



FACULTAD DE DERECHO

**EL USO INDISCRIMINADO DEL CONTRATO DE
TERCERIZACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LOS
DERECHOS DE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA
TERCERIZADORA**

PRESENTADA POR

OSCAR FRITZ ALEXANDER SALAZAR GAMBOA

ASESOR

JOSÉ ANTONIO LORA ALVAREZ

TESIS

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LIMA – PERÚ

2017



**Reconocimiento - No comercial - Compartir igual
CC BY-NC-SA**

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**EL USO INDISCRIMINADO DEL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN Y
SUS REPERCUSIONES EN LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS
DE LA EMPRESA TERCERIZADORA**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

SALAZAR GAMBOA, OSCAR FRITZ ALEXANDER

ASESOR:

MG. LORA ALVAREZ, JOSE ANTONIO

LIMA – PERÚ

2017

Dedicatoria

El presente trabajo de investigación
se lo dedico a mis abuelos:
Gregorio, Petronila, Augusto y
Esther.

Agradecimiento

El presente trabajo no hubiera sido posible sin el apoyo de mis padres Oscar y Elizabeth, mis hermanas Stasy y Alexandra y mi Sobrina Fabianna.

ÍNDICE

Portada	I
Dedicatoria	II
Agradecimiento	III
RESUMEN	IV
ABSTRACT	V
INTRODUCCIÓN	VI
CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	10
1.1. Descripción de la situación problemática	10
1.2. Formulación del problema	14
1.3. Objetivos de la Investigación	15
1.4. Justificación de la investigación	15

1.4.1. Importancia de la Investigación	18
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	19
2.1. Antecedentes de la Investigación	19
2.2. Bases Teóricas	20
2.3. Definición de Términos Básicos	47
CAPITULO III: METODOLOGÍA	50
3.1. Diseño Metodológico	50
3.2. Procedimiento de muestreo	51
3.3. Aspectos Éticos	53
CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA Y LA REALIDAD EN MATERIA DE TERCERIZACIÓN LABORAL	54
CONCLUSIONES	81
RECOMENDACIONES	85
FUENTES DE INFORMACIÓN	87
ANEXOS	89

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo de analizar si un reglamento puede contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las empresas contratantes, siendo que esta es una investigación cualitativa de tipo básica, principalmente se ha buscado realizar una ampliación del conocimiento del presente objetivo a ello se ha realizado entrevistas a expertos que realizan el análisis pertinente del escenario de estudio de la investigación, teniendo entre las conclusiones que la jerarquía normativa se deriva del principio de legalidad el cual es protegido por el estado de derecho que a su vez está acorde a la protección de derechos constitucionales por ende un reglamento no puede sobrepasar tales presupuestos pues su misma naturaleza es complemente distinta a la ley.

ABSTRACT

The present research work has the objective of analyzing and a regulation can contradict the established in the law of outsourcing with respect to the prohibition of its use for the nuclear activities of the contracting companies, which constitutes a qualitative research of basic type, mainly Ha Sought to make an extension of the knowledge of the present an objective that has interviewed experts who carry out the relevant analysis of the research study scenario, having in the conclusions that the normative is derived from the principle of legality which is protected by the rule of law Which in turn is in line with the protection of constitutional rights by the fact that a regulation cannot surpass the few budgets for its very nature is complex different from the law.

INTRODUCCIÓN

El problema de la presente investigación deviene de la protección al derecho al trabajo, este derecho puede ser fácilmente vulnerado por los empleadores, debiendo ser esta situación repudiable por el Estado y no alentada, lamentablemente esto es lo que sucede con la tercería, puesto que se sabe que la naturaleza de la tercerización se realizó con la finalidad de ayudar a la actividad de una empresa, sin embargo se sabe que esta “ayuda” no debe ser parte de la actividad principal de la empresa de lo contrario los trabajadores que realizan tales actividades deberían tener una protección y por tanto exigibilidad de derechos a los empleadores, pues los beneficios de estos trabajadores serian afectados de lo contrario, sin embargo un reglamento está permitiendo que se haga caso omiso a esta prohibición que la misma ley de tercerización empalma. Siendo así que el objetivo de la investigación es analizar si un reglamento puede contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las

empresas contratantes. Para ello también se tienen en cuenta todos los aspectos de la investigación cualitativa, es decir, se usa un escenario de estudio así como instrumento a la entrevista.

Siendo así en el primer capítulo describiremos el planteamiento del problema, siguiendo por el desarrollo del marco teórico como segundo capítulo, en el tercer capítulo se describe la metodología, incluyendo el tipo de estudio (básico) y diseño (teoría fundamentada), en el cuarto capítulo se ven el análisis de la normativa y la realidad en materia de tercerización laboral, asimismo se realiza la discusión de estos teniendo como producto tanto las conclusiones como las recomendaciones.

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la situación problemática

La tercerización es un tipo de contratación que cada vez viene siendo más usada por las empresas, esta consiste en delegar a otras empresas, la ejecución de servicios tanto materiales como inmateriales, los mismos que antes eran asumidos de manera directa por la propia empresa a través de sus trabajadores. El objetivo de esta tercerización es lograr que la empresa se concentre en su objeto principal dejando a otras empresas especializadas una serie de labores por las cuales se estaba perdiendo agilidad y productividad. Una de las consecuencias de la tercerización, es la reducción de los empleados directos, según los especialistas del tema, la implementación de la denominada tercerización logra que en un corto periodo de tiempo los costos se reduzcan ya que los generados por las innovaciones tecnológicas en las áreas que han sido contratadas externamente serán asumidos por el contratista.

Cierta parte de la doctrina afirma que lo que se delega a la empresa externa son aquellas funciones o servicios no relacionados con el objeto principal del negocio y que al desarrollarlas con empresas expertas en el tema se logra la excelencia, la reducción de costos y el tiempo necesario para concentrarse en lo que realmente es el núcleo de la empresa. En los últimos 10 años, la tercerización laboral ha ganado mayor terreno en el sector empresarial, ya que lo que nació como función secundaria, pasó a convertirse en solución general y una actividad necesaria en la empresa. Constituyéndose así en una herramienta que permita coadyuvar al desarrollo de muchas empresas que de otra manera quizás, habrían sucumbido.

Este mencionado aumento en la importancia de la tercerización se da en distintos sectores de la economía a nivel mundial como son la minería, la construcción, la industria textil, entre otras llegando incluso a extenderse hasta la Administración Pública. Debemos señalar que el contrato de tercerización en nuestro país no se encuentra regulado de manera directa en el código civil de 1984 como un contrato nominado, existen distintas posiciones en la doctrina para algunos autores este contrato es de naturaleza civil puesto que regula la actividad empresarial de dos empresas una usuaria y otra tercerizadora dicha relación deberá estar sometida a las normas del código civil, otra parte de la doctrina considera que este tipo de contrato es de tipo mercantil así el doctor Echaiz moreno sostiene que “el contrato de outsourcing no guarda relación con las figuras de intermediación laboral definidas en nuestra legislación laboral y ello

obedece a que no constituyen a una del derecho laboral como tampoco lo es del derecho civil, pues se ubica en el derecho comercial específicamente en el derecho contractual". (Echaiz, 2010, p.384).

En nuestro sistema jurídico la tercerización se encuentra regulada en la ley N° 29245, el artículo 2 de la ley. Así mismo podemos ver que la ley distingue entre dos tipos de tercerización por un lado la tercerización sin desplazamiento en la cual la actividad que se terceriza que se lleva a cabo en las instalaciones de la empresa tercerizadora y por otro la denominada tercerización con desplazamiento en la cual la actividad tercerizada se llevaba cabo en las instalaciones de la empresa principal.

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

Ahora bien, regresando al tema tenemos que el Decreto Supremo N°006-2008-TR señala en su artículo 2° que “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”. (Subrayado nuestro)

Como podemos observar el artículo dos del mencionado Decreto Supremo señala que las empresas pueden tercerizar su actividad principal lo cual claramente desnaturaliza lo que señala la ley N° 29245 respecto a no tercerizar la actividad principal (corebusiness) de la empresa.

Al respecto sostenemos que de acuerdo a la jerarquía normativa, nunca una norma con rango inferior (a nivel reglamentario) podrá desnaturalizar lo que señala la ley, en ese sentido creemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear de la empresa puesto que ello llevaría no solo a perder la identidad de la

empresa sino también afectaría los derechos laborales de los empleados de las empresas tercerizadoras ello debido al abaratamiento de costos en esa medida se hace necesario una norma que regule de manera adecuada y precisa los servicios de tercerización.

En atención a la problemática descrita, nos proponemos a través de la presente investigación determinar cuáles son las principales problemáticas y limitaciones respecto al contrato de tercerización y cuáles son las alternativas de solución.

1.2. Formulación del problema

Problema General

- ¿Puede un reglamento contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las empresas contratantes?

Problemas Específicos

- ¿Cuál es la implicancia de la existencia de un reglamento que contradice a la ley de tercerización al principio de jerarquía y especialidad normativa?
- ¿Existe una necesidad de permitir la tercerización de la actividad nuclear de una empresa?

1.3. Objetivos de la Investigación

Objetivo Principal

- Analizar si un reglamento puede contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las empresas contratantes.

Objetivos Específicos

- Investigar la implicancia de la existencia de un reglamento que contradice a la ley de tercerización al principio de jerarquía y especialidad normativa.
- Analizar si existe una necesidad de permitir la tercerización de la actividad nuclear de una empresa.

1.4. Justificación de la investigación

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

pérdida del control sobre la calidad de los servicios contratados así como la afectación de los derechos laborales de los trabajadores pertenecientes a las empresas tercerizadoras.

Lo que se busca a través del presente trabajo de investigación, es determinar cuáles son las principales deficiencias que tiene la figura de la tercerización laboral con desplazamiento, adoptando las medidas correspondientes e introduciendo de ser necesario las modificaciones normativas que regulen de manera adecuada este fenómeno para lograr de esa manera que se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo que respete plenamente los derechos laborales.

- Justificación Teórica

Es necesario analizar académicamente las situaciones y problemas que a diario se presentan en nuestra sociedad, principalmente aquellas en las que se ven afectados los derechos laborales, procurando una adecuada protección de este derecho fundamental, es por ello que buscamos evaluar cuales son los principales problemas o limitaciones que se presentan en cuanto a los servicios de tercerización laboral, con el fin de corregir los defectos, deficiencias o carencias legislativas que permitan su correcta aplicación dentro de nuestro sistema jurídico, lo cual va a permitir corregir errores y fortalecer las instituciones jurídicas y gubernamentales involucradas en el desarrollo de la tercerización

laboral, lo que conlleva un aporte importante y fundamental en el desarrollo de una o varias ramas del derecho, como lo es para el presente caso.

- Justificación Social

La investigación jurídica es la principal herramienta que contribuye al desarrollo de las instituciones del derecho. La norma jurídica, no se puede apartar de la realidad social, estas nacen en atención a una determinada situación o problema que amerita una regulación, que permita brindar protección jurídica a los derechos fundamentales que estas puedan involucrar, ello nos permite tener un panorama amplio y general cada situación o problema, con el fin de corregir errores, suplir deficiencias o carencias de una determinada norma o institución jurídica, sentando así las bases que permitan un verdadero y adecuado desarrollo normativo y jurídico que conlleve a una verdadera protección de los derechos de los ciudadanos.

- Justificación Jurídica

La temática del presente trabajo de investigación se sustenta en un derecho fundamental que ha merecido un interés particular del estado, en cuanto involucra la afectación de los derechos laborales, teniendo en cuenta la escasa regulación existente en torno a la tercerización laboral. En nuestro país no existía una regulación específica respecto a la tercerización, es recién en el año 2008 con la ley N° 29245 y con el Decreto Supremo 006-2008-TR que se viene a regular pero

de una manera muy ambigua la figura de la tercerización. La libertad que tienen las empresas para auto desarrollarse, así como los derechos laborales que se ven afectados con el uso abusivo de la tercerización laboral son temas son de vital importancia para el estado ya que se están viendo afectados derechos que requieren una protección absoluta de parte del ordenamiento.

1.4.1. Importancia de la Investigación

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

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

Moncada y Monsalvo (2000). En su tesis titulada “Implicaciones Laborales del Outsourcing” para optar por su grado de Abogados nos dicen que:

“La administración moderna acoge actualmente como estrategia para una mayor productividad y eficiencia en la empresa la contratación externa de labores y servicios. En nuestro país esta modalidad ha seguido la denominación sajona de Outsourcing. Un breve estudio de algunas de las teorías de la administración muestran esta evolución y como la Reingeniería, teoría administrativa de los años 90s, sugiere un redimensionamiento de la empresa a través de la contratación externa de varias de las actividades y servicios que hacían parte de la labor interna empresarial.”(p.5)

Castillo y Nuñez (2014) en su tesis de título “Análisis cualitativo-jurídico de la tercerización laboral en el marco del derecho de asociación sindical en Colombia” de la universidad de Cartagena para optar por su título de abogadas nos dicen que:

“La tercerización laboral, es un fenómeno con diferentes opiniones desde el punto de vista que se mire, para los sindicalistas y trabajadores tercerizados es una problemática que está acabando con su derecho al trabajo, sin poder exigir la protección del mismo, ya que no tienen derecho a crear sindicatos para mejorar y exigir sus derechos laborales. Pero desde la óptica de lo empresarial esta es una herramienta sumamente útil, pues permite que las empresas no solo puedan reducir costos laborales, sino también ser más competitivas y eficientes.” (p. 7)

2.2. Bases Teóricas

2.2.1. El Outsourcing

2.2.1.1. Ventajas del Outsourcing

Pérez (1995, p. 10) establece que dentro de las ventajas encontradas al Outsourcing podemos mencionar las siguientes “:

- Permitirá a la empresa contar con un enfoque claro y dedicarse a los temas estratégicos de su compañía (enfocarse al core Business)
- Mejor asignación de recursos dentro de la empresa
- Reducción de costos a mediano plazo y control de costo a largo plazo
- Menor necesidad de inversión, ya que las funciones tercerizadas estarían a cargo de la empresa contratada.
- Lograr flexibilidad en la organización
- Construir y mantener una ventaja competitiva
- Permitir a la empresa acceder a tecnología de punta.

- Compartir riesgos con la nueva alianza estratégica formada.
- Mejora del flujo de caja
- El desarrollo económico del sector productivo.
- Especialización por tareas en función de los servicios prestados.
- La responsabilidad de las empresas contratantes de servicios al establecer controles de calidad adecuados a través de criterios y sistemas de evaluación establecidos conjuntamente con los prestadores de estos servicios.
- Es inevitable un nuevo enfoque del sistema de costos para poder evaluar claramente la disminución de los costos en los procesos tercerizados.
- Un mayor entrenamiento y desarrollo profesional para los empleados dentro de las empresas prestadoras de servicios, así como, transferencias de tecnología para los funcionarios de las empresas contratantes y / o para las empresas contratistas.
- La revalorización de los talentos humanos.
- La agilidad en las decisiones se refuerza con la tercerización.
- Aprovechamiento de los espacios físicos y revalorización de los recursos instalados (maquinarias, equipos, entre otros) para optimizar el uso.”

Consideramos importantes las ventajas que brinda la tercerización pero debemos resaltar que el outsourcing no debe ser considerado como un

medio para ahorrar costos sino que este debe verse como un medio para potenciar las mejores capacidades de la organización y fortalecer las actividades de la empresa.

2.2.1.2. Desventajas del Outsourcing.

Fernández (1994, p.45) considera como desventajas del outsourcing, las siguientes”:

- Posible pérdida de calidad del servicio brindado antes de la tercerización.
- Pérdida de habilidades críticas para el cumplimiento del objetivo del negocio o desarrollo de habilidades que incorrectamente pueden ser catalogadas como esenciales.
- Pérdida del control sobre la calidad de los servicios contratados.
- En caso de no realizar unos análisis del mercado de las compañías prestadoras de servicios, la tercerización se puede convertir en el camino directo al fracaso, por ejemplo, por falta de confidencialidad del tercero.
- Si es que la decisión de tercerizar no está bien fundamentada dentro de la empresa, la sola idea de aplicarla podría ser causante de un caos generalizado en todos los niveles de la organización.

- No todos los empleados que perdieron su puesto dentro de la organización podrán ser absorbidos por las empresas prestadoras de servicios.
- Si la empresa decide dar marcha atrás al proceso, este podría ser costoso para la compañía.
- Posible pérdida del Knowhow interno luego de compartir la información con los nuevos proveedores estratégicos.
- Que la estabilidad financiera brindada por el proveedor no sea tal, y que no le permita darnos el servicio en los estándares solicitados
- Que las relaciones con el proveedor no lleguen a ser las óptimas, llevando a problemas con los niveles de servicios.
- Cambios en la tecnología y en el entorno.”

Consideramos que las ventajas y desventajas mencionadas anteriormente serán relativas a la aplicación del Outsourcing, puesto que ellas van a depender de la estrategia y características propias de las empresas y sus proyectos, las mismas que determinarán cuan viable es para una empresa el uso de la tercerización laboral.

2.2.1.3. Etapas del Outsourcing

- La planificación

Para Schneider (2004, p.30), “lo esencial durante esta etapa es analizar el estado actual del proceso integral, para ello se debe realizar un análisis de la actividad empresarial en general, con la finalidad de llegar a conocer cuáles serían las actividades que pueden ser tercerizadas. Es recién cuando determinemos cuales son dichas actividades tercerizables que se deberá analizar cuales vendrían a ser los procesos a ser realizados a través del outsourcing, así como los costos y activos involucrados en la actividad. Se debe establecer cuál será el nivel de servicio requerido, así como los resultados que desean obtener en cada parte del proceso para que a partir de estos parámetros se pueda medir el desempeño futuro del proveedor de outsourcing y de esa manera establecer cuál sería el precio a pagar al proveedor que brindara el servicio.”

- La contratación

Rothery (1996, p.52) señala que esta etapa supone 3 fases entre las cuales tenemos: La selección del proveedor, la negociación del contrato y el diseño del contrato.

- “La selección del proveedor es una sub etapa muy importante puesto que este proveedor se convertirá en el socio de la organización por ello es necesario revisar el mercado y ver quiénes serían los candidatos óptimos que podríamos considerar para la

licitación del servicio. Este proceso atraviesa las siguientes etapas: investigación de mercado, precalificación, evaluación, selección y revisión.

- La negociación del contrato, conlleva el establecer cuáles serán las condiciones y los acuerdos que estarán incluidos dentro del contrato de manera tal que ambas partes salgan beneficiadas con el acuerdo.
- El diseño del contrato deberá incluir todas las posibles contingencias que pudieran suscitarse para que la empresa no tenga ningún problema a futuro, incluyendo los derechos sobre la propiedad intelectual. Es necesario que se deje por escrito todos los procesos y responsabilidades trasladadas al nuevo socio estratégico y los puntos de control a utilizarse. Es necesario que los contratos incluyan también las cláusulas de confidencialidad y las diferentes penalidades en caso de incumplimiento y/o atrasos además deberán de contemplar una clausula referente a la solución de conflictos, el contrato debe caracterizarse por evitar la ambigüedad en todos sus lados y ser un poco flexible.”

- La implementación

Pasquel (2007, p. 274) “sostiene que para la implementación es necesario que el proyecto sea monitoreado por un líder dentro de la empresa, este deberá encargarse de servir de nexo con el proveedor de manera que las coordinaciones fluyan de mejor manera señala también que en esta etapa se desarrollan los nuevos procesos a realizarse desde la contratación del servicio así mismo se revisara el impacto dentro de la organización luego de la implementación. Todos estos aspectos deben estar contemplados en el plan de implementación el cual debe ser validado tanto por el proveedor como por la empresa contratante.”

- Justificación del outsourcing

El outsourcing se justifica debido a que las actividades empresariales cuyo desarrollo resulte muy oneroso para el cliente, pueden ser encargadas a un contratista que las lleve a cabo a un menor costo, aprovechando las economías de escala. Según Pérez Figueroa (2000) se denomina “economía de escala” al ahorro derivado de la producción en masa.” (p. 19).

Actualmente, las empresas requieren de planeamientos estrategias y diseños que las capaciten para competir con el resto de empresas, los cambios tecnológicos y la revalorización de la fuerza de trabajo calificada.

En ese sentido, los empresarios recurren a la tercerización para no tener que soportar todos los días del año una estructura rígida, pesada y,

finalmente, costosa, pudiendo enfocarse más bien en mejorar su posicionamiento dentro del mercado.

2.2.2. Elementos característicos de la tercerización

En la segunda parte del artículo 2 de la ley se establece que los elementos característicos de la tercerización laboral son:

- La pluralidad de clientes;
- Que la empresa cuente con equipamiento y local;
- La inversión de capital
- La retribución por obra o servicio.

Por su parte el D.S. N° 006-2008-TR señala que los requisitos regulados en la ley constituyen una especie de indicios de la existencia de autonomía empresarial, estos requisitos antes mencionados deben ser siempre verificados 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 principales y tercerizadoras.

2.2.3. La responsabilidad solidaria en la tercerización

Toledo Toribio (2008) hace notar que “el artículo 9 de la Ley establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales, y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.” (p.7)

La norma contenida en la Ley respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la Ley. En ese sentido se señala lo siguiente:

a) De conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de

personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.

b) De conformidad con el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

c) De conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, la empresa principal obligada a asumir responsabilidades de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra esta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

2.2.4. Desnaturalización de la tercerización

El artículo 5 de la ley señala que “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”.

El Reglamento en su artículo 5° considera que se produce la desnaturalización de la tercerización cuando:

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.

2.2.5. Problemas relativos a la tercerización en el Perú y principios relacionados

- Simple provisión de personal

Lizarde (1999) señala que “La desnaturalización de la tercerización supone la simple provisión de personal” (p. 35). En estos casos, el ordenamiento nacional dispone que se proceda a incorporar a los trabajadores cedidos dentro de la planilla de la empresa principal, desde el momento en que se produce la desnaturalización.

La Ley N° 29245 y su Reglamento establecen que la tercerización se desnaturaliza en los siguientes casos:

a) Si no existen suficientes indicios de la licitud de la tercerización:

En caso de que los indicios a favor de la ilicitud superen a los que se encuentran a favor de la licitud, se entenderá que la tercerización se ha desnaturalizado.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal: La tercerización se desnaturaliza cuando el empresario principal ejerce los poderes derivados de la subordinación (dirección, control o sanción) sobre los trabajadores desplazados.

c) Si la empresa contratista sigue brindando los servicios tercerizados luego de la cancelación de su registro: Aquí, existiría probablemente una confusión entre el efecto y la causa, ya que si el efecto de la desnaturalización es precisamente la cancelación del registro, no se llega a entender cómo luego de producirse este último hecho se podría llegar a provocar nuevamente la desnaturalización.

- Garantía de derechos laborales

Los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

1. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.

2. Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa

vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal.

3. La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.

4. Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, a impugnar las prácticas anti sindicales, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas (artículo 7º de la Ley N° 29245).

- Primacía de la realidad

Pasquel (2007) señala que, la tercerización de servicios como descentralización productiva implica que una empresa no se encargará de una o más actividades o etapas de su proceso de producción sino que, en adelante, será otra la que asumirá ese rol, bajo cuenta y riesgo de esta última, y con sus propios recursos. De ahí deriva el término correspondiente por cuanto una tercera empresa, ajena a la empresa principal, le prestará un servicio de carácter integral (p. 274).

Son partes intervinientes de una relación de tercerización, la empresa principal (quien terceriza) y la empresa de tercerización (quien ejecuta el servicio). También pueden intervenir una o más empresas adicionales en los casos de subcontratación. En nuestra legislación, la tercerización de servicios está regulada por la Ley N° 29245, el Decreto Legislativo N° 1038, y el Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR), normas de cercana data a la fecha.

En dicha normativa se han establecido los requisitos para su implementación, los derechos y las obligaciones que se derivan de esta forma de contratación y las consecuencias jurídicas para la empresa principal, entre otros puntos igualmente relevantes.

De acuerdo a lo señalado en la ley, se entiende por tercerización, la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que las empresas que las realicen 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. Según lo desarrollado por el artículo 2 del Reglamento, se pueden tercerizar las actividades principales.

Además de fijar los elementos característicos de la tercerización, la ley también señala algunos otros que, si bien no son esenciales, sí nos permiten distinguir una relación de tercerización válida de una inválida o fraudulenta. Por ejemplo, la empresa de tercerización debe contar con una cartera plural de clientes, con equipamiento, con inversión de capital para desarrollar sus actividades y, cuando contrate con sus clientes, pactar una forma de retribución acorde a la naturaleza del encargo, por ejemplo, en función de la obra o servicio.

Ahora bien, no todos los servicios de tercerización están sometidos a las reglas de la ley, pues solamente se enmarcan dentro de su ámbito de aplicación aquella donde exista "desplazamiento" de trabajadores y, a su vez, que dicho traslado sea permanente o continuo. Se entiende que hay "desplazamiento" cuando para ejecutar sus servicios la empresa tercerizadora precisa que sus trabajadores se trasladen a la sede de la

empresa principal o, en todo caso, al ámbito geográfico que esta le indique, reiteramos de manera permanente.

Quedan expresamente exceptuadas del ámbito de aplicación de la ley aquellas tercerizaciones en las cuales no exista desplazamiento, o habiéndolo, sea eventual o esporádico; se consideran simplemente proveedores. Á nuestro modo de ver, la finalidad ha sido reducir el universo de contrataciones sometidas a la nueva regulación, considerando únicamente aquellas tercerizaciones donde el desplazamiento sea consustancial a la prestación de los servicios.

Punto adicional de la nueva regulación de la tercerización es la desnaturalización de esta modalidad de contratación, cuya consecuencia será que los trabajadores de la empresa de tercerización pasen directamente a la planilla de la empresa principal considerándoseles como sus propios trabajadores; y aunque no lo menciona expresamente la norma, está claro que la consecuencia de haberse desnaturalizado la tercerización y que se entiende que entre la empresa principal y los trabajadores desplazados, exista una relación laboral directa, es por aplicación del principio de primacía de la realidad. Nótese que es una norma muy similar que la que hemos analizado en caso de intermediación laboral en el punto anterior.

Como supuestos de desnaturalización, citaremos los señalados en el artículo 5 del Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR):

a) En caso de que el análisis razonado de los elementos contemplados en la Ley N° 29245 y 4 del 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 de que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del Reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

En cualquiera de los casos mencionados, o cuando el contrato no cumpla con los demás requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la Ley N° 29245, los trabajadores de la empresa tercerizadora serán considerados, por causa de la desnaturalización, como trabajadores de la empresa principal, la que en adelante asumirá el pago de sus derechos y beneficios sociales. Consecuentemente, las empresas principales que contraten servicios de tercerización deben guardar especial atención en que el contrato cumpla con los requisitos legales. No debe confundirse responsabilidad solidaria con desnaturalización, pues en la primera la empresa principal no asume la condición de empleador, ya que esta calidad seguirá perteneciendo a la empresa de tercerización, a diferencia

de la desnaturalización por la cual la empresa principal sí asumirá tal condición.

Además, en un escenario de responsabilidad solidaria la empresa principal solamente responde por los beneficios legales, en cambio, en un contexto de desnaturalización, al pasar directamente a la planilla de la principal esta tendría que asumir todos los beneficios, sean legales o aquellos convencionales que los trabajadores venían percibiendo de la empresa tercerizadora. Reiteramos que se ha extendido la aplicación del principio de primacía de la realidad a los casos de tercerización cuando esta se desnaturalice, similar al caso de la intermediación laboral.

Con relación a las actividades susceptibles de ser tercerizadas, la ley no estableció algún límite o lineamiento sobre el tema por lo que, cuando se dictó, se sostenía que prácticamente podía tercerizarse todo tipo de servicios, estén o no fuera del *corebusiness*. Claro está, siempre y cuando se cumpla con todos los requisitos de la Ley N° 29245 y el Decreto Legislativo N° 1038 y principalmente que no constituyan meras provisiones de mano de obra o intermediaciones laborales "encubiertas". Posteriormente, cuando se dictó el Reglamento de la Ley de Tercerización, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR, se hizo la precisión en el artículo 2 que son materia de tercerización las actividades principales de la empresa cliente. Tal mención es expresa, de pronto

superando el propio texto legal y, por tal razón, fue cuestionada en su momento por presunta ilegalidad de la disposición reglamentaria.

Para determinar qué se considera actividad principal, necesariamente deberá acudirse a las definiciones contenidas en el Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, analizado en líneas anteriores, pues la reglamentación propia de la tercerización no recoge alguna definición. Bueno, la determinación de la actividad principal de una empresa importa también la aplicación del principio de primacía de la realidad, pues solo será la realidad de los hechos la que establezca si aquella actividad que imputamos como principal realmente tiene ese carácter, o no lo tiene.

Recientemente se ha dado a conocer una sentencia de fecha 3 de junio de 2011, por la cual la Sala Permanente de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la Casación N° 1399-2010-Lima. anuló una sentencia venida de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima que cuestionó una tercerización que estaba referida precisamente a actividades principales, aunque sin sustentar por qué arribó a esa conclusión, considerando que el reglamento expresamente (de hecho, exclusivamente) habilita la tercerización de actividades principales. Aunque se trata de un fallo que no resuelve de manera definitiva el conflicto, pues la Tercera Sala Laboral de Lima deberá emitir nuevo fallo, por lo menos trasunta la postura de la Corte Suprema en el sentido de que "en el texto de las Leyes N° 27626 y 29245, no aparece

restricción alguna respecto a esta posibilidad (tercerización de actividades principales), a cargo de una empresa de tercerización laboral, omisión que evidentemente vulnera la garantía prevista en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Estado". Si se quiere, se habría reafirmado la validez de la disposición reglamentaria.

- Ubicación conceptual del contrato

Es un tema de debate lo referido a la ubicación conceptual del contrato. Si bien el contrato de tercerización (outsourcing) no se encuentra descrito en el Código Civil de 1984 como un contrato nominado, sin embargo, nosotros somos de la opinión de que se trata de un contrato civil, pues regula las relaciones entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, relaciones que deben someterse a las normas del Código Civil. Por lo demás, esta distinción entre contratos civiles y mercantiles se hace cada vez más difusa y tiene fines meramente ilustrativos, en todo caso.

No obstante ello, existen opiniones como las de Heywood (2002) que considera que se trataría más bien de un contrato mercantil. En efecto, el citado autor señala: "(...) diremos que el contrato de outsourcing no guarda relación con las figuras de intermediación laboral definidas en nuestra legislación laboral y ello obedece a que no constituye a una institución del derecho laboral como tampoco lo es del derecho civil, pues se ubica en el derecho comercial, específicamente, en el ámbito contractual"(p.122).

Más adelante este mismo autor señala que sin perjuicio de la naturaleza jurídica de este contrato y de las que ostenta respecto al mandato, la locación de obra, la locación de servicios y la subcontratación, todo lo cual trataremos más adelante, afirmamos que el contrato de outsourcing es un contrato mercantil (en el criterio tradicional) y un contrato empresarial (en el criterio moderno) que constituye una herramienta de gestión de negocios.

2.2.6. La Tercerización en el Derecho Comparado

- La tercerización en Argentina

La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina (N° 20744), del 05-09-1974, establece en su artículo 29, que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de

empleo, serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.

Cabe precisar que según el artículo 29 establece que el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectuó a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término.

Sin embargo, la norma que se refiere de manera específica a la tercerización es el artículo 30 de dicha ley, referido a la subcontratación y delegación. El citado numeral establece que quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social.

Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación

Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos hará responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social.

Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250.

- La tercerización en España

Heywood (2002, pp. 15-17) señala que el Estatuto de los Trabajadores de España en su artículo 42 regula la Subcontratación de obras y servicios en los siguientes términos:

“1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante.

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia

respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial.

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen.

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el Artículo 64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista.
- b) Objeto y duración de la contrata.
- c) Lugar de ejecución de la contrata.

d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal.

e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos exudemos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado.

6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende.

7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el Artículo 81 de esta Ley.”

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.

A su turno el artículo 43Q regula la cesión temporal de trabajadores a otra empresa en los siguientes términos:

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la

empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario.

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

2.3. Definición de Términos Básicos

- **La Tercerización**

Según El autor Pérez (1995) “Es la transferencia de parte del trabajo de una empresa a otra externa mediante un contrato de servicios. Es la contratación a largo plazo de procesos de un proveedor externo para conseguir mayor efectividad... se trata de un crecimiento basado en la capacidad de concentrarse en aquellas áreas que contribuyen de manera directa al éxito de la compañía, a fin de que ésta sea reconocida en los mercados y ofrezca productos o servicios con el sello de la excelencia” (p. 42)

Rothery (1996, p.4) señala que la tercerización es “un servicio exterior a la compañía y que actúa como una extensión de los negocios de la misma, pero que es responsable de su propia administración, la acción de recurrir a una agencia exterior para operar”

- **Outsourcing**

Heywood(2002, p. 27) define el Outsourcing como “la transferencia de una función o funciones comerciales internas, más cualquier activo asociado, a un proveedor externo o proveedor de servicios que ofrece un servicio definido durante un período específico de tiempo a un precio acordado, si bien probablemente limitado.”

- **Los contratos de gerencia**

Según Pérez (1995, p. 138), El contrato de gerencia o también llamado contrato de management, es aquel contrato por el cual la empresa gerenciada otorga a la empresa gerenciente las facultades de planeamiento, organización, dirección, coordinación y control de su actividad empresarial, en consideración al expertise y la reputación de esta última en dicha actividad empresarial, a cambio de una retribución (fija) o una comisión (porcentaje mensual o anual sobre la facturación o las utilidades) y, en algunos casos, dependiendo de la negociación, un fondo de maniobra.

- **Los contratos de obra**

El Código Civil define de manera concisa al contrato de obra en su artículo 1771º al señalar que “por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.

- **Desplazamiento de personal a la empresa principal**

Toyama (2000, p. 65) El artículo 4º-A establece la denominación “desplazamiento” para marcar una diferencia con el término “destaque”, empleado en la intermediación laboral.

- **Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras**

La Ley N° 29245 ha dispuesto que para iniciar y desarrollar sus actividades toda empresa tercerizadora deberá inscribirse en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo, para ello cuenta con un plazo de treinta (30) días hábiles desde su constitución.

CAPITULO III: METODOLOGÍA

3.1. Diseño Metodológico

- Tipo de Investigación

Por el enfoque: Cualitativo

Es un método de investigación usado principalmente en las ciencias jurídicas sociales el cual se basa en la argumentación como resultado de un análisis propio del tema, con toques de estudio empírico.

Por el Objetivo: Básica

Este tipo de estudio contribuye a la ampliación del conocimiento ya existente en la materia, creando así nuevas teorías propias de la investigación o modificando las ya existentes.

- Nivel

Explicativo, se trata del objeto, hecho o fenómeno que ha de explicarse, es el problema que genera la pregunta que requiere una explicación.

- **Método**

Deductivo, usado principalmente en las ciencias jurídicas sociales, en el que el pensamiento va de lo general a lo particular, se hace uso de una serie de herramientas e instrumentos que permitan conseguir los objetivos propuestos de llegar al punto o esclarecimiento requerido

- **Diseño**

“El diseño es el conjunto de estrategias procedimentales, metodológicas y técnicas, que regulan la formulación del problema, da respuestas y verifica o demuestra las hipótesis de tipo de investigación cualitativa.” (Hernández, 2006, p. 30)

El diseño de estudio es básicamente el que dirige la investigación usando en su conjunto todos los medios metodológicos pertenecientes a este.

La teoría fundamentada es el diseño de esta investigación cualitativa, la cual desvela el análisis del tema a investigarse.

“La Teoría Fundamentada fue pensada y propuesta por Barney Glaser y Anselm Strauss en la década de los 60, con la finalidad de desarrollar conceptos y relacionarlos” (San Martín, 2013, p.3).

3.2. Procedimiento de muestreo

La población para Ramos (2007, p. 107) “Es el conjunto de todos los elementos (unidad de análisis o estudio) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de nuestra investigación.”

Según Arazamendi (2009, p. 23-25) los muestreos para una tesis cualitativa son los siguientes:

“•Muestreo no Probabilístico: No se usa el azar sino el criterio del investigador, los métodos de muestreo no probabilísticas no garantizan la representatividad de la muestra y por lo tanto no permiten realizar estimaciones inferenciales sobre la población. Se basa en una buena estrategia y el buen juicio del investigador. Se puede elegir las unidades del muestreo.

•Muestreo Intencional: El muestreo intencional es un procedimiento que permite seleccionar los casos característicos de la población limitando la muestra a estos casos. Se utiliza en situaciones en las que la población es muy variable y consecuentemente la muestra es muy pequeña.

•Muestreo Casual: se trata de un proceso en el que el investigador selecciona directa e intencionadamente los individuos de la población. El caso más frecuente de este procedimiento el utilizar como muestra los individuos a los que se tienen fácil acceso.

•Muestreo basado en Expertos: Este muestreo es un proceso de selección de unidades de muestreo, en donde existen personas con una vasta experiencia en la población de estudio, y por lo tanto saben que unidades son las mejores representantes, las cuales conformarán la muestra.”

En la presente investigación se realizó el muestreo basado en expertos y el muestreo intencional, eligiendo así a profesionales especialistas en la materia de Derecho Laboral para realizar entrevistas que sustenten un mínimo de investigación empírica.

3.3. Instrumentos de recolección de datos

Se utilizaron métodos de análisis tal cuales son los métodos deductivos e inductivos, así como las técnicas de interpretación.

Técnica:

Entrevista:

Es el instrumento de una tesis cualitativa que permitirá individualizar las categorías y corroborar los supuestos, las preguntas de este instrumento son siempre abiertas.

Instrumento:

El instrumento que se utiliza es la guía de entrevista, la misma que ha sido validada por tres expertos.

3.4. Aspectos Éticos

La presente investigación se realizó siguiendo una línea moral en principios especificando que los datos demostrados coinciden con la verdad, asimismo los resultados serán tratados con total objetividad y justicia no existiendo de parte del investigador ninguna parcialidad. Asimismo, se ha utilizado las referencias APA con el compromiso que todas las citas cuentan con sus fuentes correspondientes.

CAPITULO IV: ANÁLISIS DE LA NORMATIVA Y LA REALIDAD EN MATERIA DE TERCERIZACIÓN LABORAL

- Comenzamos analizando el cuadro de análisis de fuente documental, lo que nos dice La Ley, el primero nos da un alcance propio de la problemática y de un caso que sustenta que la presente situación aún se encuentra en conflicto pues el artículo 2 del Reglamento de la Ley de tercerización sigue vigente.
Cuál es la gran diferencia entre un contrato laboral temporal y un contrato laboral de plazo indeterminado, cuando pensamos en esta pregunta nos damos cuenta del porque en el caso de la tercerización es tan importante determinar si los trabajadores realizan o no una actividad nuclear de la empresa, puesto que la principal diferencia entre un contrato temporal e indeterminado son los beneficios sociales que recibiría tal trabajador. Si no se reconoce el vínculo entre el trabajador de la tercerizadora y la empresa para la

cual está realizando la actividad nuclear entonces estaríamos obviando sus derechos como trabajadores.

El Caso que nos habla de ello se dio en la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Lima en su sentencia recaída en el Expediente N° 22411-2013-0-1801-JR-LA-15. La verdadera disyuntiva cuando hablamos de tercerizar actividades principales de una empresa se da en el cuestionamiento que si una empresa terceriza su actividad principal está en el fondo simulando el vínculo laboral que existe realmente entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y aquella.

“Resumamos el caso: un conjunto de trabajadores de la empresa tercerizadora OPECOVI demandaron a su empleadora y a la empresa COVIPERU (que había contratado los servicios de OPECOVI), solicitando se reconozca el vínculo laboral directo entre ellos y COVIPERU debido a la presencia de subordinación. Conforme a lo constatado por el tribunal, solo el extremo de la operación de las estaciones de peajes y pesajes fue tercerizado a la empresa OPECOVI, quien se haría cargo de su administración. De esta manera, la Sala coligió que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión a COVIPERU y en el mismo lugar donde se lleva a cabo la actividad principal. Por ende, en virtud del principio de primacía de la realidad, los jueces superiores entendieron que dichas labores implicaban la ejecución permanente de la actividad principal de COVIPERU. Por ello, la Sala determinó que no es posible tercerizar la actividad nuclear (corebusiness) de la empresa principal, en la medida de que este supuesto no ha sido contemplado en la Ley N° 29245 por lo que el

reglamento no podía contravenir dicho contenido, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Constitución” (La Ley, 2015, p. 2).

Obregón nos explica claramente cuando nos encontramos ante una desnaturalización de un contrato y pues la situación que se quiere evitar justamente en la problemática explicada es referente a la desnaturalización del contrato de tercerización, puesto que este, a nuestra interpretación, se desnaturaliza siendo un contrato simulado de tercerización, cuando el trabajador pasa a realizar una actividad nuclear de la empresa.

- Como segundo punto analizamos lo que vemos en el Marco Normativo, comenzando con los Tratados Internacionales, especialmente con el Convenio 181 de la OIT. Este tratado es dado por la OIT a razón de regular a las agencias de empleo que vendrían a ser las empresas tercerizadoras con la finalidad de promover el empleo y principalmente de limitar sus actuaciones para que no dañen a sus trabajadores.

En segundo lugar vemos a la Constitución y sus artículos pertinentes al tema, como el Artículo 22 que nos ayuda comprender el respaldo constitucional que tiene la protección del derecho al trabajo en todos sus aspectos, es decir, especialmente en sus beneficios sociales. Asimismo el Artículo 51 permite ver claramente el principio de jerarquía y supremacía constitucional, es decir que a pesar que una norma de menor jerarquía quiera transgredir un derecho protegido por la Constitución este actuar es imposible.

Sin embargo, es en la Tercera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley de Tercerización donde encontramos la búsqueda de la protección a los derechos de los trabajadores ante la realización de actividades nucleares de la empresa principal, por ende, entendemos su carácter prohibitivo de la misma.

A ello visualizamos como en el reglamento de la ley de tercerización se encuentra la gran contradicción a la protección antes explicada pues es esta norma de rango reglamentario permite que los trabajadores realicen actividades principales de la empresa siempre y cuando no sean por largos periodos de tiempo, sin embargo para ello bastaría que las empresas utilicen un simple contrato temporal por aumento de actividad y no una tercerización.

- Por último acorde a las entrevistas realizadas tenemos que los entrevistados permiten tener las siguientes conclusiones como aportes a la investigación, primero que no se puede decir que en todos los casos han existido vulneración a derechos laborales por el uso de la tercerización, sin embargo al existir una contradicción en el objeto de la misma es entrar en un riesgo, pues ya sea si se desea restringir o ampliar el uso de la tercerización se debe de hacer en forma uniforme y con la debida capacitaciones a las entidades que supervisarían el cumplimiento de los derechos laborales. Segundo que los efectos de no contar con una adecuada regulación sobre la tercerización y su aplicación en las actividades nucleares de la empresa principal serian en principio negativos pues existe gran posibilidad que se dé la provisión y el

desplazamiento de personal para evitar los sobrecostos y restringir derechos laborales tales como son el pago de utilidades de las grandes empresas. Tercero de seguir con esta situación se contribuye grandemente a que en el Perú se tenga una inestabilidad jurídica para la tercerización. Cuarto judicialmente no es necesario esperar a derogar el art. 2 del Reglamento de la Ley de tercerización puesto que los jueces pueden elegir utilizar el control difuso e inaplicarlo, sin embargo, lo óptimo es que se solucione tal contradicción de normas. Por último, entendemos que basta con el principio de jerarquía para inaplicar el art. 2 del Reglamento pues el principio de especialidad acorde a la teoría general del proceso es cuestionable cuando se haya pasado la valla del principio de jerarquía, lo cual no sucede en este caso.

a) Análisis de Fuente Documental

ANÁLISIS DE FUENTE DOCUMENTAL		
DESCRIPCIÓN DE LA FUENTE	CITA TEXTUAL	ANÁLISIS DEL TEMA
<p>La Ley (2015). <i>No puede tercerizarse la actividad principal de una empresa.</i></p>	<p>No es posible tercerizar la actividad nuclear de una empresa. De pretenderse ello, deberá entenderse que existe relación laboral entre dicha compañía y los trabajadores destacados por la empresa que presta los servicios de tercerización. ¿La razón? Que estos trabajadores realicen el corebusiness de una empresa evidencia un claro caso de subordinación laboral.</p> <p>Así lo ha dispuesto la Cuarta Sala Laboral de la Corte Superior de Lima en su sentencia recaída en el Expediente N° 22411-2013-0-1801-JR-LA-15. El argumento para llegar a esta conclusión es el siguiente: cuando una empresa terceriza su actividad principal está en el fondo simulando el vínculo laboral que existe realmente entre los trabajadores de la empresa tercerizadora y aquella.</p> <p>Resumamos el caso: un conjunto de trabajadores de la empresa</p>	<p>Cuál es la gran diferencia entre un contrato laboral temporal y un contrato laboral de plazo indererminado, cuando pensamos en esta pregunta nos damos cuenta del porque en el caso de la tercerización es tan importante determinar si los trabajadores realizan o no una actividad nuclear de la empresa, puesto que la principal diferencia entre un contrato temporal e</p>

<p>tercerizadora OPECOVI demandaron a su empleadora y a la empresa COVIPERU (que había contratado los servicios de OPECOVI), solicitando se reconozca el vínculo laboral directo entre ellos y COVIPERU debido a la presencia de subordinación.</p> <p>En primera instancia se declaró infundada la demanda de los trabajadores, pero en vía de apelación, la Sala les concedió la razón. Para ello primero se evaluó si la tercerización entre OPECOVI y COVIPERU reunía los requisitos señalados en la ley.</p> <p>Así, la Sala verificó que COVIPERU suscribió, con el Estado peruano, un contrato de concesión para la construcción y explotación del Tramo Vial Puente Pucusana–Cerro Azul-Ica de la Carretera Panamericana Sur-RO1S, a fin de desarrollar una serie de actividades, siendo las principales la construcción, explotación, administración y mantenimiento del tramo vial referido.</p> <p>Conforme a lo constatado por el tribunal, solo el extremo de la operación de las estaciones de peajes y pesajes</p>	<p>indeterminado son los beneficios sociales que recibiría tal trabajador. Si no se reconoce el vínculo entre el trabajador de la tercerizadora y la empresa para la cual está realizando la actividad nuclear entonces estaríamos obviando sus derechos como trabajadores.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

fue tercerizado a la empresa OPECOVI, quien se haría cargo de su administración. De esta manera, la Sala coligió que los trabajadores demandantes realizaron las labores que se mencionan como objeto de concesión a COVIPERU y en el mismo lugar donde se lleva a cabo la actividad principal. Por ende, en virtud del principio de primacía de la realidad, los jueces superiores entendieron que dichas labores implicaban la ejecución permanente de la actividad principal de COVIPERU.

Por ello, la Sala determinó que no es posible tercerizar la actividad nuclear (corebusiness) de la empresa principal, en la medida de que este supuesto no ha sido contemplado en la Ley N° 29245 por lo que el reglamento no podía contravenir dicho contenido, conforme a lo previsto en el artículo 51 de la Constitución.

En consecuencia, el tribunal señaló que en este caso se había desnaturalizado la figura de la tercerización, por lo que los contratos de naturaleza laboral celebrados entre los trabajadores demandantes y OPECOVI devienen en

ineficaces. A esto hay que añadir que la Sala entendió que las codemandadas violaron el principio de buena fe simulando una situación contractual que no corresponde a la real y verificada judicialmente, “debiéndose reconocer entonces una contratación laboral directa entre los trabajadores demandantes y COVIPERÚ”, precisó.

Reforzó este argumento el hecho de que COVIPERU remitió correos dando informes e indicaciones al personal de OPECOVI, lo cual es expresión de una relación de subordinación. Además, se verificó que todos los ingresos de OPECOVI por concepto de peaje iban directamente a las cuentas de la empresa usuaria COVIPERU, lo que denota la ausencia de autonomía empresarial de la empresa que prestaba los servicios de tercerización.

Por todas estas razones, la Sala revocó la sentencia de primera instancia y reformándola declaró fundada en parte la demanda, reconociendo de ese modo la existencia de una relación laboral a tiempo indeterminado entre los trabajadores demandantes y COVIPERU.

<p>Obregón, T. (2012). <i>Los servicios de tercerización</i>. Actualidad Empresarial, N° 248.</p>	<p>Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos que la Ley de Tercerización establece, 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 y sin perjuicio de las demás sanciones. Es decir, si la tercerización no es tal, sino una simple simulación, el contrato de tercerización se desnaturaliza y se establece el vínculo laboral entre los trabajadores de la empresa tercerizadora con la empresa principal, y se cancela el registro de la empresa tercerizadora. Se produce la desnaturalización:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. En caso que el análisis razonado de los elementos característicos de la tercerización, 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 	<p>La situación que se quiere evitar justamente en la problemática explicada es referente a la desnaturalización del contrato de tercerización, puesto que este, a nuestra interpretación, se desnaturaliza siendo un contrato simulado de tercerización, cuando el trabajador pasa a realizar una actividad nuclear de la empresa.</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

	<p>de servicios luego de transcurrido el plazo de 30 días de producida 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.</p>	
--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

b) Marco Normativo

NORMA	CONTENIDO LITERAL DE LA NORMA	CONCLUSIÓN
<p>TRATADOS INTERNACIONALES</p>	<p>Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181)</p> <p>Artículo 1</p> <p>1. A efectos del presente Convenio, la expresión agencia de empleo privada designa a toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo:</p> <p>(a) servicios destinados a vincular ofertas y demandas</p>	<p>Este tratado es dado por la OIT a razón de regular a las agencias de empleo que vendrían a ser las empresas tercerizadoras con la finalidad de promover el empleo y principalmente de limitar sus actuaciones para que no dañen a sus</p>

de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse;

(b) servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (en adelante "empresa usuaria"), que determine sus tareas y supervise su ejecución;

(c) otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, determinados por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

2. A efectos del presente Convenio, el término trabajadores comprende a los solicitantes de empleo.

3. A efectos del presente

trabajadores.

	<p>Convenio, la expresión tratamiento de los datos personales de los trabajadores designa la recopilación, almacenamiento, combinación y comunicación de los datos personales, o todo otro uso que pudiera hacerse de cualquier información relativa a un trabajador identificado o identificable.</p>	
<p>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ</p>	<p>Artículo 22°.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.</p> <p>Artículo 23°.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.</p> <p>El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de</p>	<p>El Artículo 22 nos ayuda comprender el respaldo constitucional que tiene la protección del derecho al trabajo en todos sus aspectos, es decir, especialmente en sus beneficios sociales.</p> <p>Asimismo el</p>

	<p>fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.</p> <p>Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.</p> <p>Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.</p> <p>Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.</p>	<p>Artículo 51 permite ver claramente el principio de jerarquía y supremacía constitucional, es decir que a pesar que una norma de menor jerarquía quiera transgredir un derecho protegido por la Constitución este actuar es imposible.</p>
<p>LEYES LABORALES</p>	<p>Ley Nº 27626 Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final</p> <p>“En los casos en que mediante contratos o subcontratos de naturaleza civil se provean trabajadores para desarrollar labores que</p>	<p>Justamente en la Tercera disposición transitoria, complementaria y final de la Ley de Tercerización es en donde</p>

	<p>correspondan a la actividad principal de la empresa usuaria, se entenderá que tales trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria desde su respectiva fecha de iniciación de labores en dicha empresa”</p>	<p>encontramos la búsqueda de la protección a los derechos de los trabajadores ante la realización de actividades nucleares de la empresa principal, por ende entendemos su carácter prohibitivo de la misma.</p>
<p>REGLAMENTO</p>	<p>Decreto Supremo N° 006-2008-TR 12/09/2008</p> <p>Artículo 2º.- Ámbito de la tercerización</p> <p>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</p>	<p>Es en el presente reglamento de la ley de tercerización en donde encontramos la gran contradicción a la protección antes explicada pues es esta norma de rango reglamentario</p>

<p>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 3º 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.</p>	<p>permite que los trabajadores realicen actividades principales de la empresa siempre y cuando no sean por largos periodos de tiempo, sin embargo para ello bastaría que las empresas utilicen un simple contrato temporal por aumento de actividad y no una tercerización.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

c) Entrevistas

MATRIZ DE ANÁLISIS DE ENTREVISTAS			
PREGUNTAS	ENTREVISTADO 1: CÉSAR OCAMPO PORTOCARRERO	ENTREVISTADO 2: RICARDO JOSE BÄR INFANTES	ENTREVISTADO 3: JOSE ANTONIO LORA ALVAREZ
1. ¿Cuál es el motivo de la tercerización de actividades no principales de una empresa?	<input type="checkbox"/> Optimizar costos <input type="checkbox"/> Diseminar riesgos <input type="checkbox"/> Especialización de tareas	Las empresas tercerizan sus actividades a efectos de reducir sus costos de administración, transferir riesgos y lograr una mayor eficiencia en la ejecución de la actividad específica.	El espíritu de la tercerización de actividades no principales es general eficiencias en la empresa avocando la actividad de sus trabajadores al corebussines de la empresa principal, dejando para empresas que se dedican a actividades de alguna especialidad, realizar sus actividades, dinamizando la producción no se una sino de varias empresas.
2. ¿Cuál es la finalidad de la prohibición de la ley N° 29245 en su artículo 2 de no tercerizar la actividad principal de una	Tal dispositivo no contempla la premisa de la pregunta, ya que aún las actividades principales pueden ser tercerizadas.	Según el artículo 2° de la ley N° 29245, solo son tercerizables las actividades especializadas u obras, ello con la finalidad de que las	Esa pregunta es para los legisladores, pero está claro que el hecho que haya una limitación responde a que no toda actividad

<p>empresa?</p>		<p>empresas mantengan para sí su actividad nuclear o consustancial al giro negocio.</p>	<p>debería ser tercerizada, más aun cuando hay servicios especializados cuyo dominio o conocimiento responde única y exclusivamente a la propia empresa que brinda el servicio. De este modo dejan a terceros labores que no deberán ser de mayor complejidad y para la que no han sido creados.</p>
<p>3. A su parecer ¿En la realidad se ha utilizado a la tercerización para vulnerar beneficios sociales de los trabajadores? ¿Por qué?</p>	<p>En algunos sectores ha existido la desnaturalización de la tercerización, sobre todo en el extremo de la provisión y desplazamiento de personal para evitar los sobrecostos y restringir los derechos laborales, como es el caso de la participación de las utilidades de la empresa principal. Más no podemos generalizar que el uso de la tercerización ha vulnerado derechos laborales, ya que, a través de ella, se han creado varios puestos de trabajo</p>	<p>Considero que la figura de tercerización no es utilizada por las empresas con el propósito de vulnerar beneficios sociales de los trabajadores. Pues de las diferentes realidades a las que he tenido acceso, he podido apreciar que las empresas principales, en los contratos que suscriben, se incluyen dentro del marco legal de protección de los derechos laborales de los trabajadores involucrados, la</p>	<p>No estoy muy de acuerdo con dicha aseveración. En realidad vivimos en una sociedad laboral donde el problema no radica en las relaciones laborales de este tipo (dígase tercerización o intermediación) la informalidad laboral va de la mano de cierta forma con los costos laborales. La tercerización por el contrario favorece la inversión y la</p>

	especializados, y se ha dinamizado la economía del país, esto ha sido contemplado por pronunciamientos jurisdiccionales, y se ha denominado a este imput como descentralización económica de las empresas.	creación de fondos de garantía e inclusive se establecen como condiciones de pago, la presentación mensual de los documentos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales.	empresa. Claro está dentro de los márgenes y respetos de la ley.
4. ¿Cuáles son los efectos de la contradicción de una ley con un decreto supremo?	Inestabilidad jurídica.	Ante una contradicción de una ley con un decreto supremo, se toma en consideración lo regulado en la ley por ser una norma con rango superior.	
5. ¿La contradicción de prohibir y permitir la tercerización para la actividad principal de una empresa entre una ley y un reglamento permite derogar el art. 2 del Decreto Supremo N°006-2008-TR? ¿Por qué?	No necesariamente, ya que la inaplicabilidad de una norma se circunscribe en la facultad discrecional de cada magistrado.		
6. ¿En su consideración, cuales son los	<input type="checkbox"/> Pluralidad de clientes. <input type="checkbox"/> Capital social	Considero que para que una tercerización se	Creo que la ley y el reglamento son bastante

<p>parámetros que se deben seguir en la tercerización para su adecuado funcionamiento?</p>	<p>independiente.</p> <p><input type="checkbox"/> Recursos y riesgos propios.</p>	<p>debe de velar por el cumplimiento de los siguientes requisitos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. No puede delegarse el núcleo de la actividad principal. 2. Únicamente puede contratarse con una "Empresa" Tercerizadora. 3. La tercerizadora deberá brindar servicio especializado u obra. 4. Debe existir un destaque continuo de trabajadores. 5. Debe de realizarse la actividad u obra por cuenta y riesgo de la Tercerizadora. 6. La tercerizadora deberá contar con recursos propios. 7. La tercerizadora debe ser responsable por la actividad. 8. Los trabajadores destacados estarán bajo la exclusiva 	<p>consecuentes con la norma y con las necesidades a efectos de evitar en primer lugar el abuso de las tercerizaciones y en segundo lugar ser empresas formales.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

		<p>subordinación de la tercerizadora.</p> <p>9. Pluralidad de clientes por parte de la Tercerizadora.</p> <p>10. Equipamiento propio de la Tercerizadora.</p> <p>11. Inversión de capital de la Tercerizadora.</p> <p>12. Debe existir una retribución por la obra o servicio.</p> <p>13. Cabe también tener en consideración otros aspectos de la empresa tercerizadora, los que permitan evidenciar la prestación de un servicio especializado. Sobre el particular, tenemos los siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Habilidades • Métodos • Secretos industriales • • Certificaciones • Calificaciones • Activos 	
--	--	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

		<p>intangibles</p> <ul style="list-style-type: none"> • Cualquier otro elemento que evidencie autonomía empresarial. <p>14. Debe delimitarse la actividad a realizar por parte de la tercerizadora, a efectos de que la empresa principal y la tercerizadora no realicen ambas la misma actividad.</p>	
<p>7. ¿Cómo se implica el principio de jerarquía y el principio de especialidad normativa en la contradicción de prohibir y permitir la tercerización para la actividad principal de una empresa entre una ley y un reglamento?</p>	<p>Si el cuestionamiento se refiere entre lo que dice la norma y su reglamento, este último debe desarrollar técnicamente lo que la ley señala.</p>	<p>La Teoría General del Derecho ha creado criterios de aplicación normativa en caso de conflicto entre dispositivos legales. Uno de ellos es el criterio de jerarquía, que dispone que en caso de conflicto de normas, se aplicará aquella que sea de rango superior: En este caso, al haber un conflicto entre ley y reglamento, se aplicará lo dispuesto por la ley al ser una norma de rango superior. Otro criterio, es el de especialidad, el cual dispone que en</p>	

		<p>caso de encontrarnos con dos normas en conflicto del mismo rango o nivel normativo, se aplicará la norma especial sobre la general: En este caso, no nos encontramos ante este supuesto, por lo que con la aplicación del criterio de jerarquía, se supera la contradicción normativa.</p>	
<p>8. En su parecer ¿Existe una necesidad de permitir la tercerización de la actividad nuclear de una empresa? Explique.</p>	<p>Claro que sí, ya que el uso correcto y desarrollo dentro de lo establecido en la normatividad vigente, permite la creación de puestos de trabajo especializados e impulsa la economía de los sectores productivos y económicos del país. Lo que debe revisarse, es la ampliación de la protección de los derechos laborales frente a los casos de desnaturalización y ceses arbitrarios, lo cual se encuentra dormido hace varios años en el proyecto de la nueva ley de</p>	<p>No considero que exista una “necesidad” de permitir la tercerización de la actividad nuclear de la empresa, sin embargo, considero que no existe un sustento adecuado para restringirlo. El ampliar el ámbito de aplicación de la tercerización, permitiría a las empresas continuar con la generación y desarrollo de sus actividades empresariales y/o comerciales.</p>	<p>Yo creo que pierde sentido el propio espíritu de la norma cuando contratamos una empresa para realizar las actividades principales</p>

	trabajo.		
9. En caso de estar de acuerdo con lo expuesto ¿Qué solución puede otorgar a la problemática planteada?	Capacitar a la Autoridad Administrativa de Trabajo y a su organismo adscrito SUNAFIL en realidades empresariales de los distintos sectores económicos del país, ya que, hoy en día, no se tiene muchos fiscalizadores laborales para cautelar administrativamente los derechos laborales, y los pocos que se tiene, no cuentan con una especialización ni conocimiento del corebusiness de la empresa que van a fiscalizar.	Dado que la problemática consiste en ampliar el ámbito de la tercerización a la actividad nuclear de la empresa, y ello depende de la voluntad y política legislativa, corresponde a ellos el plantear directamente una ley (o a través de la delegación de facultades legislativas al poder ejecutivo) que modifique la ley de tercerización de servicios	

Los entrevistados permiten tener las siguientes conclusiones como aportes a la investigación, primero que no se puede decir que en todos los casos han existido vulneración a derechos laborales por el uso de la tercerización, sin embargo al existir una contradicción en el objeto de la misma es entrar en un riesgo, pues ya sea si se desea restringir o ampliar el uso de la tercerización se debe de hacer en forma uniforme y con la debida capacitaciones a las entidades que supervisarían el cumplimiento de los derechos laborales. Segundo que los efectos de no contar con una adecuada regulación sobre la tercerización y su aplicación en las actividades

nucleares de la empresa principal serian en principio negativos pues existe gran posibilidad que se dé la provisión y el desplazamiento de personal para evitar los sobrecostos y restringir derechos laborales tales como son el pago de utilidades de las grandes empresas. Tercero de seguir con esta situación se contribuye grandemente a que en el Perú se tenga una inestabilidad jurídica para la tercerización. Cuarto judicialmente no es necesario esperar a derogar el art. 2 del Reglamento de la Ley de tercerización puesto que los jueces pueden elegir utilizar el control difuso e inaplicarlo, sin embargo, lo óptimo es que se solucione tal contradicción de normas. Por último, entendemos que basta con el principio de jerarquía para inaplicar el art. 2 del Reglamento pues el principio de especialidad acorde a la teoría general del proceso es cuestionable cuando se haya pasado la valla del principio de jerarquía, lo cual no sucede en este caso.

CONCLUSIONES

Primera:

Se concluye que un reglamento no puede contradecir lo establecido en una norma de rango superior, en este caso una Ley, pues el principio de jerarquía deviene del principio de supremacía constitucional, el cual se basa en el respeto de los derechos fundamentales; asimismo, la Supremacía Constitucional es entendida como una característica especial y esencial de la Constitución rígida de un Estado.

Segunda:

Se concluye que si bien la tercerización puede mutar o modificarse en su uso, esta modificación tiene que ser acorde a los derechos protegidos laborales, es decir a lo estipulado por el artículo 22 de la Constitución, siendo pasible de analizar más profundamente si es beneficioso aceptar o denegar la tercerización para actividades

nucleares, lo cual es imposible por ahora ya que el reglamento no puede oponerse a la Ley y a la constitución y en su defecto a los tratados Internacionales que forma parte el Estado Peruano.

Tercera:

Se concluye que vivir en un Estado de Derecho forma parte de la naturaleza de los diversos modelos de Estado, social o democrático, en ese sentido la dignidad de la persona, fin supremo de la sociedad y del Estado, se verá protegida, en la medida que una sociedad política sus actores se comprometan a respetar las reglas básicas del Estado de Derecho y la democracia, dentro de las cuales supone el respeto y la protección de todos los derechos fundamentales como lo es del derecho al trabajo.

Cuarta:

Se concluye que el derecho fundamental al trabajo forma parte de un Estado de Derecho, garantizado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los convenios internacionales de Derechos y en las propias Leyes Fundamentales de cada país.

Quinta:

Se concluye que la empresa beneficiaría de la Tercerización va a contratar con el objetivo de satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio

especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si se da en la intermediación pues existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing.

Sexta.

Se concluye que la tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por este con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, por otro lado, se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone.

Séptima:

Se concluye que existe la necesidad de modificar el Reglamento de la Ley de Tercerización Laboral, ya que el presente Reglamento permite Tercerizar la actividad principal, lo que no se encuentra regulado en la referida ley, con la evidente vulneración de los trabajadores sujetos a este tipo de relación.

Octava:

Se concluye que existe un vacío normativo sobre la Tercerización de actividades nucleares de las empresas, razón por la cual resulta necesario modificar la Ley y el Reglamento de Tercerización, sobre este aspecto tan importante sobre la tercerización de servicios empresariales.

RECOMENDACIONES

Primera:

Se recomienda que el Consejo Nacional de Trabajo, Institución donde confluye de forma tripartita los representantes de los Trabajadores, de los empleadores y del estado, debatan y concluyan en la modificación del artículo 2 del Reglamento de la Ley de tercerización Laboral.

Segunda:

Se recomienda que se realice un Pleno Casatorio Laboral, en el cual se debata y concluya la correcta interpretación del artículo 2 del Reglamento de la Ley de tercerización Laboral.

Tercera:

Se recomienda que la Superintendencia de Fiscalización Laboral, emita una Directiva en la cual determine la correcta fiscalización de las relaciones laborales en relación a la tercerización laboral, a su vez se deben implementar un curso y/o taller de capacitación a los fiscalizadores de trabajo para que apliquen correctamente el sentido de la ley de tercerización.

Cuarta:

Se recomienda que el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, actualice y supervise correctamente el Registro de empresas Tercerizadoras, a su vez este registro deberá ser de conocimiento público para el beneficio de los trabajadores de esta relación empresarial.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Arazamendi, L. (2009). *Guía de la Metodología de la Investigación*. Arequipa. Adrus.

Castillo M., Y. Y Nuñez O., T. (2014). *Análisis cualitativo-jurídico de la tercerización laboral en el marco del derecho de asociación sindical en Colombia*. Universidad de Cartagena.

Echaiz M., D. (2010). *Marco Conceptual sobre los grupos de empresas en instituciones de Derecho de Empresarial*. Lima, editorial APECC.

Fernández F., E. (1994). *Outsourcing y Subcontratación*. Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile.

Hernández S., R. (2010) *Metodología de la investigación*. México. McGraw-Hill.

Hernandez M., E. (2006). *Cómo escribir una tesis*. España. Escuela Nacional de Salud Pública.

Heywood, J., B. (2002) *El Dilema del outsourcing, La búsqueda de la Competitividad*, España. Prentice Hall.

La Ley (2015). *No puede tercerizarse la actividad principal de una empresa*.

Lizarralde M., R. (1999). *El Outsourcing como un sistema de mejoramiento empresarial y de distribución de la propiedad y el ingreso*. Santa Fe de Bogotá.

Moncada L., M. y Monsalvo B., Y. (2000). *Implicaciones Laborales del Outsourcing*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana facultad de Ciencias Jurídicas departamento de Derecho Laboral Santa Fe de Bogotá, D.C.

- Obregón, T. (2012). *Los servicios de tercerización*. Actualidad Empresarial, N° 248.
- Pérez C., J. (1995). *Outsourcing una alternativa en expansión*. Perú. Revista del Instituto Peruano de Administración de Empresas.
- Pérez F., E. (2000). *Organización y Administración de la pequeña empresa*. Tercera Edición. Lima. Edición a cargo del autor.
- Pasquel V., J. (2007). *Outsourcing: una metodología de negocios para la rentabilidad y competitividad en el sector textil peruano*. Lima, Perú.
- Ramos N., C. (2007). *Comohacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento*. (4ta). ISBN 978-603-4002-03-6.
- Rothery, B. y Robertson, I. (1996). *Outsourcing. La subcontratación*. México. Editorial Limusa S.A. de C.V.
- San Martín (2013). *Teoría fundamentada y Atlas.ti: recursos metodológicos para la investigación educativa*. Chile. Universidad Católica de Temuco.
- Schneider, B. (2004). *Outsourcing*. Colombia, Editorial Norma.
- Toledo T., O. (Noviembre 2008). *Intermediación laboral, outsourcing y downsizing*. Revista Consejo Nacional de la Magistratura información institucionales y doctrina, Lima, año 1, N°3.
- Toyama M., J. (2000). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. Lima, OIT.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TÍTULO	PROBLEMAS	OBJETIVOS	CATEGORIAS	METODOLOGIA
<p>“EL USO INDISCRIMINADO DEL CONTRATO DE TERCERIZACIÓN Y SUS REPERCUSIONES EN LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS DE LA EMPRESA TERCERIZADORA.”</p>	<p>PROBLEMA PRINCIPAL</p> <p>¿Puede un reglamento contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las empresas contratantes?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>- Analizar si un reglamento puede contradecir lo establecido en la ley de tercerización respecto a la prohibición de su uso para actividades nucleares de las empresas contratantes.</p>	<p>Tercerización</p> <p>Derechos de los Empleados</p> <p>Actividad nuclear de las empresas principales</p>	<p>PARADIGMA: cualitativo. TIPO DE INVESTIGACIÓN: Básica DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN: Teoría Fundamentada MÉTODOS: Método deductivo. Método inductivo. UNIDAD DE ANALISIS: 3 Entrevistas. FUENTES: artículos, libros, resoluciones y páginas de internet. TÉCNICAS: entrevistas, análisis de fuente documental, análisis de marco normativo. INSTRUMENTOS: Preguntas guía, cuestionario de entrevistas y matriz de datos.</p>
	<p>PROBLEMAS ESPECIFICOS</p> <p>- ¿Cuál es la implicancia de la existencia de un reglamento que contradice a la ley de tercerización al principio de jerarquía y especialidad normativa?</p> <p>- ¿Existe una necesidad de permitir la tercerización de la actividad nuclear de una empresa?</p>	<p>OBJETIVOS ESPECIFICOS</p> <p>- Investigar la implicancia de la existencia de un reglamento que contradice a la ley de tercerización al principio de jerarquía y especialidad normativa.</p> <p>- Analizar si existe una necesidad de permitir la tercerización de la actividad nuclear de una empresa.</p>		

