



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT

Sumilla: *El contrato celebrado entre las codemandadas se ha desnaturalizado, toda vez que ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa locadora ha sido la de proporcionar el personal, quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la demandada.*

Lima, treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete

VISTA; la causa cinco mil seiscientos cincuenta y nueve, guion dos mil dieciséis, guion **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata de los recursos de casación interpuestos por las codemandadas, **Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERÚ) y OPECOVI S.A.C.**, mediante escritos de fechas nueve y diez de noviembre de dos mil quince, que corren en fojas mil cuatrocientos seis a mil cuatrocientos treinta y seis, y en fojas mil cuatrocientos setenta y siete a mil quinientos cinco, respectivamente, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veinticuatro a mil trescientos treinta y cinco, que **revocó** la Sentencia emitida en primera instancia de fecha quince de julio de dos mil catorce, que corre en fojas seiscientos setenta y siete a seiscientos ochenta y cinco, que declaró infundada la demanda, **reformándola** la declararon **fundada en parte**; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Sindicato de Trabajadores de la Red Vial N°6 OPECOVI S.A.C.**, sobre desnaturalización de contrato e inclusión a planillas.



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016
LIMA

Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT

CAUSALES DEL RECURSO:

Por resoluciones de fecha uno de agosto de dos mil diecisiete, que corren en fojas doscientos sesenta y seis a doscientos setenta y uno, y en fojas doscientos setenta y cinco a doscientos ochenta del cuaderno de casación, se declararon procedentes los recursos de casación interpuestos, por las causales de ***infracción normativa por interpretación errónea del artículo 3° de la Ley N° 29245; infracción normativa por inaplicación del artículo 2° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR; e infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 4° y 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR***; correspondiendo a este Colegiado Supremo emitir pronunciamiento de fondo al respecto.

CONSIDERANDO:

Primero: Antecedente Judicial

- a) **Pretensión:** Según se aprecia en la demanda interpuesta el cinco de setiembre de dos mil trece, que corre en fojas ciento ochenta y ocho a doscientos cinco, subsanada en fojas doscientos treinta y uno a doscientos treinta y cinco, el sindicato demandante solicitó en representación de treinta y un trabajadores afiliados, la inclusión en planillas de la empresa COVIPERÚ S.A. desde la fecha de ingreso de cada uno de los afiliados, debido a la desnaturalización de la tercerización. Más el pago de costos y costas del proceso.
- b) **Sentencia de primera instancia:** El juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha quince de julio de dos mil catorce, que corre en fojas seiscientos setenta y siete a seiscientos ochenta y cinco, declaró infundada la demanda, por considerar que los servicios que presta OPECOVI a COVIPERÚ constituiría una tercerización externa; y si bien la codemandada COVIPERÚ, refiere que por dicha razón, no resulta



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

aplicable las consecuencias legales que establece la Ley N° 29245; sin embargo, el artículo 3° de dicha Ley, reconoce expresamente a los procesos de tercerización externa como tercerización de servicios; y el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, solo establece que la tercerización externa no constituye intermediación laboral; sin embargo, no existe norma alguna que establezca que las consecuencias legales de la Ley N° 29245 no sean aplicables a los casos de tercerización externa. Además, de la revisión de los medios probatorios se acredita que el contrato de tercerización cumple con los elementos previstos para considerar los contratos de tercerización como válidos.

- c) Sentencia de Vista:** El Colegiado de la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de Vista de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veinticuatro a mil trescientos treinta y cinco, revocaron la sentencia apelada que declaró infundada la demanda, y reformándola la declararon fundada en parte; en consecuencia, declara la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los treinta y un trabajadores que son representados por el Sindicato de Trabajadores de la Red Vial N° 6 OPECOVI S.A.C. con Concesionaria Vial del Perú S.A. – COVIPERÚ desde las fechas de ingreso correspondientes, debiendo esta parte registrar al actor en su libro de planillas, por considerar que se colige que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión a la empresa principal, desarrollándose las actividades de operaciones en el lugar que le fue cedido por el Estado, es decir, las labores realizadas por los trabajadores forman parte de la actividad nuclear de la empresa COVIPERÚ y desarrolladas en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal, de la empresa COVIPERÚ, debiéndose concluir, en virtud del principio de primacía de la realidad, que dichas labores implican la ejecución permanente de la actividad principal



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

de la codemandada COVIPERÚ, por lo que se ha desnaturalizado la figura de la tercerización.

Segundo: La infracción normativa

La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre el Colegiado Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la Ley N° 26636, ant igua Ley Procesal del Trabajo, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo.

Tercero: En cuanto a la causal de *infracción normativa por interpretación errónea del artículo 3° de la Ley N° 29245*, que establece:

“Artículo 3°:- Casos que constituyen tercerización d e servicios.

Constituyen tercerización de servicios, entre otros, los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”

Cuarto: En relación a la tercerización esta es definida en la doctrina nacional 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 tercero¹.

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



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

**CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016
LIMA**

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República², se ha referido a la tercerización como aquella figura que: “(...) *ha sido regulada indirectamente por el Artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, al establecer algunas consideraciones para la aplicación de las Leyes Nro 27626 y Nro 27696; (...) al determinar que no constituye intermediación laboral, los Contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades; los Contratos de Obra, los Procesos de Tercerización Externa, los Contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratista o sub-contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recurso financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Pudiendo ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal (...)*”. Luego, es la Ley N° 29245, la que termina por definirla.

Quinto: Por su parte, el Tribunal Constitucional³ define a la tercerización laboral como aquella institución jurídica que surge como respuesta a las necesidades que afrontan las empresas en el actual contexto de la globalización y particularmente el 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

² Casación Laboral N° 275-2012-La Libertad

³ Expediente N° 02111-2012-PA/TC



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial.

Sexto: En consonancia con esta finalidad, el artículo 2° de la Ley N° 29245, define la tercerización como *“(...) la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por 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 sobre la base de esta definición legal, posible 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 8° de la Ley N° 29245; y b) la empresa principal o usuaria, que es aquella que contrata la realización de la obra o servicio.

Sétimo: Lo antes expuesto, permite colegir entonces que las empresas contratistas que tengan por objeto social dedicarse a labores de tercerización, deberán tener las siguientes características principales: i) tener funciones o actividades de una parte del ciclo productivo; siempre y cuando no estén circunscritas a la actividad principal de la empresa (empresa principal); ii) que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo; iii) que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos y materiales, y iv) sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación; y como características secundarias: i) tener pluralidad de clientes; ii) equipamiento propio; iii) tener la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.

Octavo: En el caso en concreto.

De la evaluación integral de los actuados y conforme ha sido determinado válidamente, se tiene que la codemandada COVIPERÚ suscribió un Contrato de



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

Concesión para la Construcción y Explotación del Tramo Vial Puente Pucusana – Cerro Azul – Ica de la Carretera Panamericana Sur – RO1S, con el Estado peruano, a fin de que pueda desarrollar su objeto social que consiste: *“con carácter de exclusividad todas aquellas actividades vinculadas al objeto de la concesión de tramo vial en mención tales como la construcción, rehabilitación, mejoramiento, administración, operación, explotación, conservación y mantenimiento del tramo vial referido así como en general, la prestación de todo tipo de servicios obligatorios y opcionales en su último caso (...)”*

En mérito al mencionado contrato, las empresas codemandadas suscribieron los “Contratos de locación de servicios de operación” que corren en fojas trescientos setenta y cuatro a trescientos setenta y ocho, trescientos setenta y nueve a trescientos ochenta y dos, y trescientos ochenta y tres a trescientos ochenta y siete, siendo que en su cláusula segunda se establece lo siguiente: *“Por el presente contrato OPECOVI se compromete a prestar los Servicios de Operaciones a ser descritos en la cláusula 2.2 a COVIPERÚ con el objeto de optimizar, en términos de calidad y eficiencia, las actividades desarrolladas por COVIPERÚ en virtud del debido cumplimiento del CONTRATO.”* (sic)

No obstante, la Sala Laboral concluye que en la grabación de audio y video 00:19:37 a 00:20:33 de la Audiencia de Vista, la codemandada COVIPERÚ manifestó que en cuanto a las actividades que desarrollan los trabajadores, señaló que la empresa no solo se dedica a la explotación sino a la administración, y a la construcción del tramo que está yendo de Chincha a Ica, y que solo el extremo de la operación de las estaciones de peajes y pesajes fueron tercerizados por la empresa OPECOVI para que ellos solo se encarguen de la administración de los peajes y pesajes.

De otro lado, también se concluye que los ingresos percibidos por la codemandada OPECOVI por concepto de peaje iban directamente a las cuentas de la



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT

codemandada COVIPERÚ, es decir que no existió autonomía empresarial de la tercerista.

Asimismo, la Sala Superior concluyó que los demandantes prestaron labores en las instalaciones que son propiedad del Estado peruano, lo que significa que las labores desempeñadas forman parte de la actividad principal de la empresa COVIPERÚ; en consecuencia, el contrato de tercerización se habría desnaturalizado, por lo que la causal denunciada deviene en **infundada**.

Noveno: Respecto a la causal de ***infracción normativa por inaplicación del artículo 2° del Decreto Supremo N°006-2008-TR***, cuya norma señala lo siguiente:

“Artículo 2°:- El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. La tercerización de servicios en el sector público se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que se expidan sobre la materia.

Los contratos y figuras empresariales que se encuentran regulados en el artículo 3° de la Ley configuran supuestos de tercerización cuando se realizan de acuerdo con las definiciones de la Ley y del presente reglamento.

Los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización, se encuentran fuera del ámbito de la Ley.”

Resulta evidente que el contrato celebrado entre las codemandadas no es tercerización, pues ha quedado establecido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de las empresas locadoras ha sido la de proporcionar el personal y que además las actividades laborales objeto del contrato



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT

se realizaron en el lugar donde se lleva a cabo la actividad principal de la empresa COVIPERÚ; razón por la cual, la causal mencionada deviene en **infundada**.

Décimo: Sobre la causal de ***infracción normativa por interpretación errónea de los artículos 4° y 5° del Decreto Supremo N° 006 -2008-TR***, establece lo siguiente:

“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



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

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 2º y 3º de la Ley y 4º 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 9º 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.”*

Décimo Primero: De la revisión de los medios probatorios se advierte la carencia de autonomía financiera, técnica y funcional de la tercerista OPECOVI, como es de verse de lo siguiente:



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

- Se desprende del Acta de Infracción N° 167-2012, que corre en fojas cincuenta a sesenta y seis, que de las declaraciones de los trabajadores se concluye que los bienes muebleS (computadoras, impresoras, etc.) pertenecen a la codemandada COVIPERÚ.
- De igual modo, se advierte del inciso 4.2 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Locación de Servicios de Operación, que la empresa principal realizó el adelanto de pago hasta por cuatrocientos cincuenta mil Nuevos Soles (S/.450,000.00) el cual debía ser descontado de la facturación mensual durante el primer año de contrato; sin embargo, de la revisión de la factura mensual por el periodo del dos mil ocho al dos mil doce, no se demuestra descuento alguno por dicho concepto.
- Además, como es de verse de los correos electrónicos que corren en fojas ciento dieciocho, ciento diecinueve y ciento veintinueve, se consignan informaciones e indicaciones para el personal de OPECOVI.

El Colegiado Superior ha concluido que para la materialización de las labores contratadas, el único aporte de la empresa tercerizadora OPECOVI fue la de proporcionar el personal quienes fueron dirigidos en el desarrollo de sus labores por la entidad usuaria, por lo que, debe reconocerse la relación laboral de los accionantes con la codemandada COVIPERÚ; razón por la cual, la causal denunciada deviene en **infundada**.

Por estas consideraciones;

FALLO:

Declararon **INFUNDADOS** los recursos de casación interpuestos por las codemandadas, **Concesionaria Vial del Perú S.A. (COVIPERÚ) y OPECOVI S.A.C.**, mediante escritos de fechas nueve y diez de noviembre de dos mil quince, que corren en fojas mil cuatrocientos seis a mil cuatrocientos treinta y seis, y en fojas mil cuatrocientos setenta y siete a mil quinientos cinco, respectivamente; en



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

CASACIÓN LABORAL N° 5659-2016

LIMA

**Desnaturalización de contrato e
inclusión a planillas
PROCESO ORDINARIO-NLPT**

consecuencia, **NO CASARON** la **Sentencia de Vista** de fecha veintisiete de octubre de dos mil quince, que corre en fojas mil trescientos veinticuatro a mil trescientos treinta y cinco; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” conforme a Ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Sindicato de Trabajadores de la Red Vial N° 6 OPECO VI S.A.C.**, sobre desnaturalización de contrato e inclusión a planillas; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Yrivarren Fallaque**; y los devolvieron.

S. S.

YRIVARREN FALLAQUE

RODAS RAMÍREZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ

DE LA ROSA BEDRIÑANA

MALCA GUAYLUPO

NMLC / JLMC