

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



Análisis de la Sentencia N° 2135-2012-PA/TC

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
BACHILLER EN DERECHO**

AUTOR

Valeria Thais Sanchez Goicochea

ASESOR

Dora Maria Ojeda Arriaran

<https://orcid.org/0000-0002-7938-0776>

Chiclayo, 2020

Índice

Resumen	3
Abstract	4
I. Cuestiones fácticas	5
II. Cuestiones jurídicas	6
III. Análisis crítico	12
Referencias bibliográficas.....	22
Instrumentos Legislativos.....	24

Resumen

La flexibilidad laboral implantada en nuestro ordenamiento jurídico ha traído consigo el reconocimiento de la tercerización de servicios como una herramienta de gestión empresarial, sin embargo, en la actualidad dicha institución es empleada sin observar los requisitos legalmente establecidos y, en muchas ocasiones con el ánimo de restringir los derechos de los trabajadores generando la desnaturalización de este tipo de vínculo y una vulneración al derecho del trabajo, es por ello que en el presente trabajo se analizó la sentencia N°. 2135-2012-PA/TC. Mediante la cual el Tribunal Constitucional determinó que un contrato de tercerización de servicios se desnaturaliza cuando la empresa principal expide carnet de capacitación a los trabajadores destacados de la empresa tercerizadora. En primer lugar, se creyó conveniente plantear el problema jurídico que es materia estudio en dicha jurisprudencia, posteriormente se procedió a plasmar los datos y hechos relevantes de la misma, seguidamente se identificaron y desarrollaron las instituciones jurídicas relacionadas con el problema teniendo como base la legislación vigente, el avance jurisprudencial y doctrinal tanto a nivel nacional como internacionalmente, lo que conllevó a dilucidar el problema anteriormente analizado y, por último se adoptó una posición frente a la sentencia dictada.

Palabras clave: Trabajo, Contrato de Trabajo, Estabilidad laboral, Tercerización de servicios, Despido, Nulidad.

Abstract

The labor flexibility implemented in our legal system has brought with it the recognition of the outsourcing of services as a business management tool, however, at present this institution is used without observing the legally established requirements and, on many occasions with the intention of harming the rights of workers, generating the denaturation of this type of link and a violation of labor law, that is why in the present work the sentence n°. 2135-2012-PA/TC was analyzed. Through which the Constitutional Court determined that a service outsourcing contract is distorted when the main company issues a training card to the outstanding workers of the outsourcing company. In the first place, it was considered convenient to raise the legal problem under study in said jurisprudence, later the relevant data and facts of the same were pointed out, then the legal institutions related to the problem were identified and developed, taking as reference the current legislation, the jurisprudential and doctrinal progress both nationally and internationally, which led to elucidating the previously analyzed problem and, finally, adopting a position was adopted regarding the ruling issued.

Keywords: Work, Work Contract, Job stability, Outsourcing of services, Dismissal, Annulment.

I. Cuestiones fácticas

1.1. Datos de la sentencia

Se trata de un proceso de amparo interpuesto ante el Tribunal Constitucional, cuya resolución recae en la sentencia N.º 2135-2012-PA/TC de fecha 26 de enero del 2016, y es conformada por los votos de los magistrados Ramos Núñez, Ledesma Narváez, Blume Fortini y Espinosa-Saldaña Barrera, quien es llamado a dirimir.

Actúan como sujetos intervinientes en el proceso, por una parte, como demandante el señor Luis Alberto Cardoza Jiménez y por la otra parte como demandada la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao que expidió la resolución que declaró improcedente la demanda de amparo de autos de fecha 27 de diciembre de 2011.

El Cuarto Juzgado Civil del Callao conoce la demanda de amparo, declara infundadas las excepciones deducidas por la parte demandante e improcedente la solicitud de denuncia civil e intervención litisconsorcial facultativa; determina que a través del Acta de Infracción expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se ha probado la desnaturalización del contrato de tercerización de prestación de servicios celebrado entre los sujetos intervinientes, por lo tanto, existe una relación laboral sujeta a plazo indeterminado en virtud del artículo 4º del Decreto Legislativo 728, lo que supone que el término de dicha relación solo podía ampararse en causa justa prevista por ley, configurándose un despido incausado que afecta el contenido esencial del derecho al trabajo, en consecuencia, declaró fundada la demanda.

En grado de apelación, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao declaró nulo todo lo actuado y por concluido el proceso, por considerar que existía incompetencia por razón de territorio de conformidad a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 51 del Código Procesal Constitucional.

1.2. Hechos relevantes

Hecho 1: Con fecha 4 de octubre de 1999 el señor Luis Alberto Cardoza Jiménez fue destacado como chofer para prestar sus servicios dentro de las instalaciones de la sociedad demandada a través de un contrato de tercerización.

Hecho 2: El 16 de julio de 2007 Repsol YPF Comercial del Perú S.A. y Servosa S.A. celebraron un contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel, incluyéndose la cláusula 5.13 en la que se precisó que “ELTRANSPORTISTA deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de seguridad correspondientes requeridas para esta operación, y que se le otorgue el correspondiente carnet de capacitación”.

Hecho 3: En el mismo año, la empresa demandada otorgó un carnet de capacitación al recurrente.

Hecho 4: A través del control en garitas tolerancia cero, se consignó al demandante como chofer del vehículo de placa N° X0-6027, vehículo que pertenecía a la empresa demandada.

Hecho 5: En el año 2008 la demandada expidió carnet de capacitación en favor del demandante.

Hecho 6: Con fecha 19 de mayo de 2008 la Autoridad de Trabajo determinó que se produjo la desnaturalización del contrato de tercerización y ordenó la inclusión de 73 trabajadores destacados de la empresa Servosa Gas S.A.C a la planilla de la Sociedad emplazada y el pago de una multa por la suma de S/. 38 150.00 nuevos soles, mediante el Acta de Infracción 468-2008- MTPE12/12.720.

Hecho 7: El 15 de julio de 2008 la empresa emplazada endosó la renovación de seguros la positiva del vehículo placa N° X0-6027, consignándose como asegurado a la empresa Servosa Gas S.A.C.

Hecho 8: Finalmente, con fecha 24 de setiembre de 2009, al demandante se le impidió el ingreso a su centro de trabajo, manifestándosele que no trabajaba para la empresa demandada.

II. Cuestiones jurídicas

2.1. Problema jurídico

¿Se configura la desnaturalización del contrato de tercerización de servicios, si la empresa principal expidió carnet de capacitación a trabajadores de la empresa tercerizadora, y constituye una vulneración al derecho del trabajo despedirlos sin expresar causa relacionada con su

conducta o capacidad?

2.2. Identificación de instituciones jurídicas relacionadas con el problema

Las instituciones jurídicas son aquellas reglas de conducta que tienen como fin la preservación de un orden social, ahora bien, en la sentencia materia de análisis, las instituciones que guardan relación con el problema son en su mayoría de derecho laboral y podemos definir las como aquel conjunto de garantías previstas en las normas del derecho del trabajo o demás fuentes que lo integran. También se hará referencia a una institución de derecho procesal. Entonces, nos estamos refiriendo al trabajo, el contrato de trabajo, la tercerización de servicios, los mecanismos de protección frente al despido, y la nulidad.

2.2.1. El trabajo

El trabajo es una institución jurídica que ha experimentado una serie de cambios, pues parte como un hecho social inmerso en la naturaleza del ser humano, pero con el tiempo ha adquirido matices jurídicos y económicos.

Bajo esa perspectiva, Vallecilla (2018) sostiene que el trabajo es “por antonomasia, la actividad que permite el acceso a los medios de subsistencia y, por tanto, está íntimamente relacionado con la posibilidad de llevar una vida digna” (p.28). Entonces, es más que una mera actividad dirigida a satisfacer necesidades de índole económicas, pues al ser esta institución el eje central de la vida del hombre es la base de su bienestar social y un medio para su realización como persona.

Asimismo, en su nota informativa al referirse a esta institución la Organización Internacional del Trabajo (2018) hace referencia a su función social y expone que “todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades” (p.3).

En consecuencia, el trabajo posibilita al ser humano satisfacer sus necesidades económicas, pero sobre todo y, principalmente le permite alcanzar su realización, precisamente allí reside su importancia en el ámbito jurídico y la necesidad de su reconocimiento como una institución

jurídica de derecho laboral, pues, solo bajo esa línea se garantiza a los individuos de una sociedad poder acceder a un trabajo en condiciones de dignidad, igualdad y libertad.

2.2.2. El contrato de trabajo

El contrato de trabajo es concebido por Richter citado por Castro (2017) como “(...) la institución central del derecho del trabajo; constituye a la vez la raíz de su origen y la razón de su existencia como disciplina jurídica autónoma” (pp.17-18).

Bajo ese orden de ideas, el contrato de trabajo es la esencia misma del derecho laboral, pues a través de este se generan una serie de derechos y obligaciones cuyo reconocimiento permiten que en el campo del derecho se erija como una rama con características propias. Es por ello que, Vallecilla (2018) sostiene que “el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades que se celebra con el fin de que un trabajador preste, a favor de un empleador, una determinada labor, en forma personal y bajo continuada subordinación, a cambio de una remuneración” (pp. 66-67).

Asimismo, la concepción antes esbozada es aseverada por otro autor quien recalca su importancia para el derecho del trabajo, es así que sostiene que:

El contrato de trabajo viene a ser la institución más importante del Derecho Laboral, ya que su importancia radica en que a partir de su configuración nacen distintos derechos y obligaciones para las partes que lo integran: el trabajador, de un lado; y el empleador por el otro. (Meléndez, 2019, párr. 1)

También afirma que bajo esa perspectiva el contrato de trabajo “no es otra cosa que el acuerdo jurídico y de voluntades por medio del cual un trabajador se compromete a prestar sus servicios personales en forma subordinada, y el empleador al pago de la remuneración correspondiente” (Meléndez, 2019, párr.1).

De igual manera, la Conferencia internacional del Trabajo citada por Barrado (2016) entiende que es “la relación que existe entre una persona, denominada el empleado o el asalariado (o, a menudo, el trabajador), y, otra persona, denominada el empleador, a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración” (p. 544).

En consecuencia, es mediante esta relación que se entablan entre trabajador y empleador una serie de prestaciones recíprocas, en la medida que ambas partes quedan sujetas al cumplimiento y reconocimiento de derechos y obligaciones. Bajo esa línea, la autora Pizarro Díaz citada por Meléndez (2019) nos dice que, “el contrato de trabajo consiste en prestaciones recíprocas conmutativas porque generan obligaciones entre las partes que lo celebran, uno de prestar el servicio y el otro de pagar la remuneración” (párr.2).

Asimismo, es menester recalcar que dicho contrato posee una serie de características peculiares que le permiten distinguirse de cualquier otro, tales como: “la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación” (Álvarez, 2015, p. 442).

2.2.3. La tercerización laboral

La tercerización laboral es una de las instituciones jurídicas que ha sufrido más reformas legislativas en los últimos tiempos, ello porque el empleador recurre a dicha figura de descentralización productiva no como una estrategia de negocios, sino más bien con el ánimo de no incluir a los trabajadores en su planilla, generando la desnaturalización de este tipo de vínculo y una vulneración al derecho del trabajo. Pues bien, en palabras de Huamán y Tovalino (2017) la tercerización u outsourcing es:

El proceso mediante el cual una empresa (la empresa principal) delega o encarga una parte de su proceso productivo de bienes o servicios a otra (empresa contratista) a efectos de que esta última la ejecute de forma integral y autónoma, bajo su cuenta, costo y riesgo.
(p. 9)

De ello, se entiende que va a nacer una relación entre una empresa principal y una empresa tercerizadora, la primera de ellas externaliza o desplaza determinadas actividades a la última, y esta a su vez destaca trabajadores que se encuentran en su planilla a la primera para que desempeñen las actividades que le fueron desplazadas. En consecuencia, importa “sacar al exterior de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma” (Polo, et al., 2017, p. 152).

Asimismo, es preciso indicar que la tercerización laboral cuenta con una serie de elementos

bien definidos que importan algo más que una prestación de servicios por trabajadores destacados por la empresa tercerizadora, pues supone la prestación de servicios autónomos. Entonces:

Constituyen elementos característicos de las actividades desarrolladas por una empresa tercerizadora, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio, bajo ninguna circunstancia la sola provisión de personal configura la tercerización. (Espinoza, 2018, p. 113)

2.2.4. Estabilidad laboral

La estabilidad laboral supone la permanencia en el trabajo, parte de la idea de que en principio toda relación laboral se reputa por tiempo indeterminado, salvo que el término de dicha relación se deba a causas objetivas. Bajo ese contexto, se perfila a proteger al trabajador contra el despido, pues se entiende que como toda relación jurídica necesita ser defendida ante una posible situación intempestiva, más aún cuando existe una parte débil en dicha relación (Vallecilla, 2018)

Entonces, la estabilidad laboral en palabras de Cabanillas citado por Valdiviezo (2019) es la institución por medio de la cual se reconoce “el derecho que un trabajador tiene a conservar su puesto indefinidamente, de no incurrir en faltas previamente determinadas o de no acaecer especialísimas circunstancias” (p. 47).

Se entiende entonces, que el contrato de trabajo es de tracto sucesivo, pues se perfila a permanecer o continuar de forma indeterminada. También, es preciso traer a colación lo sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Lagos del Campo Vs. Perú (2017) donde se precisó que:

La estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda

recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho.

Por consiguiente, posibilita al trabajador a accionar frente a la decisión unilateral del empleador de dar término a la relación laboral sin sustentar tal acción en una causal previamente establecida por ley o por situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.

2.2.5. Despido

El despido es aquella institución jurídica mediante la cual se evidencia la facultad disciplinaria que es ejercida por el empleador, puesto que como lo sostiene Zapata (2018) es “aquel acto jurídico que nace de la voluntad exclusiva del empleador, con el objeto de resolver el contrato de trabajo” (p.51).

El despido supone la extinción del contrato de trabajo, por lo tanto, el término de la relación laboral, pero dicha extinción para ser válida y encontrarse dentro de los márgenes de la ley requiere cumplir con ciertas características formales:

Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente; un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva de empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada y finalmente un acto que produce la extinción del vínculo contractual, en cuanto cesan ad futurum los efectos del contrato. (Zapata, 2018, p. 52)

En consecuencia, debemos entender al despido como:

Un acto causal porque responde a un acto real o motivación objetiva, fundamentado en hechos concretos, usualmente relacionados con el incumplimiento —por acción u omisión— de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador, y que derivan de su capacidad o de su conducta. (Bravo, 2019, p.183)

2.2.6. La Nulidad

La palabra nulidad etimológicamente procede del término latín nulitas que “significa

negación de la esencia, del ser. Proviene del adjetivo nullus-aum, que quiere decir nulo, ninguno, que no es” (Tello, 2016, p. 116).

La nulidad es entendida como aquella institución jurídica que tiene como fin afectar actos procesales, siendo definida como aquel “estado de anormalidad de un acto procesal debido a la ausencia o a la presencia defectuosa de requisitos que condicionan su existencia regular, determinando la posibilidad de ser declarado judicialmente nulo” (Tello, 2016, p. 119).

En consecuencia, se entiende que la nulidad se configura cuando se presentan vicios en un proceso judicial, los cuales necesariamente van a determinar la invalidez del mismo o de un acto jurídico procesal, por tanto, es válido afirmar que se instituye como un medio impugnatorio que puede ser planteado por quien se haya visto afectado por el acto o proceso inválido.

III. Análisis crítico

Ahora bien, una vez determinadas las instituciones jurídicas que guardan relación con el problema materia de investigación, es necesario proceder al análisis de la sentencia, a efectos de asumir una postura respecto del fallo emitido y del desarrollo de la sentencia.

3.1.El trabajo y el derecho del trabajo

En primer lugar, es preciso referirnos al trabajo como un derecho fundamental reconocido por nuestra Constitución, la cual garantiza su protección y fomento, concibiéndolo como un “medio de realización de la persona”. Bajo esa línea, se proyecta a garantizar un trabajo en condiciones dignas, que respete el derecho de los trabajadores y provee una serie de mecanismos, tales como la protección frente al despido arbitrario para impugnar un eventual despido que no sigue los procedimientos establecidos por ley o sin expresión de causa, que se presente en una relación laboral.

3.2.Despido

Es menester señalar, como se indicó en el V Pleno Jurisdiccional en materia Laboral y Previsional (2017) que, “cuando se despide a un trabajador ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor que la

justifique” (Fundamento 15) se configura un despido incausado que no es otra cosa que una modalidad del despido arbitrario.

De la lectura de la sentencia N.º 2135-2012-PA/TC de fecha 26 de enero del 2016 se entiende que el demandante alega una vulneración al derecho del trabajo por haber sido despedido sin expresión de causa relacionada con su conducta o capacidad por parte de la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A., pues al haberse desnaturalizado la tercerización laboral, misma que será desarrollada más adelante, se entiende que entre el trabajador y la empresa principal existe una relación directa, cuyo vínculo solo puede ser extinguido de forma unilateral por el empleador cuando se funde en causa justa.

En consecuencia, el trabajador que ha sufrido un despido arbitrario queda expedito para disponer de los mecanismos de protección proporcionados por el Ordenamiento Jurídico. Al respecto, debemos señalar que la Ley de Productividad y Competitividad laboral en adelante LPCL reconoce a la indemnización como único mecanismo de salvaguarda ante este tipo de despido en su artículo 34º, empero, a nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional ha establecido que en estos casos el trabajador afectado también puede solicitar su reposición al centro de trabajo, toda vez que “la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucional” (Expediente N.º 1124-2001-AA/TC, fundamento 12).

Adicionalmente, Moschella, ét al. (2019) señala que ambos mecanismos son excluyentes entre sí, pues si se interpone una demanda solicitando la indemnización, posteriormente no se podrá solicitar la reposición al centro de trabajo o viceversa, ya que constituyen pedidos contradictorios.

En primer término, una demanda cuya pretensión eta referida a la extinción de la prestación personal de servicios según el artículo 2º de la Nueva Ley Procesal del Trabajo se debe tramitar mediante la vía del proceso ordinario laboral, sin embargo, a través del caso Eusebio Llanos Huasco el TC ha dispuesto que en “caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado, el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen de la actividad privada” (fundamento 7).

Entonces, es evidente que el demandante contaba con el derecho de interponer demanda por despido arbitrario en la modalidad de incausado por considerar que se vulneró su derecho al trabajo y alegación que será dilucidada en el presente trabajo. También, se debe precisar que el demandante solicitó una reposición a su centro laboral, pretensión que en concordancia con lo establecido por el TC es totalmente loable; además recurrió a la vía del amparo, cuestión que también se ha admitido jurisprudencialmente.

3.3. Tercerización de servicios

Aunado a ello, es necesario referirnos a la figura laboral de la tercerización de servicios que en nuestro ordenamiento jurídico ha sido regulada a través de la Ley N°. 29245, en adelante LTS. Cabe resaltar que su reconocimiento se da a partir de la flexibilización laboral implantada en nuestro país, con la idea de reprimir la protección a los trabajadores y optimizar el desarrollo de la economía. Es por ello que:

Su ejecución muchas veces se realiza sin cumplir con los requisitos legales pertinentes y en ocasiones perjudica directamente a los trabajadores, por lo que el Estado, dentro de sus fines, busca el cumplimiento de las normas laborales, para prevenir el mal manejo de este tipo de actividades. (Huamán et al, 2017, p. 10)

De lo expuesto se puede colegir que, la tercerización ha sido regulada en una ley especial por los graves efectos negativos que puede traer consigo su aplicación, pues “en nuestro país ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos (...) con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo sus derechos colectivos” (Santisteban, 2019, p. 42).

Cabe señalar que tanto la LTS como su reglamento establecen los requisitos y elementos para el uso legítimo de la tercerización laboral, la diferenciación que existe entre ambos reside en el “alcance absoluto de los primeros (su ausencia determina la invalidez de la tercerización) y la relativización de los segundos de acuerdo al artículo 4 del Reglamento (que actúan como indicios y permite su evaluación de según cada caso concreto)” (Santisteban, 2019, p. 47).

Cuando nos referimos a los requisitos, ambos dispositivos refieren a: asunción de los servicios prestados por cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora; que la misma cuente con

sus recursos financieros, técnicos o materiales; que sea responsable por los resultados de sus actividades y que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Además, prescriben que se tratan de requisitos copulativos, esto implica que el incumplimiento de uno de ellos acarrea la desnaturalización de dicha figura. Esto nos conlleva a afirmar que se tratan de requisitos “esenciales y que su presencia conjunta la dota de plena validez y la convierten en una tercerización lícita que “despeja cualquier duda de fraude de la personalidad jurídica” y no produce la infracción alguna del ordenamiento laboral vigente” (Espinoza, 2018, p. 113).

Adicionalmente, conforme al reglamento de la LTS la tercerización requiere el cumplimiento de ciertos elementos como lo señala Salazar (2017): “la pluralidad de clientes; que la empresa cuente con equipamiento y local; la inversión de capital y la retribución por obra o servicio” (p. 36).

Entonces, conforme a la LTS el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales anteriormente señalados configuran la desnaturalización de esta figura laboral y en consecuencia:

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. (Artículo 5°)

Ahora bien, para continuar con el análisis es necesario recordar que en la sentencia se presentan dos hechos de suma importancia para la determinación de una desnaturalización de tercerización laboral. De una parte, que en el año 2008 la demandada expidió carnet de capacitación en favor del recurrente y, por otra, que a través del control en garitas tolerancia cero se consignó al demandante como chofer del vehículo de placa N° X0-6027, vehículo que pertenecía a la empresa demandada. El primero de ellos se vincula al requisito de la asunción de los servicios prestados por cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora, mientras que el último se relaciona con el requisito esencial que dispone que la empresa tercerizadora cuente con sus recursos financieros, técnicos o materiales.

Por ello, es preciso ahondar más en los referidos requisitos. Entonces, en relación al requisito de los recursos financieros, técnicos o materiales propios de la empresa tercerizadora, el

reglamento de la LTS indica que se cumple cuando “las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla”. Asimismo, dispone que:

Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. (Art. 4 numeral 4.3)

En suma, si bien el reglamento de LTS autoriza a utilizar bienes que no sean exclusivamente de propiedad de la empresa tercerizadora debe entenderse que se tratan de casos excepcionales, debiendo tener en cuenta para su apreciación las circunstancias que rodean al caso y los hechos que sustentan al mismo.

Adicionalmente el autor Espinoza citando a la Casación Laboral N° 135-2016-Lima nos refiere que:

(...) todos los elementos esenciales exigidos en el marco de la Tercerización de servicios (...) no deben ser necesariamente entendidos como copulativos, pues, en el caso de los elementos materiales, estos podrían o no encontrarse presentes, o ser finalmente, proveídos por la principal, sin que lo anterior suponga o conlleve a la desnaturalización del contrato (Fundamento 5).

En consecuencia, se entiende que cuando en un proceso se cuestione dicho requisito esto no conlleva necesariamente a determinar que existe una desnaturalización de la tercerización de servicios, puesto que, al no ser copulativo basta con que se acredite alguno de los demás requisitos.

Pues bien, atendiendo a los argumentos arribados es necesario analizar el hecho de que el vehículo que conducía el recurrente consignaba como propietario a la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A., que es la empresa principal y demandada en el proceso.

Debemos partir del hecho que entre la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

(empresa tercerizadora) y la empresa Servosa Gas S.A. se celebró un contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel con el fin de destacar al recurrente como chofer para prestar sus servicios en las instalaciones de la primera de ellas.

Tal como se expuso en los párrafos precedentes, la empresa tercerizadora puede operar con bienes que no sean de su propiedad siempre y cuando se configure lo dispuesto por el artículo 4° del reglamento de la LTS, cuestión que no se presenta en el caso, puesto que, si bien el vehículo se vincula con la actividad a desempeñar por el trabajador destacado, este únicamente servía como medio para transportar y distribuir el gas; entendiéndose al gas como aquel recurso que si se encontraba directamente relacionado con la función encargada.

Adicionalmente, en ninguna parte del contrato de tercerización de servicios figura cláusula alguna referida a la delegación de la administración de los vehículos de la empresa principal en favor de la empresa tercerizadora, por consiguiente, queda completamente descartado el cumplimiento del requisito en mención.

Ahora bien, atendiendo al criterio jurisprudencial asumido por nuestro ordenamiento jurídico peruano; el incumplimiento de este requisito no conlleva a determinar a ciencia cierta que se ha configurado una desnaturalización del contrato de tercerización, por lo cual, es imprescindible analizar el requisito anteriormente mencionado que está referido a la asunción de los servicios prestados por cuenta y riesgo de la empresa tercerizadora. Al respecto, Santisteban (2019) explica que las empresas tercerizadoras:

Contarán con una autonomía técnica y funcional, contarán con un sistema de gestión y de personal ajenas de la empresa principal o usuaria. Frente a fallas en el servicio estas serán asumidas por esta, no existe las responsabilidades compartidas por las pérdidas que puedan originar en el desenvolvimiento de las prestaciones. (pp. 45-46)

Ahora vamos a proceder al análisis del hecho que se relaciona con el requisito del párrafo anterior y es la expedición de carnet de capacitación en favor del recurrente por parte de la empresa principal en los períodos 2007 y 2008. Respecto a ello, resulta evidente que quien tenía la obligación de capacitar a su personal en razón de su autonomía empresarial, era la empresa tercerizadora, pues ella es quien asume el riesgo del servicio prestado. Más aun cuando en la cláusula 5.13 del contrato de transporte y distribución de gas licuado de petróleo a granel

celebrado entre la empresa principal y la tercerizadora se había estipulado lo siguiente: “EL TRANSPORTISTA deberá asegurarse que su personal reciba las capacitaciones de seguridad correspondientes requeridas para esta operación, y que se le otorgue el correspondiente carné de capacitación” (Sentencia N°. 2135-2012-PA/TC, fundamento16).

También es preciso traer a colación lo establecido por la Corte Suprema de Justicia con referencia a la desnaturalización de un contrato de tercerización de servicios:

Para determinar una tercerización legítima, se requiere analizar de forma conjunta los requisitos previstos en el artículo 2° de la Ley N° 29245. Asimismo, el elemento determinante es la autonomía de las empresas que concurren en la actividad productiva. Para el análisis debe observarse el principio de primacía de la realidad. (Casación laboral N°. 2346-2017)

Entonces para determinar que debe preponderarse en el caso, vamos a basarnos en el principio de primacía de la realidad, que es un principio rector e instrumental de nuestro ordenamiento laboral porque permite desvelar la verdadera naturaleza de un acto ocurrido en una relación laboral. Pues bien, a lo que alude dicho principio es que en caso de existir discrepancia entre lo que sucede en el campo de los hechos y lo que se ha declarado en los documentos, se preferirá siempre lo que ocurra en la realidad.

En base a ello, debemos señalar que las partes habían declarado en el contrato que quien debía asumir la obligación de capacitar a los trabajadores destacados a la empresa principal, era la empresa tercerizadora, es decir Servosa Gas S.A.; sin embargo, de los hechos materia de examen se determinó que quien realmente asumió tal obligación fue la empresa principal, esto es Repsol YPF Comercial del Perú S.A. incluso en dos ocasiones. Entonces, se debe privilegiar en el caso a este último hecho.

Por lo tanto, queda demostrado que el contrato de tercerización de servicios celebrado entre Repsol YPF Comercial del Perú S.A. y Servosa Gas S.A. se ha desnaturalizado porque no se logró demostrar la autonomía empresarial que se requiere de una empresa tercerizadora.

3.4. Nulidad

Otra cuestión a dilucidar en el presente caso está referido a la declaración de nulidad de todo lo actuado por parte de la Sala Superior por considerar que existía incompetencia por razón de territorio alegando que el demandante domiciliaba en Piura de acuerdo a su Documento Nacional de Identidad, por lo tanto, le correspondía conocer del proceso al juez de Piura. Sin embargo, como acertadamente lo manifiesta nuestro máximo intérprete de la Constitución aludiendo al Código Procesal Constitucional, en un proceso de amparo es competente el juez civil o mixto del lugar donde se afectó el derecho, o donde domicilia el demandante a elección de este; entonces, teniendo en cuenta que el lugar donde se afectó el derecho es Lima y también se demostró a través de las pruebas que el domicilio del recurrente también figura en Lima en la provincia del Callao; por lo tanto, no cabe alegar la figura de la incompetencia.

De igual manera, es necesario pronunciarnos respecto del Acta de Infracción expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en la cual se determinó que existía una desnaturalización del contrato de tercerización y se ordenó la inclusión de todos los trabajadores a la planilla de la empresa demandada, misma que fue declarada nula mediante la Sentencia N°. 02698-2012-PA/TC por estimar que se había vulnerado el derecho a un debido procedimiento administrativo. Asimismo, es necesario señalar que el Tribunal Constitucional ya había declarado fundado el pedido del recurrente en el año 2013, sin embargo, debido a la sentencia anteriormente mencionada la decisión que fue declarada nula a través de la resolución de fecha 6 de enero de 2014.

Al respecto, es necesario traer a colación el voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera quien se pronuncia acerca de la nulidad de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con anterioridad y sostiene que:

En principio el contenido de una sentencia del Tribunal Constitucional que se pronuncia sobre el fondo del asunto constituye cosa juzgada y es inmutable e inmodificable, siempre y cuando no incluya raves irregularidades, o supuestos de manifiesta arbitrariedad que terminen vulnerando derechos fundamentales o los principios constitucionales. (Sentencia N°. 2135-2012-PA/TC, fundamento7)

Entonces, si se ha incurrido en un supuesto de arbitrariedad al haber declarado nula la

sentencia en favor del demandado, es válido que para enmendar graso error el Tribunal Constitucional deba emitir un nuevo pronunciamiento acorde a los principios constitucionales.

Asimismo, debemos recordar que si bien este instrumento, es decir, el Acta de infracción no es tomada en cuenta para determinar la desnaturalización del contrato de tercerización en el presente caso, sin embargo, si bien consideran que no constituye una prueba fehaciente si sirve como un indicio cuyo valor debió tomarse en cuenta para tomar la decisión.

En consecuencia, tras el análisis expuesto se ha demostrado en base a la normativa, jurisprudencia y doctrina que en realidad si se ha configurado una desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre las empresa Servosa S.A. y Repsol YPF Comercial del Perú S.A., por cuanto esta última no solo ha proveído de los recursos materiales a los trabajadores de la empresa tercerizadora sin tener en cuenta los requisitos establecidos por la LTS y su reglamento; sino también y sobre todo porque no ha demostrado contar con autonomía empresarial, ello en razón de haber capacitado a los trabajadores y haberles otorgado un carnet, obligación que debía ser asumida plenamente por la empresa Servosa S.A., más aún cuando se consignó una cláusula que impedía tal situación en el contrato.

Por consiguiente, tal como la ley y el reglamento lo establecen corresponde reconocer una relación laboral directa entre el recurrente y la empresa emplazada. Cabe resaltar que, si bien el actor sostiene haber laborado para la sociedad demandada desde el 4 de octubre de 1999 hasta el 24 de setiembre de 2009, sin embargo, el Tribunal Constitucional advierte que no se ha acreditado que haya laborado de forma ininterrumpida, por lo cual solo es loable admitir la continuidad de labores en el período comprendido desde el 16 de julio de 2007 hasta el 24 de setiembre de 2009. Ello es totalmente lógico, por cuanto de los medios probatorios ofrecidos solo consta el contrato y adenda de Transporte y Distribución de Gas Licuado de Petróleo a Granel de fecha 16 de julio de 2007 y el con el contrato de cesión de posición contractual.

3.5. Estabilidad laboral

Entonces, una vez que se ha determinado que existe una relación directa la LPCL ha establecido que esta solo podrá ser extinguida de manera unilateral por el empleador cuando se funde en causa justa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador, ello porque en nuestro Ordenamiento Jurídico se apremia a la estabilidad laboral. Bajo ese contexto, se perfila

a proteger al trabajador contra el despido, pues se entiende que como toda relación jurídica necesita ser defendida ante una posible situación intempestiva, más aún cuando existe una parte débil en dicha relación.

Si verificamos los hechos del caso, la relación laboral llega a su término el 24 de setiembre de 2009 cuando al demandante se le impidió el ingreso a su centro de trabajo manifestándosele que no trabajaba para la empresa demandada. De ello, es evidente que jamás se alegó alguna causal que se funde en la conducta o capacidad del recurrente, pues simplemente se sostuvo que no trabajaba para la sociedad emplazada.

3.6. Respuesta al problema jurídico y postura frente al fallo

Pues bien, al no existir causa que sustente el despido, este deviene en uno incausado, mismo que no es otra cosa que una modalidad del despido arbitrario. Consecuentemente, se advierte una vulneración al derecho del trabajo cuando la empresa Repsol YPF Comercial del Perú S.A. extingue unilateralmente la relación laboral que ha mantenido con el recurrente sin expresar causa alguna que sustente tal decisión.

Por todos los fundamentos antes esgrimidos, nos mostramos acorde con el fallo emitido por el Tribunal Constitucional quien resolvió declarar fundada la demanda de amparo interpuesta por el señor Luis Alberto Cardoza Jiménez al determinarse una vulneración al derecho del trabajo y ordenó la reposición del mismo a su puesto de trabajo o a uno de similar nivel.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, L. (2015). Análisis del contrato de trabajo de obra determinada o de servicio específico a la luz de la jurisprudencia del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional. *Laborem*. 16, 441- 468.
- Barrado, B. (2016). La relación de trabajo y la protección de los trabajadores. Una revisión de la normativa de la organización internacional del trabajo desde la perspectiva de género.
- Bravo, W. (2019). Causa justa y falta grave: el itinerario del despido. *Revista Oficial del Poder Judicial* 10(12), 169-200.
<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/29/32>
- Castro, M. (2017). *El despido injustificado del trabajador por discriminación y la vulneración del derecho al trabajo en la legislación ecuatoriana* [Examen complejo, Repositorio Institucional Universidad Técnica de Machala].
<http://repositorio.utmachala.edu.ec/handle/48000/11058>
- Espinoza, J. H. (2018). La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. 6(2), 97-124.
- Huamán, D. & Tovalino, F. (2017). *La desnaturalización del contrato de tercerización de servicios y la responsabilidad solidaria del grupo de empresas*. [Tesis de postgrado, Universidad de Lima]. Repositorio Institucional – Ulima.
<https://core.ac.uk/download/pdf/196313723.pdf>
- Meléndez, H. (2019). El contrato de trabajo como institución más importante del derecho laboral. *Linkedin*. <https://www.linkedin.com/pulse/el-contrato-de-trabajo-como-instituci%C3%B3n-m%C3%A1s-del-mel%C3%A9ndez-cueto?originalSubdomain=es>
- Moschella, F. R. y Cubas, J. C. (2019). *La protección contra el despido arbitrario como derecho de los trabajadores de dirección o de confianza en el régimen laboral de la actividad privada a propósito del pronunciamiento del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional*. [Tesis de postgrado, Universidad ESAN]. Repositorio institucional ESAN.
https://repositorio.esan.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12640/1719/2019_MAFDC_17-1_01_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Nota informativa preparada para la segunda reunión de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Comunicado de prensa. <https://www.ilo.org/global/about-the->

ilo/newsroom/news/WCMS_618197/lang--es/index.htm

- Polo, F., Zeitoune, R., Lisboa, M. y Vásquez, N. (2017). El fenómeno de la tercerización del trabajo y su repercusión en la salud del trabajador de salud en Perú y América Latina. *Revista In Crescendo*. 8(1), 149-164.
- Salazar, O. (2017). *El uso indiscriminado del contrato de tercerización y sus repercusiones en los derechos de los empleados de la empresa tercerizadora*. [Tesis de pregrado, Universidad San Martín de Porres]. Repositorio académico USMP. <https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/2698?show=full>
- Santisteban, O. (2019). *El encargo de la actividad principal configurada en el reglamento de tercerización como desnaturalización del contrato de outsourcing*. [Tesis de pregrado, Universidad Pedro Ruiz Gallo]. Repositorio Institucional UNPRG. <https://repositorio.unprg.edu.pe/handle/20.500.12893/4340>
- Tello, N. (2016). *Nulidad de los actos procesales en los procesos civiles de conocimiento en el distrito judicial de Lima: 2007-2008*. [Tesis de postgrado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos]. Repositorio de Tesis Digitales UNMSM. <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/4827?show=full>
- Valdiviezo, M. (2019). *La regulación del periodo de prueba laboral y su influencia en el derecho a la estabilidad laboral en el Perú*. [Tesis de pregrado, Universidad de Nacional de Piura]. Repositorio Institucional UNP. <https://repositorio.unp.edu.pe/handle/UNP/2059>
- Vallecilla, L. (2018). La relación laboral y el contrato de trabajo. *Jus Laboral*, 8, 27-69. <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/23054>
- Zapata, D. (2018). *La evolución de la protección frente al despido de los trabajadores de confianza a propósito de la Casación Laboral N° 18450-2015*. [Tesis de pregrado, Universidad Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio de Tesis USAT. http://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1199/1/TL_ZapataTapiaDianaMarilis.pdf

Instrumentos Legislativos

- Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso de la República. (2004, 31 de mayo). Ley 28237. Código Procesal Constitucional.
- Congreso de la República. (2008, 24 de junio). Ley N°. 29245. Nueva Ley Procesal del Trabajo.
- Congreso de la República. (2010, 15 de enero). Ley N°. 29497. Ley que regula los servicios de tercerización.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017, 31 de agosto). Caso Lagos del Campo Vs. Perú.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2018, 9 de octubre). Casación laboral N°. 2346-2017. Desnaturalización de contrato y otros. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/02/Cas.-Lab.-2346-2017-Lambayeque-Legis.pe_.pdf
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2017, 4 de agosto). V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. http://www.gacetajuridica.com.pe/boletinnvnet/img_bol08/Jurisprudencia_Nro_1050_04-08-2017.pdf
- Poder Ejecutivo. (2008, 25 de junio). Decreto Legislativo N°. 1038. Decreto legislativo que precisa los alcances de la Ley N°. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización.
- Poder Ejecutivo. (2010, 12 de setiembre). Decreto Supremo N°. 006-2008-TR. Reglamento de la Ley N°. 29245 y del Decreto Legislativo N°. 1038, que regulan los servicios de tercerización.
- Tribunal Constitucional. (2003, 13 de marzo). Expediente N.º 976-2001-AA/TC. Caso Eusebio Llanos Huasco. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2002, 11 de julio). Expediente N.º 1124-2001-AA/TC. Caso Fetratel c/ Telefónica. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>