



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Sumilla. Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación, siendo el elemento determinante la autonomía de las empresas que concurren en la actividad productiva. De ahí que, para el análisis debe observarse el principio de primacía de la realidad.

Lima, uno de agosto de dos mil veintidós

VISTA; la causa número treinta y tres mil ochocientos setenta y cuatro, guión dos mil diecinueve, **LIMA;** interviniendo como **ponente** la señora jueza suprema **Pinares Silva de Torre;** con la adhesión de los señores jueces supremos, Torres Gamarra, Malca Guaylupo y Ato Alvarado; y con el voto en **discordia** de la señora jueza suprema **Carlos Casas;** con la adhesión de los señores jueces supremos Ampudia Herrera y Lévano Vergara, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata de los recursos de casación interpuestos por la parte demandante, **Leoncio Alania Carhuaricra,** de cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, de fojas quinientos noventa y seis a seiscientos veinticuatro, contra la **sentencia de vista** de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, de fojas quinientos setenta y tres a quinientos noventa y uno, que **revoca** la **sentencia de primera instancia** de trece de diciembre de dos mil dieciocho, de fojas cuatrocientos seis a cuatrocientos quince, que declara fundada la demanda, y **reformándola,** la declara **infundada;** en el proceso seguido contra las codemandadas Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Cuprita J.P. Sociedad Anónima Cerrada, sobre desnaturalización de tercerización laboral y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la parte demandante, se declaró procedente mediante resolución de catorce de enero de dos mil veintidós, de fojas ciento cincuenta y uno a ciento cincuenta y ocho del cuaderno de casación, por las causales de:



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT

- i) *Infracción normativa del artículo 2º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización;*
- ii) *Infracción normativa del artículo 5º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y los artículos 3º, 4º y 5º del Reglamento de la referida Ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2008-TR; e*
- iii) *Infracción normativa del artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR.*

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales.

CONSIDERANDO

Antecedentes del caso

Primero.

- a) **Demanda.** Conforme al escrito de demanda de seis de octubre de dos mil diecisiete, de fojas treinta y tres a cincuenta y cuatro, el demandante insta como pretensión, la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Abierta y Cuprita J.P. Sociedad Anónima Abierta, y el reconocimiento de un contrato de trabajo a plazo indeterminado con la Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Abierta desde el seis de noviembre de dos mil dieciocho hasta la actualidad, en el cargo de Carrilano.
- b) **Sentencia de primera instancia.** El Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia declara **fundada** la demanda; al considerar que no está acreditado que Cuprita JP SAC contaba al momento de la celebración del contrato de tercerización (treinta y uno de octubre de dos mil ocho), con sus propios recursos técnicos para



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

cumplir con el objeto del mismo, siendo un indicativo de la ausencia de uno de los elementos característicos del contrato de tercerización. Asimismo, no está acreditada la subordinación del trabajador con Cuprita JP SAC y la pluralidad de clientes o que esté bajo la excepción del numeral 4.2. del artículo 4º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, por lo que, declara la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre la Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada, y se declara una relación laboral entre el demandante y la codemandada Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada desde el seis de noviembre de dos mil ocho hasta la actualidad.

- c) Sentencia de segunda instancia.** El Colegiado de la Tercera Sala Laboral de la mencionada Corte Superior, por sentencia de vista revoca la sentencia de primera instancia, y reformándola, declara infundada la demanda; considerando que no existe prohibición legal para que se pueda tercerizar parte de las actividades principales de la usuaria y la propia Ley Minera faculta tercerizar los servicios de exploración, explotación y beneficio; no se advierte que la suscripción del contrato entre las demandadas implique una desnaturalización ni una relación laboral directa entre el actor y la empresa Austria Duvaz, y negociar y suscribir acuerdos para la regulación de condiciones de trabajo a través de convenios colectivos pueden constituir indicios de desnaturalización.

Sobre las causales materiales procedentes en los acápites i) y ii)

Segundo. Las causales procedentes están referidas a la **infracción normativa de los artículos 2º y 5º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y los artículos 3º, 4º y 5º del Reglamento de la referida Ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, que disponen lo siguiente:**

- ☐ **De la Ley que regula los servicios de tercerización, Ley N.º 29245.**

Artículo 2. Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Artículo 5. Desnaturalización

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.

☐ **Del Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización,
Decreto Supremo N.º 006-2008-TR**

Artículo 3. Requisitos

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

Artículo 4. Elementos característicos

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

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

a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.

b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.

c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla. Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

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

Artículo 5. Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

- a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.*
- b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.*
- c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro*

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

Tercero. Para efectos de analizar las causales denunciadas por la parte recurrente, se debe tener presente que el tema en controversia, conforme se verifica del recurso de casación y lo actuado por las instancias de mérito, está relacionado a determinar si el contrato de tercerización suscrito entre las codemandadas se ha desnaturalizado o no, bajo el ámbito de aplicación del artículo 5º de la Ley N.º 29245, así como de los artículos 2º y 3º del citado cuerpo legal, para efectos de establecer el vínculo laboral del demandante con la empresa principal Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada.

Alcances de la tercerización laboral

Cuarto. En cuanto a 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 que se consolida en un servicio integral.

Jorge Toyama entiende a la Tercerización como:



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

“(…) todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad, que previamente se desarrollaban por una misma empresa, o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero.”¹

Sobre el mismo tema, en el voto singular emitido por el magistrado Eto Cruz en la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 02111-2010-PA/TC, en relación a la tercerización se precisa lo siguiente:

“11. La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que surge como respuesta a las nuevas necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [Schneider, Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47].

12. En consonancia con esta finalidad, el artículo 2 de la Ley N.º 29245, ‘Ley que regula los servicios de tercerización’, define a esta última como ‘(…) la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación’.”

Alcances del principio de primacía de la realidad en el ámbito de la tercerización

Quinto. El análisis de la tercerización se vale del principio de primacía de la realidad, el cual constituye uno de los instrumentos de mayor relevancia en el Derecho de Trabajo, por cuanto, privilegia lo que sucede en el ámbito de los hechos, sobre lo que puedan contener los documentos², permitiéndole al Juez establecer la verdadera naturaleza de una relación contractual.

¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú”. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2015, p. 188.

² Plá Rodríguez, Américo. “Los Principios del derecho del trabajo”. Buenos Aires: Ediciones De Palma, 1978, p. 243, que refiere lo siguiente sobre el Principio de primacía de la realidad: “(…) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos”.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Ahora bien, en el marco de dicho principio, aun cuando pueda existir un contrato debidamente formalizado, será la forma cómo en la práctica se ejecuta el mismo, lo que va a determinar su real naturaleza, privilegiándose la realidad sobre lo estipulado en los documentos, siendo que en el caso de una pretendida relación laboral deberá analizarse las manifestaciones y rasgos sintomáticos del contrato de trabajo, en la medida que estos últimos, determinan las características propias de una relación laboral.

Según Plá Rodríguez³, la discordancia entre la realidad y los documentos o las formas, procede de diversas causas, pudiendo destacar las siguientes:

- De la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, es decir de la simulación, particularmente de la simulación relativa, constituyéndose en el principal supuesto que se aprecia en la realidad, es decir, cuando se disimula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto.
- Provenir de un error, como puede ser en la calificación del trabajador.
- La falta de actualización de los datos en la documentación laboral.
- La falta de cumplimiento de requisitos formales.

De lo anotado, se infiere que la validez de un contrato de tercerización puede ser objeto de análisis bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, ello en la medida que medie discordia entre lo suscitado en el plano de los hechos y los documentos que dan origen a la tercerización.

Sobre la desnaturalización de la tercerización

Sexto. Para que no se desvirtúe la figura jurídica de tercerización, tienen que presentarse en forma conjunta los cuatro requisitos del primer párrafo del artículo 2º de la Ley N.º 29245, esto es, que: *i)* la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo; *ii)* cuente con sus propios recursos financieros,

³ Ibid, pp. 256-257.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

técnicos o materiales; *iii*) sea responsable por los resultados de sus actividades; y *iv*) sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

En este contexto, a efectos de determinar si se ha desnaturalizado la tercerización, se debe analizar la existencia de la autonomía empresarial, la pluralidad de clientes, si cuenta con equipamiento, inversión de capital y retribución por obra o servicio, teniendo en cuenta la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas, principal y tercerizadora (artículo 4º de I Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

Séptimo. Respecto al *indicio de la pluralidad de clientes*, con la dación del Decreto Legislativo N.º 1038, publicada el veinticinco de junio de dos mil ocho, que precisa los alcances de la Ley N.º 29245, establece el periodo de un año para que las empresas tercerizadoras se adecúen a la pluralidad de clientes, como elemento característico de la tercerización laboral; sin embargo, esta no será valorada cuando: *a*) el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora; *b*) en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora; *c*) la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa (numeral 4.2 del artículo 4º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

Sobre el *indicio del equipamiento propio*, para determinar la autonomía de la tercerizadora, se debe tener en cuenta: *i*) que los equipos son de su propiedad o se mantienen bajo su administración y responsabilidad; y, *ii*) cuando resulte razonable, la tercerizadora use equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral (numeral 4.3 del artículo 4º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Octavo. Igualmente y entre otros, deben evaluarse, en su caso, 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: la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa; la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización; y, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares.

De ello se puede concluir 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 y las externaliza hacia otras empresas que detentan autonomía de patrimonio, administrativa y funcional. No obstante, subyace al marco legal de la tercerización que ésta no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar los derechos de los trabajadores. En el caso que se haya incurrido en alguna de las causales de desnaturalización de la tercerización previstas en la ley, la consecuencia será que la empresa principal sea la empleadora del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma (artículo 6º de la Ley N.º 29245 y artículo 6º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

De acuerdo a lo expuesto, y atendiendo a lo descrito por la parte recurrente en el recurso de casación, corresponde analizar los requisitos del contrato de tercerización, para efectos de establecer si se encuentra desnaturalizado o no, teniendo en cuenta los fundamentos que sostienen las partes, los medios probatorios actuados en el proceso y las normas pertinentes, para analizar el caso de autos.

Análisis del caso concreto

Noveno. Ahora bien, sobre la controversia en torno al cumplimiento conjunto o copulativo de los requisitos regulados en el primer párrafo del artículo 2º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, corresponde evaluar los



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

elementos o indicios característicos de la tercerización materia del *contrato de locación de servicios y de obra* en fojas setenta uno a ochenta y nueve, suscrito por las codemandadas en el mes de octubre de dos mil ocho, con la finalidad de confirmar o desvirtuar su legalidad. Para estos efectos, es pertinente remitirse al inciso a) del artículo 5º del Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, en tanto establece que la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora, produce la desnaturalización de la tercerización.

Décimo. Del análisis del elemento característico relacionado a la **pluralidad de clientes** que debiera cumplir toda empresa que realiza actividades tercerizadas, si bien obra en autos el Contrato de Ejecución de Labores Mineras entre la Compañía Minera Casapalca Sociedad Anónima y Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada (de fojas cuatrocientos diecinueve a cuatrocientos treinta y uno), este no genera certeza con respecto a la pluralidad de clientes de la empresa tercerizadora Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada, si tenemos en consideración que entre los términos y consideraciones, la cláusula vigésima cuarta establece que el plazo del contrato es de seis meses, a partir del uno de noviembre de dos mil ocho y concluyó el treinta de abril del año dos mil nueve, sin adjuntar otros documentos que indiquen que la codemandada Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada cumplió con el elemento característico de las actividades que desarrolla.

Asimismo, aun cuando en algunos casos la pluralidad de clientes no puede cumplirse debido a una situación coyuntural o transitoria, que suele depender entre otros factores, por la demanda del tipo de servicio que prestan, cuando se encuentre justificada la adopción de un pacto de exclusividad, u otras situaciones que pueden ser ajenas a su control, dicha situación coyuntural o transitoria que impide la pluralidad de clientes no ha sido manifestada o esclarecida por las codemandadas bajo razones objetivas y demostrables, siendo que, pese a que la pluralidad de clientes es un elemento que debiera ser permanente en el tiempo, este no ha sido efectivamente demostrado en autos.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Undécimo. Por otro lado, otro indicio que indicaría ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora es el hecho probado en autos referido a que la empresa principal por voluntad propia pactó y otorgó beneficios a trabajadores de empresas contratistas como lo es la codemandada Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada.

Sobre este extremo, es oportuno citar el Acuerdo de partes de fojas doce, de doce de abril de dos mil diecisiete, en el cual el *Sindicato Único de Trabajadores Mineros Metalúrgicos de las Empresas Especializadas, Contratistas y de la Usuaría Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada* acuerdan, entre otros, lo siguiente:

“(...) Duvaz asignará un bono por permanencia de (S/ 500) soles a los colaboradores de las empresas contratistas, la misma que se desembolsará el 28 de abril de 2017, la cual estará en función de los días efectivamente trabajados en el año 2016, licencias sindicales y descansos médicos según norma, con la finalidad de seguir manteniendo la armonía laboral durante el año 2017”.

Por otro lado, el Acta de acuerdo en reunión de extraproceso de fojas trece, de fecha veintisiete de junio de diecisiete, a la letra menciona lo siguiente: *“Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada (...) **garantiza la continuidad laboral** de los trabajadores tercerizados en las empresas contratistas que determine la Empresa Principal” (énfasis nuestro)*. Esto, a todas luces, evidenciaría la ausencia de autonomía empresarial de la que adolece la empresa tercerizadora Cuprita P.J. Sociedad Anónima Cerrada.

Duodécimo. También es relevante que de los términos contractuales pactados en el contrato de locación de servicios y de obra de fojas setenta y uno a ochenta y nueve que ha venido renovándose en el tiempo, que justifica la actividad tercerizada entre las codemandadas, en el numeral 8.14 de la cláusula octava relativa a las obligaciones de la contratista, se señala que, *“Los supervisores de EL CONTRATISTA que ingresan a operaciones deben tener la capacitación y experiencia en el gerenciamiento de riesgos. Además, dichos supervisores deben pasar una entrevista con el Jefe de Área o Sección y el Jefe de SSMA de LA COMPAÑIA”*; denotando que la codemandada Sociedad Minera Austria Duvaz



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Sociedad Anónima Cerrada mantenía plena injerencia en la disposición y gestión del recurso humano que en apariencia sería dependiente de Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada en las actividades a prestar, quien tenía facultades restringidas al momento de evaluar y contratar al personal para el inicio de operaciones.

Décimo tercero. De igual forma, debe entenderse una clara dependencia de la empresa tercerizadora con relación a la empresa principal, lo cual se corrobora con lo pactado en el numeral 7.5 de la cláusula séptima sobre obligaciones de la empresa usuaria, del *contrato de locación de servicios y de obra* en fojas setenta y uno a ochenta y nueve, donde se dispone “*Facilitar a **EL CONTRATISTA** acceso a su Almacén para adquirir los materiales necesarios y directamente vinculados con la ejecución del objeto del contrato y/o desarrollo de los trabajos pactados, como explosivos, madera, tuberías, accesorios, mangas de ventilación, brocas, barrenos, aceites, petróleo u otros materiales, cuyo costo será descontado de la liquidación o valoración que elabore el Departamento de Ingeniería de LA COMPAÑIA*”, es decir, Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada sostenía y brindaba soporte a las actividades de Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada con materiales propios, que si bien serían descontados con posterioridad, demuestra la carencia de implementos y materiales necesarios de la tercerizadora para las prestaciones esenciales del servicio bajo su propia cuenta con independencia. En tal sentido, se concluye que la tercerizadora carece de recursos materiales propios para desarrollar la actividad tercerizada o no cuenta con implementos o equipamiento para el cumplimiento de sus obligaciones, lo que implica, evidentemente, carencia de autonomía empresarial; lo cual no se desvirtúa con el informe de inventario de bienes que data de treinta y uno de diciembre de dos mil trece, al no ser contemporáneo a la prestación de servicios del demandante.

Por lo tanto, este Supremo Colegiado advierte que la sentencia de vista infringe los dispositivos legales en análisis, al encontrarse acreditada la desnaturalización del contrato de tercerización, deviniendo estas causales en ***fundadas***.



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

**CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Respecto a la causal material del acápite iii)

Décimo cuarto. Asimismo, se denuncia la *infracción normativa del artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR*, que disponen lo siguiente:

☐ **Del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR:**

***Artículo 41.** Convención colectiva de trabajo es el acuerdo, destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesado, expresamente elegidos y autorizados y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores.*

Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento.

Alcances sobre la negociación colectiva

Décimo quinto. El derecho de negociación colectiva es consustancial al derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en tanto le permite a ésta cumplir la finalidad -que le es propia- de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo.

Mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social; es así que, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos.

Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios⁴.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.º 3561-2009-PA/TC, de 17 de agosto de 2009, fundamento vigésimo.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Décimo sexto. El producto de la negociación, es el convenio colectivo, que se define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales; asimismo, el referido acuerdo *emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores*⁵. Asimismo, Luis Campos y otros, señalan que los convenios colectivos son: *“básicamente acuerdos celebrados entre empresarios (uno o varios) y trabajadores (una o varias agrupaciones de trabajadores) para fijar normas (aspecto normativo) que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito laboral determinado y los derechos y obligaciones de las propias partes contratantes (aspecto obligacional)”*⁶.

Décimo séptimo. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha emitido los convenios 87 y 98, sobre la libertad sindical y la protección del derecho a la sindicalización, los que han sido ratificados por el Estado Peruano y por ende, se encuentran vinculados a sus alcances. En su contenido, si bien se reconoce el derecho a la constitución libre de las organizaciones que estimen convenientes, así como el pleno ejercicio de la negociación voluntaria, no debe perderse de vista que estas se desarrollan en una interacción entre los trabajadores, empleadores y sus organizaciones, dentro del marco normativo nacional, dado mediante el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR que se ha descrito en los considerandos precedentes.

Solución al caso en concreto

Décimo octavo. En lo concerniente al Convenio Colectivo de 2017-2018 de siete de julio de dos mil diecisiete, en fojas quince a veinticinco, suscrito por la Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y el Sindicato de Trabajadores Mineros Metalúrgicos de las empresas especializadas, contratista y de la usuaria Sociedad Minera Austria Duvaz, se observa que es la codemandada, empresa usuaria, quien reconoce beneficios sindicales, tales como licencias con goce de

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.º 008-2005-PI/TC, de 12 de agosto de 2005, fundamento vigésimo noveno.

⁶ Casación Laboral N.º 4009-2017 Lima, de 16 de abril de 2019 citando a Campos, Luis y otros, fundamento trigésimo.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

remuneraciones, local sindical y facilidades a los dirigentes, disponiendo que las empresas contratistas adopten e implementen acciones, e incluso mandando a cumplir descuentos, sin que estas intervengan en el proceso de negociación y toma de acuerdos. Asimismo, acuerda otorgar dotación de vivienda y vestuario, reconocer las categorías y escalas salariales de los trabajadores, capacitaciones a los trabajadores, dotación de útiles de aseo, mamelucos y zapatos de seguridad, exámenes de salud anuales, y bonificaciones por quinquenio, entre otros.

De los beneficios laborales antes mencionados, como son las capacitaciones y la dotación de implementos de seguridad, se infiere que estos tenían por finalidad incrementar la productividad de los trabajadores, y prevenir riesgos en su salud y seguridad, demostrando con estos acuerdos, rasgos de laboralidad y de *subordinación* a la empresa principal, puesto que, conforme se consignó en el Acta de acuerdo en reunión extraproceso a fojas trece, de fecha veintisiete de junio de diecisiete, Sociedad Minera Austria Duvaz se hizo responsable del cumplimiento de los derechos de los trabajadores de Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada, evidenciando con ello, la ausencia de autonomía empresarial de esta última. De igual modo, el proveer a los trabajadores de materiales, útiles de aseo y demás herramientas denota que la empresa Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada no contaba con suficientes recursos financieros, técnicos o materiales propios.

Décimo noveno. Por lo tanto, al intervenir la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada en las negociaciones colectivas de las empresas contratistas, se puede concluir que estas no gozan de plena independencia, y si bien esta no es una causal de desnaturalización de los contratos de tercerización, permite concluir en base al principio de primacía de la realidad, que la relación laboral del trabajador se materializó directamente con la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada, y el contrato de tercerización se trató de una simple provisión de personal.

En consecuencia, la Sala Superior infringió el artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR, debido a que, de los convenios colectivos suscritos por



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

las partes se observan indicios o rasgos de laboralidad que refuerzan la teoría del caso del actor sobre la desnaturalización de los contratos de tercerización suscritos entre las empresas Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada, por lo que esta causal es **fundada**.

Vigésimo. Por consiguiente, se tiene que, en aplicación del principio de primacía de la realidad y de conformidad con el análisis de los medios probatorios aportados al proceso, así como de lo expresado por las partes en cada etapa procesal y la normativa pertinente aplicable al caso en concreto, devienen en **fundadas** las causales declaradas procedentes.

Por estas consideraciones, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

HA RESUELTO:

1. Declarar **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **Leoncio Alania Carhuaricra**, de cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, de fojas quinientos noventa y seis a seiscientos veinticuatro.
2. **CASAR** la **sentencia de vista** de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, de fojas quinientos setenta y tres a quinientos noventa y uno; **y actuando en sede de instancia, CONFIRMAR** la **sentencia de primera instancia** de trece de diciembre de dos mil dieciocho, de fojas cuatrocientos seis a cuatrocientos quince, que declara **fundada** la demanda, en consecuencia, declara la desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre las codemandadas y se reconoce la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el demandante y la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada.
3. **DISPONER** la publicación del texto de la presente resolución en el Diario Oficial “*El Peruano*” conforme a lo dispuesto en el artículo 41º de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo.



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

**CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

4. **NOTIFICAR** la presente sentencia a las partes procesales pertinentes del proceso ordinario laboral sobre **desnaturalización de tercerización laboral y otros**, y los devolvieron.

S.S.

TORRES GAMARRA

MALCA GUAYLUPO

PINARES SILVA DE TORRE

ATO ALVARADO

jmcr/fsy

LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA que el voto suscrito por el señor juez supremo **TORRES GAMARRA**, fue dejado oportunamente en relatoría, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregándose el referido voto suscrito a la presente resolución.

EL VOTO EN DISCORDIA DE LA SEÑORA JUEZ SUPREMA CARLOS CASAS, CON LA ADHESIÓN DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS AMPUDIA HERRERA Y LÉVANO VERGARA ES COMO SIGUE:

MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **Leoncio Alania Carhuaricra**, de cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, de fojas quinientos noventa y seis a seiscientos veinticuatro, contra la **sentencia de vista** de veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, de fojas quinientos setenta y tres a quinientos noventa y uno, que **revoca** la **sentencia de primera instancia** de trece



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

**CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

de diciembre de dos mil dieciocho, de fojas cuatrocientos seis a cuatrocientos quince, que declara fundada la demanda, y **reformándola**, la declara **infundada**; en el proceso seguido contra las codemandadas **Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Cuprita J.P. Sociedad Anónima Cerrada**, sobre desnaturalización de tercerización laboral y otros.

CAUSALES DEL RECURSO

El recurso de casación interpuesto por la parte demandante, se declaró procedente mediante resolución de catorce de enero de dos mil veintidós, de fojas ciento cincuenta y uno a ciento cincuenta y ocho del cuaderno de casación, por las causales de:

- i) ***Infracción normativa del artículo 2º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.***
- ii) ***Infracción normativa del artículo 5º de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y los artículos 3º, 4º y 5º del Reglamento de la referida Ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2008-TR.***
- iii) ***Infracción normativa del artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR.***

Correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales.

CONSIDERANDO:

Primero. Contexto del caso

Para contextualizar el análisis de las causales de casación declaradas procedentes, es oportuno tener en cuenta como antecedentes del proceso los siguientes:

- a) **Pretensión.** Conforme al escrito de demanda de seis de octubre de dos mil diecisiete, de fojas treinta y tres a cincuenta y cuatro, el demandante insta



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

como pretensión, la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Abierta y Cuprita J.P. Sociedad Anónima Abierta, y el reconocimiento de un contrato de trabajo a plazo indeterminado con la Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Abierta desde el seis de noviembre de dos mil dieciocho hasta la actualidad, en el cargo de Carrilano.

- b) Sentencia de primera instancia.** El Segundo Juzgado de Trabajo Transitorio de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia declara **fundada** la demanda; al considerar que no está acreditado que Cuprita JP SAC contaba al momento de la celebración del contrato de tercerización (treinta y uno de octubre de dos mil ocho), con sus propios recursos técnicos para cumplir con el objeto del mismo, siendo un indicativo de la ausencia de uno de los elementos característicos del contrato de tercerización. Asimismo, no está acreditada la subordinación del trabajador con Cuprita JP SAC y la pluralidad de clientes o que esté bajo la excepción del numeral 4.2. del artículo 4º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, por lo que, declara la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre la Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada y Cuprita JP Sociedad Anónima Cerrada, y se declara una relación laboral entre el demandante y la codemandada Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada desde el seis de noviembre de dos mil ocho hasta la actualidad.
- c) Sentencia de segunda instancia.** El Colegiado de la Tercera Sala Laboral de la mencionada Corte Superior, por sentencia de vista revoca la sentencia de primera instancia, y reformándola, declara infundada la demanda; considerando que no existe prohibición legal para que se pueda tercerizar parte de las actividades principales de la usuaria y la propia Ley Minera faculta tercerizar los servicios de exploración, explotación y beneficio; no se advierte que la suscripción del contrato entre las demandadas implique una desnaturalización ni una relación laboral directa entre el actor y la empresa Austria Duvaz, y negociar y suscribir acuerdos para la regulación de



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

**CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

condiciones de trabajo a través de convenios colectivos pueden constituir indicios de desnaturalización.

Infracción normativa

Segundo. La infracción normativa se produce con la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación; debiendo entenderse que dicha infracción subsume las causales que fueron contempladas anteriormente en el artículo 56° de la Ley N.º 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N.º 27021, referidas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, pero, además, incluye otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero. Esta Sala Suprema declaró procedente las causales de orden material referidas a la **Infracción normativa de los artículos 2° y 5° de la Ley N.º 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, y los artículos 3°, 4° y 5° del Reglamento de la referida Ley, aprobado por Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, así como la infracción normativa del artículo 41° de la Ley N.º 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo;**

Para el análisis de las causales referidas, es conveniente realizarlo en conjunto, toda vez que los argumentos de la parte recurrente sobre dichas causales tienen conexidad entre sí; por lo que este Supremo Tribunal debe realizar un análisis correspondiente a fin de evaluar si la decisión de la Sala Superior ha sido emitida mediante un pronunciamiento claro y preciso.

Cuarto. Las disposiciones legales citadas disponen lo siguiente:

➤ **De la Ley que regula los servicios de tercerización, Ley N.º 29245:**

“Artículo 2°.- Definición

Se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.

Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Artículo 5º.- Desnaturalización

Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes”.

➤ **Del Reglamento de la Ley que regula los servicios de tercerización,**

Decreto Supremo N.º 006-2008-TR:

Artículo 3º.- Requisitos

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

Artículo 4º.- Elementos característicos

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

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

a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.

b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella. Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

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

Artículo 5º.- Desnaturalización de la tercerización

Se produce la desnaturalización de la tercerización:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma”.

En cuanto a la causal de orden material, referida a la **infracción normativa por interpretación errónea del artículo 41º del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N.º 010-2003-TR**, esta norma prescribe:

“Artículo 41º.- Convención colectiva de trabajo es el acuerdo, destinado a regular las remuneraciones, las condiciones de trabajo y productividad y demás, concernientes a las relaciones entre trabajadores y empleadores, celebrado, de una parte, por una o varias organizaciones sindicales de trabajadores o, en ausencia de éstas, por representantes de los trabajadores interesado, expresamente elegidos y autorizados



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

y, de la otra, por un empleador, un grupo de empleadores, o varias organizaciones de empleadores. Sólo estarán obligadas a negociar colectivamente las empresas que hubieren cumplido por lo menos un (1) año de funcionamiento”.

Definición y Alcances de la tercerización laboral

Quinto.

5.1. La Organización Internacional del Trabajo, respecto a este tema señala que en la subcontratación de la producción de bienes o de servicios, y subcontratación de mano de obra, se distingue: *a) subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, mediante la cual “una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, y esta última se compromete a llevar a cabo el trabajo por su cuenta y riesgo, y con sus propios recursos financieros, materiales y humanos”; y b) subcontratación de mano de obra, cuando el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra (y no de bienes ni de servicios) por parte del subcontratista a la empresa usuaria, la cual puede pedir a los interesados que trabajen en sus locales junto con sus propios asalariados o que lo hagan en otra parte, si la organización de la producción así lo requiere”*⁷.

5.2. En doctrina, la tercerización, es conocida como “Outsourcing”, 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 que se consolida en un servicio integral.

Jorge Toyama entiende a la Tercerización como:

*“(…) todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad, que previamente se desarrollaban por una misma empresa, o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero.”*⁸

Sobre el mismo tema, conforme señala el tratadista Sanguineti: *“mediante el recurso a la externalización de actividades productivas es posible introducir*

⁷ Informe VI (1) Trabajo en régimen de subcontratación, 85ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1997), págs. 7 y 8.

² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El Derecho Individual del Trabajo en el Perú”. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2015, página 188.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

*importantes niveles de flexibilidad en el uso de la fuerza de trabajo*⁹ Este mismo autor señala que la noción de «tercerización»

5.3. El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Expediente N.º 02111-2010-PA/TC**, sobre la tercerización, específicamente en los fundamentos esgrimidos por el **Magistrado Eto Cruz** ha señalado lo siguiente:

La tercerización laboral: concepto, justificación y requisitos legales

“11. La subcontratación o tercerización laboral es una institución jurídica que en el actual contexto de la globalización y, particularmente, al fenómeno de la descentralización productiva como mecanismo para generar mayor eficiencia y competitividad en el mercado. De este modo, se entiende que en algunas ocasiones resulta más eficiente para una empresa desplazar una fase de su ciclo productivo a otras empresas o personas individuales, en vez de llevarla a cabo ella directamente y con sus propios medios o recursos. Así entendida, la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [Schneider, Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47].

12. En consonancia con esta finalidad, el artículo 2º de la Ley N.º 29245, ‘Ley que regula los servicios de tercerización’, define a esta última como ‘(...) la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación’

13. Sobre la base de esta definición legal, es posible pues identificar que, en toda relación de tercerización, existen siempre las siguientes partes contractuales: a) la empresa de tercerización o contratista, la cual debe hallarse inscrita en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, que está a cargo de la Autoridad Administrativa del Trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley N.º 29245; y b) la empresa principal o usuaria, que es aquella que contrata la realización de la obra o servicio.

14. Sin embargo, la tercerización o subcontratación laboral no es una institución que pueda asimilarse sin más a una simple provisión de personal, lo que en puridad correspondería más bien a la figura de la intermediación laboral, propiamente dicha. Antes bien, el legislador se ha preocupado por establecer aquellos elementos característicos que definen a la tercerización como tal, y que permiten distinguirla de otras figuras afines, entre los cuales se menciona: i) la pluralidad de clientes; ii) la

⁹ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo; Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo, disponible en formato electrónico en la página web de la Revista Actualidad laboral: www.revista-actualidadlaboral.com/miscelanea/not_curso.htm.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

dotación de equipamiento propio; iii) la inversión de capital; y iv) la retribución por obra o servicio (artículo 2º de la Ley N.º 29245)

15. Por último, cabe señalar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N.º 29245, publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008 (modificada a su turno por el Decreto Legislativo N.º 1038), así como su correspondiente reglamento (Decreto Supremo N.º 006-2008-TR, publicado el 12 de septiembre de 2008), la figura de la tercerización laboral estuvo regulada en otras leyes referidas a la intermediación laboral (específicamente, la Ley N.º 27626, “Ley que regula la actividad de empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores” y su reglamento, el Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, y modificatorias).

16. Asimismo, conviene resaltar que el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2005-TR, prescribe expresamente en su artículo 61º que el empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores; o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza: a) la coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales; b) la seguridad y salud de los trabajadores; y c) la verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores. Asimismo, se señala que el empleador vigilará el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal.

Sexto. Sobre la desnaturalización de la tercerización

6.1. Para que no se desvirtúe la figura jurídica de Tercerización, tienen que **presentarse en forma conjunta los cuatro requisitos** del primer párrafo del artículo 2º de la Ley N.º 29245, esto es:

- 1) Que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo;
- 2) Que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales;
- 3) Que sean responsables por los resultados de sus actividades; y,
- 4) Que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación.

6.2. A efectos de determinar si ha existido desnaturalización de la Tercerización, se debe analizar la existencia de autonomía empresarial, la pluralidad de clientes, contar con equipamiento, inversión de capital y retribución por obra o servicio; teniendo en cuenta la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas, principal y tercerizadora (artículo 4º de l Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

6.3. Respecto al indicio del equipamiento propio, para determinar la autonomía de la tercerizadora, se debe tener en cuenta que ésta tiene equipo propio, es decir cuando: (i) son de su propiedad; (ii) se mantiene bajo su administración y responsabilidad; y, (iii) en cuanto resulte razonable, la tercerizadora use equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral (artículo 4.3 del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

6.4. Igualmente y entre otros, deben evaluarse, en su caso, 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: la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa; la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización; y, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos inteligibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la principal.

6.5. De ello se puede concluir que la tercerización constituye la descentralización de la producción y de la prestación de servicios, a través de la cual la empresa principal se desprende de parte de sus actividades, que incluso pueden ser parte de su *core business*, y las externaliza hacia otras empresas que detentan autonomía de patrimonio, administrativa y funcional. No obstante, subyace del marco legal sobre la tercerización que ésta no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar los derechos colectivos de los trabajadores. En el caso que se haya incurrido en alguna de las causales previstas en la ley sobre desnaturalización de la tercerización, la consecuencia será que la empresa principal sea la empleadora del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

misma (artículo 6º de la Ley N.º 29245 y artículo 6 º del Decreto Supremo N.º 006-2008-TR).

Alcances sobre la negociación colectiva

Séptimo. El derecho de negociación colectiva es consustancial con el derecho de libertad sindical, toda vez que su ejercicio potencializa la actividad de la organización sindical, en tanto le permite a ésta cumplir la finalidad -que le es propia- de representar, defender y promover los intereses de sus afiliados, y hacer posible, real y efectivo el principio de igualdad de oportunidades en el trabajo.

Mediante el ejercicio del derecho de negociación colectiva se busca cumplir la finalidad de lograr el bienestar y la justicia social en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. es así, que, en algunas ocasiones, el derecho de negociación colectiva se hace efectivo a través de la celebración de acuerdos, contratos o convenios colectivos.

Por dicha razón, resulta válido afirmar que la negociación colectiva constituye el medio primordial de acción de la organización sindical para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios¹⁰.

Octavo. Aunado a ello, resulta ilustrativo indicar que de acuerdo a los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo Nos. 98¹¹ y 151¹², que forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28º de la Constitución Política del Perú, señalan que puede entenderse a la negociación colectiva como el procedimiento que permite crear acuerdos y materializar diferentes compromisos respecto a los distintos intereses que puedan tener tanto los empleadores como los trabajadores.

Noveno. Es así que, la negociación colectiva es concebida como la actividad o proceso encaminado a la conclusión de un acuerdo, contrato o convenio colectivo que den respuesta a los distintos intereses de las partes, fijando formas equitativas

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N.º 3561-2009-PA/TC

¹¹ Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949.

¹² Convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública, 1978.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

para la distribución de las cargas y beneficios y de los derechos y obligaciones, es decir, constituye el principal instrumento para la armonización de los intereses contradictorios de las partes en la relación laboral¹³.

Alcances sobre el convenio colectivo

Décimo. El producto de la negociación, es el convenio colectivo, que se define como el acuerdo que permite crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones referidas a remuneraciones, condiciones de trabajo, productividad y demás aspectos concernientes a las relaciones laborales; asimismo, el referido acuerdo emana de una autonomía relativa consistente en la capacidad de regulación de las relaciones laborales entre los representantes de los trabajadores y sus empleadores¹⁴. Asimismo, Luis Campos y otros, señalan que los convenios colectivos son: *“básicamente acuerdos celebrados entre empresarios (uno o varios) y trabajadores (una o varias agrupaciones de trabajadores) para fijar normas (aspecto normativo) que regularán las condiciones de trabajo en un ámbito laboral determinado y los derechos y obligaciones de las propias partes contratantes (aspecto obligacional)”*¹⁵.

Principios que sustentan el derecho a la negociación colectiva

Décimo primero. El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 03561-2009-PA/TC ha incluido el desarrollo de los principios que sustentan el derecho a la negociación colectiva, a saber: a) negociación libre y voluntaria; b) libertad para decidir el nivel de la negociación, y c) buena fe.

***“Principio de negociación libre y voluntaria:** Este principio es uno de los pilares de la negociación colectiva, el cual se encuentra ratificado en el artículo 4º del Convenio núm. 98 y el artículo 5º del Convenio núm. 154 y hace referencia a que no deben existir medidas de coacción que alteren el carácter voluntario de la negociación.*

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que: “el Estado no puede ni debe imponer, coercitivamente, un sistema de negociaciones colectivas a una organización determinada, intervención estatal que claramente atentaría no sólo contra el principio

¹³ GERNIGON, Bernard y otros. “Principios de la OIT sobre la negociación colectiva”. Consultado el 05 de abril de 2016 <http://www.ilo.org/public/spanish/revue/download/pdf/gernigon.pdf>

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de 12 de agosto de 2005, recaído en el expediente N.º 008-2005 -PI/TC

¹⁵ CAMPOS, Luis y otros. Citado por DÍAZ AROCO, Teófila T. “Derecho Colectivo del Trabajo”. 3 ed. Lima: Editorial Grijley, 2011, p. 449.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

de la negociación libre y voluntaria, sino también contra los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva. No obstante, ello no impide que el Estado pueda prever legislativamente mecanismos de auxilio a la negociación, tales como la conciliación, la mediación o el arbitraje, ni órganos de control que tengan por finalidad facilitar las negociaciones”¹⁶.

De ahí que este principio abarca dos supuestos: a) libertad para negociar o libertad de elegir entre acudir o no a negociar y de negociar con una u otras organizaciones sindicales; y, b) libertad para convenir o libertad para ponerse o no de acuerdo durante el íter de la negociación.

Principio de libertad para decidir el nivel de la negociación colectiva: *La elección del nivel en que se llevará a cabo la negociación colectiva corresponderá, esencialmente, a la voluntad de las partes; y, por consiguiente, no debe ser impuesto por la legislación. Dicho de otro modo, esta elección corresponde a los propios interlocutores de la negociación por cuanto se encuentran en mejor posición para decidir cuál es el nivel más adecuado. Al respecto, señala el Tribunal Constitucional que: “por excepción, cabe la posibilidad de que el nivel de la negociación colectiva pueda ser determinada por vía heterónoma (arbitraje) ante un organismo independiente a las partes, en función de la naturaleza promotora de la negociación colectiva”.*

Principio de buena fe: *Para que la negociación colectiva sea eficaz, ambas partes deben actuar con buena fe y lealtad; es decir, deben realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un convenio”.*

Análisis del caso concreto

Décimo segundo. Es importante precisar lo siguiente:

- De la demanda, se tiene que el actor pretende el reconocimiento de vínculo laboral con la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada – DUVAZ S.A.C. por existir simulación y fraude en la contratación entre esta última y la empresa Cuprita J.P. Sociedad Anónima Cerrada – CUPRITA S.A.C., toda vez realiza labores propias del giro de la actividad y permanente de la empresa principal, y porque además la empresa principal DUVAZ S.A.C. ha ejercido funciones de empleador al otorgarle al demandante derechos a los trabajadores de la contratista conforme a actas de acuerdo suscritas con su Sindicato.
- Del **Contrato de Locación de Servicios y de Obra** de fecha 31 de octubre del 2008, obrante a fojas setenta y uno a ochenta y nueve, suscrito entre la empresa Austria Duvaz S.A., (usuaria) y Cuprita J.P S.A.C., al amparo de la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 03561-2009-PA/TC (fundamento 13).



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Ley General de Minería, se establecieron las siguientes cláusulas pertinentes para resolver el caso:

“PRIMERA. - ANTECEDENTES

LA COMPAÑÍA es una empresa privada que se dedica a desarrollar actividades de exploración y explotación minera, quien realiza su objeto social dentro de su Unidad Económica Administrativa Austria Duvaz y en sus campamentos mineros, ubicados en el Distrito de Morococha, Provincia de Yauli, Departamento de Junín.

EL CONTRATISTA, por su parte, es una empresa dedicada al trabajo de exploración, estudios de desarrollo, explotación de minas, asesoramiento, servicios en general desarrollados con la minería en general (...)

SEGUNDA.- OBJETO

Mediante el presente documento EL CONTRATISTA se obliga frente a LA COMPAÑÍA a ejecutar las labores de exploración, desarrollo, preparación y explotación minera (en adelante Las Obras) las cuales comprenden la realización de lo siguiente:

- 1. Trabajos de producción (perforación, voladura y limpieza de mineral puesta en los echaderos de los tajeos)*
- 2. Trabajos de preparación y desarrollo (perforación, voladura y limpieza)*
- 3. El mantenimiento y rehabilitación de los accesos, vías de las áreas de trabajo, chutes, parrillas y limpieza de instalaciones con precios unitarios a establecerse de común acuerdo.*
- 4. Otros servicios como sostenimiento (colocación de pernos, puntales, etc.) (...)*

*Las partes dejan expresamente establecido que, al amparo de lo establecido en el **numeral 11 del artículo 37º de la Ley General de Minería**, LA COMPAÑÍA ha optado por la tercerización con el objetivo de mejorar los rendimientos y performances actuales de su organización, para lograr ventajas competitivas y creando valor a través de EL CONTRATISTA”.*

Sobre esto, es importante precisar que, en principio, ambas empresas tienen como actividad económica principal lo relacionado a la **explotación de minas**, lo cual se encuentra corroborado con la información emitida por SUNAT (específicamente en la consulta del Registro Único de Contribuyente – RUC¹⁷), y que además es de vital importancia el hecho de que la empresa **CUPRITA JP S.A.C.** se encuentra inscrita ante la **Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas**, según **Resolución Directoral N.º 925-2008-MEM/DGM Registro N.º 0008092508**, como ha sido señalado en el contrato de locación suscrito entre ambas empresas; lo cual resulta conforme a lo establecido en el numeral 11 del artículo 37º del Decreto Supremo N.º 014-92-EM, Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, que señala: “*Los titulares de las concesiones, gozan de los siguientes atributos: A contratar la ejecución de los trabajos de exploración,*

¹⁷ Obrante en autos a fojas treinta y treinta y uno



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

desarrollo, explotación y beneficio, con empresas especializadas inscritas en la Dirección General de Minería”.

Décimo tercero. Es muy importante señalar que las empresas codemandadas realizan actividades mineras, por lo que resultan aplicables al caso de autos, las normas que regulan este sector, como es el **Decreto Supremo N.º 005-2008-EM**, que reestructura el **Registro de Empresas Especializadas de Contratistas Mineros**.

Siendo esto así, nos encontramos ante un supuesto en el que la permisibilidad de poder contratar la ejecución de trabajos relacionados a la explotación de minas, se encuentra previsto en la ley especial de minería que resulta aplicable para el presente caso en concreto, y siendo que la empresa CUPRITA JP S.A.C., cuenta con el registro correspondiente, no existe impedimento alguno por parte de la codemandada AUSTRIA DUVAZ S.A.C. de tercerizar dichas actividades.

Décimo cuarto. Esta Sala Suprema, de la revisión de los actuados advierte que en el presente caso se han verificado los **elementos esenciales de la tercerización** establecidos en el artículo 2º de la Ley N.º 29245, esto es:

- (1) que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo;
- (2) que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales;
- (3) que sean responsables por los resultados de sus actividades; y,
- (4) que sus trabajadores estén bajo exclusiva subordinación.

14.1. En relación a los **elementos esenciales** mencionados, se debe tener presente que, de la revisión del contrato de ejecución de obras de labores mineras suscrita entre las empresas codemandadas, las contratistas asumen los servicios prestados por su cuenta y riesgo siendo responsables de los resultados de sus actividades (1) y (3); y tienen bajo subordinación a sus trabajadores (4); todo ello, además del aludido contrato, conforme a los siguientes medios probatorios:



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

- Boletas de pago del demandante, obrante a fojas cinco a seis; Documentos en los cuales, se observa el logotipo de CUPRITA JP S.A.C., y no de la empresa DUVAZ S.A.C.
- Copia de reporte de ficha de registro único o de contribuyente obrante a fojas doscientos treinta y uno, **declaraciones juradas de impuesto a la renta** de los años 2015 a 2017 obrante a fojas trescientos diez a trescientos veinticuatro. Documentos con los cuales se acredita que la demandada CUPRITA JP S.A.C. tiene autonomía empresarial.
- Las planillas de CUPRITA JP S.A.C. del dos mil diez al dos mil diecisiete, y constancia de Aseguramiento – Póliza de Seguro Complementario de Trabajo presente en autos; así como facturas por servicios de alimentación, vestimenta y transporte. Documentos con los que se acredita que la empresa CUPRITA JP S.A.C. brindaba servicios de manera autónoma.

14.2. En relación a que la empresa CUPRITA JP S.A.C., cuente con **sus propios recursos financieros, técnicos o materiales** (2), este hecho se evidencia principalmente de la evaluación de las siguientes pruebas:

- Facturas de pago (por los conceptos: servicios de alquiler de vehículos de transporte, servicios de alimentación, pólizas de seguro, servicios administrativos, alquiler de máquinas para actividades mineras, servicios de transporte de personal, y otros), y contrato de crédito vehicular y garantía obrantes en el CD ROM presentado por CUPRITA JP S.A.C.

Documentos que acreditan que, la empresa CUPRITA JP S.A.C. contaba con implementos o equipamientos para el cumplimiento de sus obligaciones, conforme las instancias de mérito lo han desarrollado.

Décimo quinto. Las instancias de mérito, analizando las posiciones de las partes procesales y de la valoración probatoria, determinaron que la empresa contratista cuenta con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, tiene responsabilidad por los resultados de sus actividades, asume el servicio por su cuenta y riesgo, los trabajadores destacados se encuentran bajo su exclusiva



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

subordinación, tiene pluralidad de clientes y una retribución por la obra o servicio prestado.

15.1. Es importante destacar que en **Morococha** en donde el demandante prestó servicios, se desarrolla la **minería subterránea**, de ahí que la empresa usuaria tiene que proporcionar a las terceristas, los elementos básicos para realizar el trabajo subterráneo, como los ductos de electricidad, puntos de agua y aire, entre otros.

Décimo sexto. Del mismo modo, en lo concerniente al requisito de la pluralidad de clientes, (que no es un requisito esencial) se ha determinado, que se cumple con el mismo, conforme al contrato de ejecución de labores mineras entre Compañía Minera Casapalca S.A. y Cuprita PJ SAC.

Además debe observarse, el ámbito geográfico en el que se realizan dichas actividades, entendiéndose que, para el caso en concreto (unidad minera Morococha), si bien la parte recurrente sostiene que las actividades de minería se desarrollan en todo el país, también es cierto que su expresión resulta genérica, teniendo en cuenta la realidad nacional respecto a las actividades relacionadas a la explotación de minería de nuestro país, ya sea por la cantidad de empresas que requiere el servicio y/o por el ámbito geográfico del mercado o del sector, lo cual la empresa CUPRITA PJ S.A.C. ha acreditado en este proceso que, no solo prestaba sus servicios a la empresa usuaria codemandada, sino también a la empresa Casapalca, como ha sido mencionado anteriormente, con lo que cumple con dicho elemento.

Es por ello que, si bien la parte recurrente en su escrito de casación, señala que no existe documento que evidencia la prórroga del contrato con Casapalca o que haya tenido otros clientes, lo cierto es que la empresa CUPRITA JP S.A.C. sí cumplió con presentar los medios probatorios pertinentes en la etapa procesal correspondiente respecto a la pluralidad de clientes, lo cual no fue cuestionado de manera expresa por la parte recurrente sobre dicha pieza documental sino es



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

**CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019
LIMA
Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

recién hasta esta etapa, extremos fácticos que han sido claramente dilucidados por las instancias de mérito.

Décimo séptimo. En lo concerniente a la alegada **desnaturalización de la tercerización por las negociaciones colectivas** que hayan sido suscritas por la empresa AUSTRIA DUVAZ S.A.C., en el que se haya reconocido beneficios sindicales a trabajadores que no son sus trabajadores; se debe tener presente que, de conformidad con nuestra legislación laboral, existen diversos tipos de sindicatos, los cuales pueden ser, conforme a lo previsto por el artículo 5° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N.º 010-2003-TR:

- i) De empresa, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades, que presten servicios para un mismo empleador.
- ii) De actividad, formados por trabajadores de profesiones, especialidades u oficios diversos de dos (2) o más empresas de la misma rama de actividad.
- iii) De gremio, formados por trabajadores de diversas empresas que desempeñan un mismo oficio, profesión o especialidad.
- iv) De oficios varios, formados por trabajadores de diversas profesiones, oficios o especialidades que trabajen en empresas diversas o de distinta actividad, cuando en determinado lugar, provincia o región el número de trabajadores no alcance el mínimo legal necesario para constituir sindicatos de otro tipo.

Es decir, los trabajadores de una empresa o de varias empresas son libres de constituir las organizaciones sindicales que mejor convengan para la consecución de sus fines, así como son libres de afiliarse a aquellas organizaciones que estimen convenientes a sus intereses.

Décimo octavo. Es por ello que, a fin de asegurar que la negociación colectiva, cuente con suficiente espacio para su adecuado desarrollo, surge el Principio de Autonomía Colectiva, considerado como pilar básico del sistema de relaciones laborales. Siendo una de sus manifestaciones -de acuerdo con el artículo 2° del Convenio 87 de la Organización Internacional de Trabajo -, que “*Los trabajadores y*



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”; o dicho en otras palabras que: “Los trabajadores y empleadores son libres de constituir las organizaciones sindicales que consideren necesarias y elegir la manera en la que las mismas se van a organizar, ello con la única condición de observar y respetar lo pactado en su estatuto. En consecuencia, el ordenamiento interno no puede restringir el ejercicio de este derecho, salvo que la ley, basada en causas razonables, lo prevea expresamente”¹⁸.

Así, los trabajadores y empleadores gozan de libertad para elegir la manera en la que se van a organizar, sin mayores restricciones que las establecidas expresamente por ley, teniendo incluso presente lo previsto por el artículo 2º numeral 24) de la Constitución Política del Perú, “*Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe. (...)*”.

18.1. Es necesario señalar que, la elección del tipo de organización no determina que necesariamente que ésta se vea obligada a negociar únicamente en el correspondiente nivel fijado por la ley, debiendo entenderse este aspecto de manera dinámica. En consecuencia, podrán negociar colectivamente en representación de los trabajadores en las convenciones colectivas de empresa, tanto la organización sindical o los representantes elegidos que lo sustituyan como el conjunto de ellas de la rama o gremio que corresponda, siempre que cuente con legitimidad negociadora para ello, esto es que entre sus afiliados u organizaciones afiliadas, existan trabajadores de la empresa con la que pretende entablar la negociación.

Décimo noveno. En el presente caso, se tiene que la parte recurrente hace referencia principalmente a los siguientes medios probatorios:

¹⁸ Resolución Directoral General N.º 18-2016-MTPE/2/1 4. Extraído de: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/declaran-infundado-recurso-de-revision-presentado-por-tecur-resolucion-directoral-no-18-2016mtpe214-1342502-5/>.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT

- ✓ Acta de Instalación de Trato Directo Convenio Colectivo 2017-2018; suscrita el quince de junio de dos mil diecisiete por el **Sindicato de Trabajadores Mineros Metalúrgicos de las Empresas Especializadas, Contratistas y de la Usuaría Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C.**, la Federación Nacional de Trabajadores de las Empresas Especializadas y Contratistas de la Actividad Minera y Metalúrgica del Perú, la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C. y Cuprita J.P. S.A.C., obrante a fojas catorce.
- ✓ El convenio colectivo 2017-2018; de fecha siete de julio de dos mil diecisiete, suscrito por las mismas partes antes mencionadas, obrante a fojas quince a veinte.
- ✓ Acuerdo de partes; suscrito el del doce de abril de dos mil diecisiete por el **Sindicato Único de Trabajadores Mineros Metalúrgicos de las Empresas Especializadas, Contratista y de la Usuaría Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C.**, la Federación Nacional de Trabajadores de las Empresas Especializadas y Contratistas de la Actividad Minera y Metalúrgica del Perú, y la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C., obrante a fojas doce.
- ✓ Acta de acuerdo en reunión de extraproceso; del veintisiete de junio de dos mil diecisiete suscrito por el Sindicato de Trabajadores Mineros Metalúrgicos de las Empresas Especializadas, Contratista y de la Usuaría Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C., la empresa Sociedad Minera Austria Duvaz S.A.C., empresa EMCIT S.A.C. y Cuprita J.P. S.A.C., obrante a fojas trece.

Por los cuales, la parte recurrente sostiene que, con dichas negociaciones colectivas se demuestra la existencia de una **subordinación** e injerencia de parte de la empresa DUVAZ S.A.C. en la gestión de las empresas contratistas, así como que se encuentra evidenciado que las empresas contratistas no gozan de independencia en las negociaciones colectivas respecto de sus trabajadores.

Vigésimo. Al respecto, es importante precisar que, si bien en dichas negociaciones colectivas participa la empresa usuaria AUSTRIA DUVAZ S.A.C, también es cierto que participan los trabajadores de diversas empresas contratistas.



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

Conforme lo ha señalado el **Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional de Trabajo** en la **Decisión N.º 1414**:

“Si bien el empleador o contratista principal puede no estar obligado a negociar con un sindicato que representa a trabajadores contratados por subcontratistas (o con un sindicato que no haya demostrado que alguno de sus miembros trabaja para el contratista principal), nada debería impedirle a ese empleador negociar y celebrar un convenio colectivo en forma voluntaria. Además, el sindicato en cuestión debería también tener la posibilidad de pedirle al empleador de su elección que negocie con él en forma voluntaria, sobre todo porque en casos como el presente sería imposible negociar con cada uno de los subcontratistas. De hecho, debido a la posición dominante del contratista principal en la obra, y a la ausencia general de negociaciones colectivas a nivel del ramo o la industria, la celebración de un convenio colectivo con el contratista principal parece ser la única opción viable para realizar una negociación colectiva eficaz y concertar un convenio colectivo que tenga un ámbito de aplicación suficientemente general con respecto a la obra”¹⁹.

En consecuencia no se ha infringido el artículo 41º del Decreto Supremo 010-2003-TR, en tanto que la Convención Colectiva de Trabajo regula las condiciones de trabajo, y, en mérito a la libertad sindical, específicamente el derecho a la negociación colectiva, lo pactado por los intervinientes en las negociaciones colectivas y acuerdos dados señalados en el considerando décimo noveno de la presente resolución, se realizaron de manera libre y voluntaria, buscando beneficios a los trabajadores de las contratas, y en un contexto de plazo de huelga, lo cual en principio no se encuentra prohibido por nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que no existe ninguna disposición legal que prohíba y/o límite de alguna forma el nivel de la negociación colectiva, y que además **no se encuentra previsto como una causal de desnaturalización de los contratos de tercerización.**

Vigésimo primero. En consecuencia, se tiene que la extensión de dichos beneficios sindicales no configuran algún supuesto o causal de desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre las codemandadas AUSTRIA DUVAZ S.A.C. y CUPRITA JP S.A.C.; y estando a que, se ha corroborado la validez del aludido contrato, de conformidad con el análisis de los medios probatorios aportados al proceso, así como lo expresado por las partes en cada etapa procesal

¹⁹ Recopilación de Decisiones del Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (Sexta Edición año 2018).



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

CASACIÓN LABORAL N.º 33874-2019

LIMA

**Desnaturalización de tercerización y otro
PROCESO ORDINARIO – NLPT**

y la normativa pertinente aplicable al caso en concreto, deviniendo en **infundadas** las causales declaradas procedentes.

Por los fundamentos antes expuestos, se concluye que el recurso de casación planteado por la parte recurrente deviene en **infundado**.

Por estas consideraciones y de acuerdo a lo regulado además por el artículo 41º de la Ley N.º 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo:

Nuestro voto es por declarar **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, **Leoncio Alania Carhuaricra**, de cuatro de setiembre de dos mil diecinueve, de fojas quinientos noventa y seis a seiscientos veinticuatro; en consecuencia, **NO CASARON** la **Sentencia de Vista** de fecha veintiocho de agosto de dos mil diecinueve, de fojas quinientos setenta y tres a quinientos noventa y uno; **ORDENARON** la publicación del texto de la presente resolución en el diario oficial “El Peruano”, conforme ley; en el proceso seguido contra **Sociedad Minera Austria Duvaz Sociedad Anónima Cerrada** y **Cuprita J.P. Sociedad Anónima Cerrada**, sobre **desnaturalización de contratos y otros**.

S.S.

AMPUDIA HERRERA

LÉVANO VERGARA

CARLOS CASAS

LA SECRETARIA DE LA SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA que el voto suscrito por los señores jueces supremos **AMPUDIA HERRERA**, **LÉVANO VERGARA** y **CARLOS CASAS**, fue dejado oportunamente en relatoría, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 149º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregándose el referido voto suscrito a la presente resolución.