autonomía empresarial, la cual corresponderán ser analizadas en cada caso determinado, teniendo en cuenta la actividad económica de la empresa, el tipo de actividad, la apertura y la extensión de la empresa denominada principal y tercerizadora. Podemos afirmar que todos estos datos han sido corroborados en nuestro trabajo previo y nuestra doctrina confirmando que existe una vulneración a los derechos laborales del trabajador, debido a no cumplirse los requisitos señalados en la ley, los trabajadores bajo dicho contrato laboral tienen respecto de su empleador

todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la norma vigente, en efecto no están sujetos a la subordinación por parte de la empresa principal.

Por su parte, Mejía (2014), menciona que los requerimientos principales de la eficacia de la tercerización, que son las siguientes: (i) Los contratistas asuman los servicios dados por cuenta y riesgo; (ii) Es responsable de los resultados de sus actividades (iii) Tengan con sus adecuados ingresos, expertos o materiales y (iv) Sus personales están sujetos a su exclusiva subordinación.

Bajo este aporte podemos mencionar que el objetivo de la regulación de los requisitos es impedir que la tercerización laboral sea utilizada fraudulentamente, en el artículo N° 3 del reglamento señala que la ficción de una de ellas hace que se afecte la tercerización. Todos estos datos están corroborados con la doctrina y nuestros trabajos previos considerando y argumentando que las empresas tercerizadas no cumplen conforme a ley lo establecido para el beneficio del trabajador que por derecho le confiere, vulnerando su derecho a ser bien remunerado a la medida que este tipo de contratación busca abaratar costos al delegar la descentralización productiva a las empresas tercerizadoras.

El panorama del tratamiento sobre la subcontratación estatal ha derivado producto de la descentralización que se analiza en la doctrina nacional como extranjera. En los estudios advierte un peligro latente por transformar los mecanismos de flexibilización, eficiencia y competitividad

empresarial utilizados como el manto que cubren en lo material relaciones de trabajo con sus elementos propios como la dependencia en provecho del empleador.

En la situación actual resulta preocupante el tratamiento que recibe la institución de la intermediación laboral y la tercerización, por cuanto ha resultado insuficiente como mecanismos de lucha para contrarrestar la amenaza de las relaciones laborales aparentes.

Así, especialmente el tratamiento de la intermediación laboral, como se ha evidenciado con la promulgada Ley N°27626 es solo una muestra de un camino amplio por estudiar, lo que merece la calificación de desregulación, ello por cuanto se advierten deficiencias en la materia referida a la responsabilidad solidaria. Así, para una institución internacional como lo es el Banco Interamericano de Desarrollo - BID (2016) la subcontratación es un mecanismo que ha aportado a la precarización laboral en América Latina, donde se ha ido transformando las condiciones de protección, y deshumanizando los vínculos detrás del uso de la tecnología y deshaciendo las relaciones entre quienes integran la comunidad de trabajo.

También puede observarse la siguiente decisión: **DECLARO** que el demandante, **FERNANDO ALEX SANCHEZ MANCILLA** es trabajador permanente, con contrato a plazo indeterminado en planillas de **TELEFONICA DEL PERU S.A.A.**, con todos los derechos y beneficios que le corresponden al cargo, desde el **04 de abril del 2014 en adelante**;

contenida en el expediente N°02964-2019-0-1501-JR-LA-02; dando cuenta de la modificación de régimen laboral en favor del trabajador.

Eventualmente hoy en día, cada vez hay más casos de trabajo permanente que se desliza hacia el empleo precario. Por ejemplo, en México el portal Veritas (2018) manifiesta que el outsourcing (Subcontratación) se ha convertido en un esquema importante para el crecimiento de la economía; sin embargo, alrededor de esta figura aún hay dudas y confusiones que requieren aclararse para su buen uso y cumplimiento normativo. Son las mujeres y jóvenes que mayormente sufren la violación de sus derechos laborales a través de este modo de contratar, entre ellos la estabilidad laboral y sus garantías de empleo digno.

El caso del Perú el problema es similar con la existencia de la desigualdad, debido que desde de la década de los noventa la legislación laboral vigente se caracteriza por su flexibilidad, que se expresa en la variedad de modalidades de contratación dentro de los cuales encontramos a la subcontratación, está utilizada extensivamente en diversos sectores económicos para reducir costos o evitar el reconocimiento de beneficios sociales (Maldonado, 2018).

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020. “En tal sentido se ha concluido que los contratos de tercerización laboral vulneran los derechos laborales del trabajador debido a que las empresas utilizan indiscriminadamente dichos contratos incluso para el desarrollo principal de la empresa, es necesario la presencia de una norma hecha apropiadamente y que sea positiva en cuanto al amparo de los beneficios de los empleadores, conjuntamente garanticen sus derechos individuales y colectivos”.
2. Se ha establecido que el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020, de acuerdo a los casos expuestos en la presente. “Se concluye que la tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por este con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, por otro lado, se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone, no obstante, en determinados casos, como los planteados en la presente, se afectan derechos y beneficios laborales”.

3. Se ha determinado que el uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020, “ya que se ha evidenciado que este beneficio no es otorgado aun cuando sí le corresponde al trabajador. Este mecanismo solo se convierte en un abaratamiento de costos laborales afectando los derechos de los trabajadores como por ejemplo en las utilidades, dado que, el monto que percibe un trabajador incluido en la planilla de la empresa usuaria no será igual al que percibe un trabajador de la empresa tercerizadora”.

RECOMENDACIONES

1. “Se sugiere al Congreso de la República, que promulgue una norma complementaria que regule de carácter más amplia y completa la atención de los servicios de tercerización, que garanticen los derechos del trabajador y sea un seguro instrumento de garantía de generación de empleo de calidad”.
2. “Se recomienda que la Superintendencia de Fiscalización Laboral, emita una Directiva en la cual determine la correcta fiscalización de las relaciones laborales en relación a la tercerización laboral, a su vez se deben implementar un curso y/o taller de capacitación a los fiscalizadores de trabajo para que apliquen correctamente el sentido de la ley de tercerización”.
3. “Es necesario analizar académicamente las situaciones y problemas que a diario se presentan en nuestra sociedad, principalmente aquellas en las que se ven afectados los derechos laborales, procurando una adecuada protección de este derecho fundamental, es por ello que buscamos evaluar cuales son los principales problemas o limitaciones que se presentan en cuanto a los servicios de tercerización laboral, con el fin de corregir los defectos, deficiencias o carencias legislativas que permitan su correcta aplicación dentro de nuestro sistema jurídico, lo cual va a permitir corregir errores y fortalecer las instituciones jurídicas”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bazán, D. (2010). *Metodología de la investigación. Razanamientos*. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- Bermuy, O. (2013). Contratación laboral. *Revista Actualidad Empresarial N° 293*.
- Blancas, C. (2016). *Derecho Constitucional Laboral*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- 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: Universidad Nacional de Sao Paulo.

- 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 Jurídico 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: Universidad César Vallejo
- 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 Social.

- Pasco, M. (2012). Los contratos temporales: exposición y crítica. *Revista de Derecho de la Pontificia Univesrsidad Católica del Perú* 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: Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Ramallo, A. (2010). *Intermediación laboral y derechos vulnerados del trabajador*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Ramírez, A. (2008). *Lecturas de Derecho Constitucional*. . Lima: Editorial Universidad Nacional Federico Villarreal..
- Romero, J. (2015). *La tercerización de servicios y la razon 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: Ponficia Universidad Católica del Perú
- Sánchez, J. (2015). *Implicancias de las nuevas formas de relación laboral. Contratos de tercerización*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Sanguineti, W. (2009). *La tercerizacion de actividades Productivas. ¿Una estartegia para la puesta en parentesis de los pricnipios 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: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Toyama, J. (2011). Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias . *Revista Derecho & Sociedad* N° 30, 84-104.

Toyama, J. (2015). *Contratos laborales*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Título: USO INDEBIDO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y AFECTACIÓN DE GRATIFICACIONES Y VACACIONES
EN EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE HUANCAYO – 2020.

PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPÓTESIS	VARIABLES	INDICADORES	METODOLOGÍA
<p>GENERAL:</p> <p>¿De qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-¿Cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?</p> <p>-¿Cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de vacaciones a los trabajadores, en el</p>	<p>GENERAL:</p> <p>Determinar de qué manera el uso indebido de la tercerización laboral afecta los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>-Determinar cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.</p> <p>-Determinar cómo el uso indebido de la tercerización laboral afecta el pago de vacaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral</p>	<p>GENERAL:</p> <p>El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa los beneficios sociales de los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.</p> <p>ESPECÍFICAS:</p> <p>-El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de gratificaciones a los trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.</p> <p>-El uso indebido de la tercerización laboral afecta de manera directa y significativa el pago de vacaciones a los</p>	<p>INDEPENDIENTE:</p> <p>Tercerización Laboral</p> <p>DEPENDIENTE:</p> <p>Beneficios sociales.</p>	<p>Existencia de una empresa tercerizadora.</p> <p>-Existencia de una empresa principal.</p> <p>-Pago de gratificaciones.</p> <p>-Pago de vacaciones.</p>	<p>MÉTODO DE INVESTIGACIÓN: Inductivo-deductivo</p> <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Investigación jurídica social.</p> <p>NIVEL DE INVESTIGACIÓN: Nivel explicativo.</p> <p>DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Diseño transversal, no experimental.</p> <p>POBLACIÓN Y MUESTRA: La población se encuentra conformada por los casos de tercerización, correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2020. La muestra se encuentra constituida por 09 casos de desnaturalización de contratos de tercerización, correspondientes al Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, año 2020. Se utilizará el muestreo aleatorio simple, en donde cada elemento de la población puede ser objeto de la muestra.</p> <p>TÉCNICAS DE RECOPIACIÓN DE DATOS:</p>

Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020?	de la ciudad de Huancayo, 2020.	trabajadores, en el Segundo Juzgado Laboral de la ciudad de Huancayo, 2020.			Análisis documental y Observación. INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN Ficha de Observación.
---------------------------------------------------------	---------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------	--	--	----------------------------------------------------------------------------------------------------

N°	NÚMERO SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
01	04152-2017-0-1501-JR-LA-02	“La responsabilidad de ERICSSON será por los daños directos que ocasionen por dolo, culpa grave y culpa leve, que le sean exclusivamente imputables y jurídicamente declaradas, en cualquier evento que sea directa y exclusivamente imputable a Ericsson, o de los terceros de los que se valga para la prestación del servicio, sin perjuicio de las penalidades pactadas en el presente contrato. (...)”.

N°	NÚMERO SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
02	01168-2018-0-1501-JR-LA-02	<p>FUNDADA LA DEMANDA interpuesta por FLOR JACQUELINE CISNEROS TRUJILLO y TELEFONICA DEL PERU S.A.A. sobre DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y OTROS, contra TELEFONICA GESTION DE SERVICIOS COMPARTIDOS PERU S.A.C. y TGESTIONA LOGISTICA S.A.C.;</p> <p>en consecuencia:</p> <p>A. DECLARO LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL a plazo indeterminado bajo los alcances del Decreto Legislativo N° 728, entre la demandante FLOR JACQUELINE CISNEROS TRUJILLO y TELEFONICA DELPERU S.A.A., a partir de su fecha de ingreso el 02 de diciembre de 2009.</p> <p>B. ORDENO la exclusión de las planillas de la</p>

		<p>tercerizadora TGESTIONALOGISTICA S.A.C. e incorporación de la actora en las planillas de trabajadores permanentes de la empresa principal TELEFONICA DEL PERU S.A.A., como Técnico u otro de similar nivel, sin disminuir las condiciones y beneficios laborales de los que venía gozando.</p>
--	--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
03	04787-2018-0-1501-JR-LA-02	<p><u>SE RESUELVE:</u></p> <p>DECLARAR:</p> <p>1. FUNDADA la demanda interpuesta por ROSARIO CONSUELO CUADRADO LANDA, contra TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. Y OTROS, sobre DESNATURALIZACIÓN DE TERCERIZACIÓN LABORAL, en consecuencia, DECLARO:</p> <p>a) La desnaturalización de la Tercerización celebrado entre TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con las empresas TELEFÓNICA SERVICIOS COMERCIALES S.AC. Y TELEFÓNICA MOVILES S.A., en aplicación del artículo 5 de la Ley N° 29245.</p> <p>b) La existencia de una relación jurídica laboral sujeta a plazo indeterminado, entre la demandante ROSARIO CONSUELO CUADRADO LANDA y TELEFÓNICA</p>

		DEL PERU S.A.A., a partir del 01 de agosto de 2006 hasta el 30 de setiembre del 2014.
--	--	--------------------------------------------------------------------------------------------------

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
04	02964-2019-0-1501-JR-LA-02	<p><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>FUNDADA LA DEMANDA interpuesta por FERNANDO ALEX SANCHEZMANCILLA sobre DESNATURALIZACION DE CONTRATO DE TERCERIZACION celebrado entre TELEFONICA DEL PERU S.A.A., TELEFONICA SERVICIOS COMERCIALES S.A.C. y TELEFONICA MOVILES S.A; en consecuencia:</p> <p>A. DECLARO que el demandante, FERNANDO ALEX SANCHEZ MANCILLA es trabajador permanente, con contrato a plazo indeterminado en planillas de TELEFONICA DEL PERU S.A.A., con todos los derechos y beneficios que le corresponden al cargo, desde el 04 de abril del 2014 en adelante.</p> <p>2. FUNDADA en parte la demanda sobre la inclusión a la</p>

		<p>remuneración del actor los incrementos remunerativos otorgados por el Convenio Colectivo 2015-2016 y el Laudo Arbitral 2016-2017 de manera permanente; asimismo, se debe ordenar que la demandada cumpla con pagar los conceptos por reintegros en aplicación de los convenios colectivos y/o laudos arbitrales, por el periodo que corre de julio del 2019, hasta la ejecución efectiva de pago de los convenios colectivos y/o laudos arbitrales que se calcularán en ejecución de sentencia e INFUNDADA la misma, respecto a la inclusión en la remuneración del actor los incrementos remunerativos provenientes del Laudo Arbitral 2013-2014, Laudo Arbitral 2014-2015 y Acta de Acuerdo en Reunión de Conciliación 2017-2018.</p> <p>3. FUNDADA en parte la demanda, respecto al PAGO de beneficios sociales otorgados mediante convenios</p>
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>colectivos (Laudo arbitral 2013-2014, laudoarbitral 2014-2015, convenio colectivo 2015-2016 y laudo arbitral 2016-2017), desde el 04 de abril del 2014; consistentes en incrementos remunerativos, bonificación vacacional, asignación por escolaridad, movilidad, refrigerio y cierre de pliego; en consecuencia, ORDENO que la demandada pague a favor del accionante, la suma de S/. 38,877.48 (TREINTA Y OCHO MILOCHOCIENTOS SETENTA Y SIETE CON 48/100 SOLES).</p> <p>4. INFUNDADA la demanda en el extremo de pago de beneficios sociales provenientes del Acta de Acuerdo de Reunión de Conciliación 2017-2018, así como el pago de asignación familiar.</p> <p>5. FUNDADA en parte la demanda respecto al pago de reintegro de beneficios sociales (CTS y Gratificaciones),</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>por pago diminuto. En consecuencia, ordeno que la demandada pague a favor del accionante, por reintegro de Gratificaciones legales, la suma de S/. 3,849.17 (TRES MIL OCHOCIENTOSCUARENTA Y NUEVE CON 17/100 SOLES) y por reintegro de CTS, la suma de S/.1,888.68 (MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO CON 68/100).</p> <p>6. INFUNDADA la misma, en el extremo de pago de reintegro de remuneración</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
05	02966-2019-0-1501-JR-LA-02	<p><u>RESOLUCIÓN</u></p> <p>DECLARO que el demandante, JEMMY ALAIN CANTARO CONDOR es trabajador permanente, con contrato a plazo indeterminado en planillas de TELEFONICA DEL PERU S.A.A., con todos los derechos y beneficios que le corresponden al cargo, desde el 22 de marzo del 2013 en adelante.</p> <p>INFUNDADA la demanda sobre la inclusión a la remuneración del actor de los incrementos remunerativos otorgados por el Convenio Colectivo 2009-2013 y el Laudo Arbitral 2013-2014.</p> <p>3. FUNDADA EN PARTE la demanda en el extremo respecto al PAGO de condiciones económicas por aplicación del Convenio Colectivo 2009-2013 y Laudo Arbitral 2013-2014, conforme se ha</p>

		<p>desarrollado en el punto C de la presente resolución; consistentes en la bonificación vacacional, movilidad, refrigerio y cierre de pliego; en consecuencia, ORDENO que la demandada pague a favor del accionante, la suma de S/. 11,020.30 (ONCE MIL VEINTE CON 30/100 SOLES).</p> <p>4. Las mismas que se deben incorporar de manera permanente a la remuneración del actor según corresponda, con excepción de Cierre de Pliego; e INFUNDADA la demanda en el extremo de Bonificación por Escolaridad y Asignación Familiar.</p> <p>5. INFUNDADA la demanda en el extremo de pago de reintegros remunerativos y beneficios sociales por aplicación del convenio colectivo 2009-2013 y laudo arbitral 2012-2014, por el periodo que corre del 22 de</p>
--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>marzo del 2013 al 30 de setiembre del 2014.</p> <p>6. FUNDADA la demanda, respecto al pago de diferencial de utilidades, cuyo monto será liquidado en ejecución de sentencia y conforme se ha determinado en el punto 7 de la presente resolución.</p>
--	--	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

N°	NÚMERO DE SENTENCIA	FUNDAMENTOS JURÍDICOS RELEVANTES
06	02113-2019-0-1501-JR-LA-02	<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
07	01691-2019-0-1501-JR-LA-02	<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
08	0876-2019-0-1501-JR-LA-02	<p>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>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

09	0596-2019-0-1501-JR-LA-02	<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>
-----------	----------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

En la fecha, yo **Dalia Marisol Piñas Ricse**, identificado con DNI N° 72451358, domiciliado en la calle los Jiron Centauro Mz “B” Lt “8” –Cooperativa Santa Isabel-Huancayo, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“USO INDEBIDO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y AFECTACIÓN DE GRATIFICACIONES Y VACACIONES EN EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE HUANCAYO – 2020”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 28 de octubre de 2021.

DALIA MARISOL PIÑAS RICSE
DNI N° 72451358

DECLARACIÓN JURADA DE AUTORÍA

En la fecha, yo Noemi Isabel Salvador Mosquera, identificado con DNI N° 7004047, Domiciliado en la calle Canal Cimir N°888- Chilca- Huancayo – Junín, egresada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me **COMPROMETO** a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada: **“USO INDEBIDO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL Y AFECTACIÓN DE GRATIFICACIONES Y VACACIONES EN EL SEGUNDO JUZGADO LABORAL DE HUANCAYO – 2020”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.

Huancayo, 28 de octubre de 2021.

NOEMI ISABEL SALVADOR MOSQUERA
DNI N° 70042047