

EXPEDIENTE N° : 06633-2015-0-1601-JR-LA-04.  
DEMANDANTE : PONCE DE LEON ARZANI LUIS GERARDO  
DEMANDADO : AMERICA MOVIL PERU S.A.C.  
MATERIA : INCUMPLIMIENTO DE DISPOSICIONES LABORALES

**RESOLUCIÓN NÚMERO NUEVE.-**

Trujillo, diecisiete de agosto de dos mil dieciocho.-

**VISTOS.-** En audiencia pública, oídos los informes orales, la Primera Sala Especializada Laboral de esta Corte Superior de Justicia de La Libertad, expide la siguiente **Sentencia:**

**I. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA:**

1. Viene en apelación la **Sentencia (resolución número SEIS)**, de fecha 13 de julio de 2017, obrante a fojas 652-662, que declara **INFUNDADA** la demanda interpuesta por **LUIS GERARDO PONCE DE LEON ARZANI** contra **AMERICA MOVIL PERU S.A.C** y **OVERALL STRATEGY S.A.C**, sobre Desnaturalización de Tercerización Laboral, reconocimiento de su relación laboral directa con la empresa **AMERICA MOVIL PERU SAC (CLARO)**, inclusión en planillas de pagos, nivelación en el cargo de asesor de ventas en el centro de atención al cliente y nivelación remunerativa, más comisiones al igual que los trabajadores que laboran en los Centros de Atención al Cliente **CAC**, incorporación al centro de atención al cliente **CAC** y honorarios profesionales. Asimismo, declara **IMPROCEDENTE** la tacha formulada por la abogada de la parte demandante y el abogado de la demandada **AMERICA MOVIL PERU SAC (CLARO)**.
2. La parte demandante interpone su recurso de apelación de fojas 667-688, solicitando la revocatoria de la recurrida, y argumentando lo siguiente:
  - a) No se ha valorado razonadamente el contrato de administración de módulos de venta (contrato de tercerización) específicamente en la cláusula de deberes y obligaciones por ambas partes.
  - b) Por ejemplo, la empresa **CLARO** tiene el deber de proveer todos los recursos materiales para la prestación de los servicios de tercerización. Además, la empresa claro tendría la obligación de determinar los procedimientos de ventas, promociones, ofertas y precios de los bienes y servicios a comercializar
  - c) Los programas que los promotores de ventas utilizan son de propiedad de la empresa **CLARO**, así como la capacitación de los promotores de venta de la empresa **OVERALL**.
  - d) No se han valorado las cláusulas del contrato de tercerización, por ejemplo: la cláusula quinta, sobre equipamiento, mantenimiento de los módulos de venta; la cláusula sexta, sobre obligaciones de la empresa **OVERALL** (llenar y completar de manera adecuada y según las instrucciones de claro los formularios y contrato que claro le proporcione para la venta de los servicios y productos de claro), (cumplir con

los manuales, políticas y procedimientos de ventas de claro, los mismos que deberán ser proporcionados por CLARO).

- e) Debe tenerse en cuenta, que quien disponía de las comisiones de venta que forman parte de la remuneración del demandante, es la empresa CLARO y no OVERALL.
- f) No se ha argumentado respecto del medio probatorio de las fotografías donde el demandante aparece con el uniforme de la empresa CLARO, además que dicho medio probatorio no ha sido tachado.
- g) No se ha valorado correctamente la solicitud de variación de servicios y las dos guías de remisión, donde figuran que los bienes de CLARO eran entregados directamente al demandante.
- h) No se ha valorado adecuadamente los correos electrónicos, los cuales acreditan que la empresa CLARO capacitaba al demandante, esto se corrobora con la cláusula séptima del contrato de administración de módulos de venta, además que dicho medio probatorio no ha sido tachado.
- i) En cuanto a la subordinación, el a quo no ha considerado que la contratista no cuenta con un organización laboral propia y diferente a la empresa principal, que registre en su planilla a sus trabajadores.
- j) No existe una adecuada valoración de los medios probatorios ofrecidos en la demanda y de los medios probatorios extemporáneos, que acreditan la desnaturalización, así como las labores de asesor de ventas son realizadas por los trabajadores contratados directamente por CLARO.
- k) Debe tenerse en cuenta, el expediente número 02135-AA/TC del Tribunal Constitucional, en el cual se determinó la desnaturalización de la tercerización por el hecho de que la empresa principal realizó la entrega de carnés de participación por capacitación y porque la movilidad utilizada por el demandante le pertenecía a la empresa principal.
- l) Por lo que, se encuentra acreditada la desnaturalización de la tercerización porque se ha descentralizado toda la actividad principal, que es la venta y promoción de bienes y servicios que resulta ser el servicio público de telecomunicaciones, ello se condice con el reciente pronunciamiento dispuesto por la Cuarta Sala Laboral de Lima, en la sentencia recaída en el expediente número 22411-2013, la cual señala que cuando la 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.

## **II. CONSIDERANDOS:**

1. Este Colegiado, en virtud del Principio de Limitación de la apelación contenido en el artículo 370 del Código Procesal Civil (en adelante CPC), absolverá solo las pretensiones impugnatorias interpuestas por las partes procesales sobre las resoluciones venidas en grado. En este sentido, debe precisarse que la recurrida es susceptible de apelación únicamente por la parte demandante, siendo que, sus pretensiones impugnatorias se centran en la existencia de la desnaturalización de la tercerización entre la empresa

AMERICA MOVIL PERU S.A.C y la empresa OVERALL STRATEGY, y, en consecuencia, la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C.

## SOBRE LA DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN ENTRE LA EMPRESA AMERICA MOVIL PERU S.A.C Y LA EMPRESA OVERALL STRATEGY

2. El demandante ha señalado que los servicios prestados a la empresa OVERALL STRATEGY, no se justifican en el marco de una tercerización laboral. Sobre el particular, y a efectos de dar respuesta al cuestionamiento de la parte demandante, es de tenerse en cuenta las siguientes anotaciones fundamentales acerca de la tercerización:

2.1. En principio, se debe tener presente que la tercerización es una modalidad de la descentralización productiva que opera como parte de la flexibilización del derecho de trabajo, política laboral mediante la cual *“(…) las organizaciones empresariales han migrado de una estructura vertical o piramidal -que suponía el control de todas las etapas productivas y las relaciones autónomas entre las empresas- a una organización de “red” que importa relaciones horizontales con una fragmentación de los ciclos productivos y vinculaciones de las empresas a niveles de coordinación y articulación.”*<sup>1</sup>. Así pues, la tercerización es la subcontratación mediante el cual la empresa contratista se encarga de la ejecución de fase completa del proceso productivo y los trabajadores están subordinados a ella; y como no provee solo personal, la tercerizadora debe contar con sus propios recursos, financieros, técnicos y materiales, asumir las tareas por su cuenta y riesgo, y responder por sus resultados.

2.2. De esta manera, la tercerización es definida en la doctrina como *“(…) aquella forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud de la cual una empresa -que denominaremos empresa principal- decide no realizar directamente a través de sus medios materiales y personales ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales -que llamaremos empresas auxiliares- con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo (…)”*<sup>2</sup>. Del mismo modo se señala que la descentralización productiva *“(…) constituye una estrategia de gestión empresarial basada en la combinación de tres elementos: a) la fragmentación y externalización de las actividades que integran un único ciclo de producción; b) el empleo de contratistas y proveedores externos en vez de trabajadores dependientes para su atención; y c) la coordinación global de la actividad de estos últimos por parte de la empresa principal, que mantiene así el control del entero proceso de producción pese a su disgregación (…)”*<sup>3</sup>. Así pues, la tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, supone que la producción o prestación de una fase

---

<sup>1</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge: “Los Contratos de Trabajo y las otras Instituciones del Derecho Laboral”, Imprenta Editorial El BUHO E.I.R.L., primera edición, Lima 2008, pág.163

<sup>2</sup> CRUZ VILLALON, Jesús citado por PAREDES NEYRA, Iván. “La Ley que regula los Servicios de Tercerización. ¿el remedio será peor que la enfermedad?”. En Actualidad Jurídica número 175, Gaceta Jurídica Editores, Junio de 2008, Lima, páginas 32-33

<sup>3</sup> SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “La Descentralización Productiva: ¿Una Estrategia Para La Puesta Entre Paréntesis De Los Principios Tutelares Del Derecho Del Trabajo? En: AA.VV. “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano - Libro Homenaje Al Profesor Américo Plá Rodríguez; páginas 410-411.

del ciclo productivo se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa que cuenta con un patrimonio y una organización propia, dedicada a la producción de bienes o servicios, de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no de la empresa contratante, y para su realización además, se requiere que la tercerizadora goce de total independencia administrativa y funcional en cuanto a la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante o usuaria.

- 2.3. En ese sentido, de las definiciones expuestas se desprenden algunos elementos característicos de la empresa que brinda servicios de tercerización, los cuales son: *i)* La autonomía e independencia con que debe actuar la empresa, en tanto, actúa bajo su cuenta y riesgo, asumiendo los resultados de su operación, para lo cual un elemento indiciario es la existencia de una pluralidad de clientes de la contratista, de manera que no se pueda pensar que se trata de una simulación o fraude que pretende encubrir la sola provisión de mano de obra; *ii)* Contar con sus propios recursos materiales, financieros y técnicos, debiendo acreditar que la construcción y/o el equipamiento del centro de operaciones lo ha asumido, o alquilado de forma independiente; y, *iii)* Hacerse cargo de la obra o actividad con trabajadores bajo su exclusiva dirección y supervisión, acreditándose que los trabajadores de la contratista no tienen más vínculo que el de coordinación con algún servidor de la contratante, y que sólo reciben órdenes de su empleadora.
- 2.4. Por otro lado, la regulación de la tercerización en nuestro ordenamiento jurídico se dio a través de la Ley 29245, de fecha 24 de junio de 2008, que define a esta subcontratación laboral (Artículo 02) como “(...) **la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. (...)**”; sancionándola con la desnaturalización (Artículo 05), cuando la empresa “(...) **no cumpla con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal (...)**”. De igual forma tenemos, al Reglamento de la Ley de Tercerización, Decreto Supremo 006-2008-TR, promulgado el 12 de Septiembre de 2008, que establece en su artículo 04, los elementos característicos que distinguen la figura de la tercerización, señalando los ya detallados precedentemente y que corroboran un criterio que ha venido siendo imperante en la doctrina acerca de los requisitos que deben poseer estas empresas que brindan servicios de tercerización. No obstante, es de anotar que la tercerización estaba regulada con fecha anterior a la de la promulgación de la mencionada ley, pues, el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Intermediación, Decreto Supremo 003-2002-TR, de fecha 28 de abril del 2002, ya contenía supuestos normativos sobre la tercerización de servicios, así el citado artículo reza “**No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, (...) los procesos de externalización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios**

*prestados por empresa contratistas y subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”.*

3. Habiendo quedado delimitado el entorno normativo y doctrinario que reviste a esta subcontratación, corresponde determinar si la tercerización laboral por la cual el demandante prestó servicios en las instalaciones de la demandada, reúne los presupuestos necesarios para su validez; como se verá a continuación:

3.1. Así tenemos, en principio, al Contrato de Administración de Módulos de Venta y sus respectivas adendas (de fojas 104-133), cuyo objeto de contrato señala que “(...) **CLARO contrata a la EMPRESA a fin que está asuma la administración integral de sus módulos de venta**, bajo los alcances y obligaciones que se especifican en las cláusulas siguientes, acordando las partes que los servicios materia del presente contrato comprenden lo siguiente: a) implementación, apertura y operación de los módulos de venta que CLARO le solicite, b) custodia de los bienes y accesorios que serán comercializados a través de los módulos de venta, c) equipamiento y mantenimiento de los módulos de venta requeridos por CLARO, d) administración integral de los módulos de venta, e) atención al público y venta de los productos de CLARO, a través de los módulos de venta bajo su administración (...), f) liquidación y reporte diario de las operaciones efectuadas en el modulo de venta bajo su administración, y g) cualquier otra actividad relacionada con la administración de los módulos de venta y la comercialización de los productos de CLARO que sean acordados entre ambas partes (...)”; lo que acredita **que a la tercerizadora se le encargó un fase específica de la producción, consistente en la administración integral de los módulos de venta**, situación que alude a un servicio específico en el trabajo de las telecomunicaciones, debiendo tenerse presente la diferencia sustancial que existe entre la cadena de administración de los módulos de venta y los Centros de Atención al Cliente, en donde el primero se refiere a stands ubicados en diferentes puntos de venta estratégicos de la ciudad (como por ejemplo diversos centros comerciales existentes); mientras que los Centros de Atención al Cliente son los locales que la propia empresa CLARO tiene a su cargo, esto es su administración y manejo absoluto. De ahí que, la fase tercerizada sea únicamente la administración integral de los módulos de venta.

3.2. De otro lado, **respecto de la estructura empresarial y organizativa autónoma**; con la ficha RUC (a folios 01 del cuaderno de anexos) se acredita que la empresa tercerizadora inició su actividad de asesoramiento empresarial el 19 de enero de 2002; para luego ampliar su objeto, en abril de 2011, a la realización de servicios de outsourcing o tercerización de áreas de administración, producción, logística, distribución, marketing y ventas, servicios de impulsión, servicios de promociones y servicios de merchadising, tercerización de puntos de venta y atención al usuario, tercerización de servicios generales, tales como mantenimiento, reparación, consultaría y actividades complementarias de construcción, tercerización de servicios de arquitectura y actividades conexas de asesoramiento técnico (como se aprecia de la Escritura Pública obrante a fojas 125-127 del Cuaderno de Anexos). Así entonces, no sólo queda demostrado que una de las actividades a las que se dedica la

mencionada empresa, es la tercerización de puntos de venta, sino que también goza de una estructura empresarial y organizativa autónoma.

- 3.3. Ahora bien, **en lo que se refiere a la pluralidad de clientes**, según el reporte de empleadores a quien OVERALL destacó o desplazó personal, de fecha 10 de setiembre de 2015 (obrante a fojas 131 del Cuaderno de Anexos), se verifica que existe una variedad de empresas que contrataron sus servicios, tales como: la empresa Telefónica del Perú S.A.A, Supermercados Wong, empresa San Fernando S.A., la Cámara de Comercio de Lima, Banco Ripley del Perú, Nestlé Perú S.A., Luz Del Sur S.A, Lóreal Perú S.A, América Móvil del Perú, entre otros. En adhesión a ello, se cuenta con el registro de ventas e ingresos del año 2014 (fojas 137), donde figuran como clientes, PERUFARMA S.A, CAMARA DE COMERCIO DE LIMA, SANSUNG ELECTRONIC PERU S.A.C, entre otros.
- 3.4. Por otro lado, también **se ha acreditado que la empresa OVERALL STRATEGY S.A.C, es quien asume la prestación de sus servicios por su cuenta y riesgo**, esto conforme a las facturas electrónicas (de fojas 239, 240, 243, 246 y 250 del cuaderno de anexos) donde la empresa usuaria realiza una factura a la tercerizadora por penalidad de ventas irregulares, en sumas ascendentes hasta S/. 25,936.25. De igual manera, obran en autos documentales como: la factura de fecha 11 de agosto de 2015 (de fojas 441) en donde la tercerizadora contrata a la empresa PUBLICIDAD S.A.C. por los servicios de mantenimiento y cambio de chapa de diferentes tiendas como SAGA FALABELLA, RIPLEY, REAL PLAZA, CURACAO, ELECTRA, ENTRE OTROS, por la suma de S/. 7, 605.10. Asimismo, tenemos otra factura de fojas 442, de fecha 07 de agosto de 2015, donde OVERALL contrata los servicios de ANBE CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. para mantenimientos generales en cadenas en Chiclayo y confección de muebles pendientes, por la suma de S/.8,522.26 soles., así también en la factura de fojas 445, de fecha 22 de setiembre de 2015, OVERALL contrata a la misma empresa para los servicios de mantenimiento e implementación en Chachapoyas – JAEN, tenemos la factura de fojas 443, de fecha 04 de setiembre de 2015, donde OVERALL contrata los servicios de CONSORCIO ZAPATA SAC, para la movilización y cambio de vidrios y el mantenimiento de la tienda Tottus en Chimbote, por la suma de S/.436.60 soles, tenemos la factura de fojas 447, de fecha 28 de octubre de 2015, OVERALL contrata a **GRUPO BALCO S.A.C.** para el mantenimiento y refacción de COUNTER, por la suma de S/.25,075.00 soles, Tenemos la factura de fojas 455, de fecha 07 de agosto de 2015, donde OVERALL contrata a **ARQUITECTURA COMERCIAL**, para el mantenimiento a mobiliario, transporte e instalación, por la suma de S/.2,684.50 soles, tenemos la factura de fojas 457, de fecha 22 de enero del 2014, OVERALL contrata a **AC FOTOCHECK'S** para la elaboración de 52 fotochecks, tenemos la factura de fojas 459, de fecha 05 de enero del 2015, OVERALL contrata a **G&S EXTINTORES**, para los servicios de recarga de extintores, entre otras facturas. Así pues, de la documentación glosada resulta probado que la empresa tercerizadora despliega un conjunto de acciones corporativas que ponen en evidencia que asume por su cuenta y riesgo la ejecución del objeto del contrato de tercerización, descartándose con ello una simple provisión de personal sino la realización legítima de una prestación de servicios externalizada por la empresa usuaria dedicada al rubro de las telecomunicaciones, actividad que se

constriñe , como ya hemos señalado, a la operación y comercialización de puntos de venta, en el marco de las cadenas de comercialización masiva de productos existentes en el mercado local y nacional.

4. En consecuencia, de un análisis de todo el material probatorio, damos por demostrado la presencia de cada uno de los elementos característicos que validan una tercerización. Estando a lo expuesto, precisamos a continuación algunas cuestiones puntuales relativas a la apelación de autos:

- 4.1.El demandante ha señalado que quien disponía de las comisiones de venta que forman parte de la remuneración del demandante, es la empresa CLARO y no OVERALL. Al respecto debemos señalar que las comisiones de venta que hace referencia el demandante, se encuentran reguladas en la cláusula octava del contrato de administración de módulos de venta, a fojas 106 del cuaderno principal, cláusula que versa sobre la retribución y oportunidad de pago a la empresa OVERALL, pues en el ítem tres (3) de dicha cláusula, las partes pactan que esta comisión variable por venta se determinará y se pagará mensualmente en función a las comisiones y objetivos de venta, establecido en el anexo c- tarifas. siendo entonces, que estas comisiones no eran entregadas directamente al demandante como parte de su remuneración, sino que estas se encontraban reguladas en el contrato de administración de módulos de venta, como parte de una retribución de pago a la empresa OVERALL STRATEGY, las mismas que guardan coherencia con el objeto del contrato de tercerización, consistente precisamente en la administración de puntos de venta, lo que supone esencialmente labores de comercialización de bienes y servicios de la empresa usuaria, en cuyo contexto de comercialización resulta lógico y explicable la existencia de pagos que incentiven la parte neural de ese contrato que es la realización de ventas de bienes y servicios ofertados por la usuaria; además, ello se condice con la factura electrónica de fojas 612 del cuaderno de anexos, donde CLARO le cancela a OEVARLL STRATEGY por las comisiones de venta correspondiente al mes de marzo de 2015.

- 4.2.Así el demandante también ha señalado que la empresa usuaria era quien lo capacitaba para desempeñar la labor de promotor de venta, esto es, la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C.; además, que la capacitación estaba regulada en la clausula sétima del contrato de administración de módulos. Al respecto debemos señalar que, de la valoración de los medios probatorios presentados por la parte demandante consistentes en los correos electrónicos de fojas 16 a 32 del expediente principal, estos denotan primeramente, que los correos electrónicos no eran dirigidos directamente al demandante sino eran enviados al señor ALEX PONCE INFANTES, personal representante de OVERALL; y si bien él lo reenviaba a los diferentes puntos de venta de Trujillo, ello se explica en la necesidad operacional de que esta información llegue a los destinatarios de la capacitación, sin embargo, esto no significa que nos encontremos ante un indicativo certero de desnaturalización, pues aquí debe evaluarse la naturaleza singular del objeto tercerizado, consistente en las ventas de los productos comerciales de la usuaria, en cuyo contexto se explica y se justifica la necesidad de que está explicita las virtudes, características y señas que cualifica los productos que ofertan, más allá de las labores de gestión de los puntos

de venta claramente encargadas a la empresa tercerizadora. En efecto, estas capacitaciones versaban sobre: refuerzo de la oferta móvil, mesa de control móvil, refuerzo móvil y fijo, así como la capacitación de equipos SANGUNG GALAXY SVI, así también servicio CLARO TV y el servicio de TV por cable, es decir, que para poder vender el producto o servicio al público, AMERICA MOVIL S.A.C trasladaba la información relevante como una necesidad corporativa consustancial a la necesidad de ejecutar las ventas pactadas, sin que ello signifique en el contexto integral del análisis realizado, un indicio de subordinación directa a la usuaria. Además, dichas capacitaciones estaban reguladas en el contrato de tercerización antes aludido y, según se acaba de justificar, se condicen con el objeto del contrato aludido, es por ello que las capacitaciones versan sobre el conocimiento del producto o promociones que los trabajadores de OVERALL tienen que vender al público, siendo entonces que estos medios probatorios consistentes en los diferentes correos electrónicos, no denotan una falta de autonomía o subordinación, sino un elemento coadyuvante a la finalidad de eficacia de la comercialización de los productos.

- 4.3. En cuanto al argumento impugnatorio del demandante consistente en que no se ha valorado correctamente la solicitud de variación de servicios y las dos guías de remisión, documentales que acreditan, según el apelante, que los bienes de la empresa CLARO eran entregados directamente al demandante. Al respecto, debemos señalar que la solicitud de variación de servicios de fojas 10 del expediente principal, documental consistente en el cambio de un plan de una cliente de la empresa CLARO, donde figura la firma de la cliente y la firma del asesor del punto de venta RIPLEY, esta documental lo único que acredita es una parte del desempeño que realiza el demandante como promotor de ventas, es decir, una de las diferentes labores que realiza dentro su jornada de trabajo; que la firma del demandante lo único que denota su intervención en su calidad de vendedor de servicios o bienes merced al contrato de tercerización existente; además el documento no está dirigido a su persona sino que firma en su calidad de responsable del punto de venta Ripley, por lo que no denota ningún trato directo con la empresa CLARO.
- 4.4. En cuanto a las dos guías de remisión de fojas 11 y 12 del expediente principal, debemos señalar que estas guías de remisión de productos de CLARO están dirigidos al punto de venta Ripley Trujillo, siendo el demandante trabajador en dicho punto de venta, esto se corrobora con el sello de recepción donde figura el nombre del demandante como el responsable del punto de venta Ripley, hecho que no puede significar un trato directo de la empresa CLARO con el trabajador demandante sino que lo único que acredita es la simple recepción de los productos que CLARO envía a los diferentes puntos de venta para la comercialización de sus productos. además que la firma del demandante no denota la recepción personal de los bienes contenidos en la guía sino que dicha firma se encuentra dentro del sello de recepción que consigna los datos de la empresa tercerizadora lo que significa que la empresa usuaria no le entrego al demandante un conjunto de mercancías para su venta dándole una orden directa o estableciendo una relación u orden directa al prestador del servicio, sino que este actuó como dependiente o trabajador de la empresa tercerizadora; eso explica porque el demandante coloca su firma en el sello



de recepción de dicha empresa, Siendo entonces, que estos medios probatorios no acreditan ningún elemento de la desnaturalización de la tercerización.

- 4.5. Ahora, referente al medio probatorio consistentes en las fotografías, donde se aprecia al demandante con el uniforme de la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C.-CLARO-, debemos señalar que el simple hecho que el trabajador utilice la casaca y polo de la empresa CLARO; así como su publicidad, no denota la desnaturalización de la tercerización sino que este hecho tiene que estar acompañado de otros medios probatorios que acrediten por ejemplo una subordinación, o que la empresa tercerizadora no cuente con una autonomía propia; sin embargo, la demandada ha logrado desvirtuar este hecho pues ha presentado el cargo de entrega y autorización de descuento, de fojas 425 del expediente principal, que acredita que la empresa OVERALL era la encargada de entregar el uniforme de trabajo al demandante consiste en un polo y una casaca para el desarrollo de la labor de promotor de ventas; así también ha presentado el cargo de entrega y autorización de descuento, de fojas 428 del expediente principal, que acredita que la empresa OVERALL era la encargada de entregar el fotochecks al demandante, documentales que aparecen con la firma del demandante, de lo que se desprende que quien entregaba los implementos y materiales consistentes en el uniforme y fotocheks, era la empresa OVERALL con quien mantiene un vinculo directo y no la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C.. lo dicho denota pues que la utilización de un uniforme con los emblemas de la empresa usuaria, en el presente caso no desvirtúan o desnaturalizan la tercerización , merced a su objeto concreto, el cual, como venimos insistiendo, alude a la comercialización de productos y servicios de la usuaria, en lugares de acceso masivo de público (cadenas de tiendas), con presencia inclusive con las empresas con las cuales la usuaria compite en el mercado, por lo cual se justifica el uso de los emblemas y características comerciales de los productos de la usuaria, justamente para lograr una diferenciación y al mismo tiempo identificación, al momento al que el consumidor decida o elija el bien o servicio ofertado.
- 4.6. La demandada señala que se acredita la subordinación, porque la empresa OVERALL no cuenta con una organización laboral propia y diferente a la empresa principal. Al respecto debemos señalar, que de la valoración de los medios probatorios presentados por la demandada se acredita que OVERALL cuenta con un reglamento interno de trabajo (RIT), de fojas 383 del expediente principal, es decir, que cuenta con una organización laboral propia, así también se acredita que OVERALL ejerce sobre sus trabajadores un poder de dirección y de sanción, conforme el memorándum de fojas 415 del expediente principal, de fecha 08 de setiembre de 2016, donde OVERALL le impone una amonestación al demandante por no asistir a la capacitación del producto TFI + PREPAGO CHEVERE, dada el día 08 de setiembre de 2016. A lo dicho agréguese los datos que fluyen de la actuación probatoria, según los cuales la empresa tercerizadora tiene relaciones comerciales con 371 clientes y factura por aproximadamente ciento cincuenta millones de soles al año, tales resultados no se pueden lograr sin una organización Corporativa propia, lo cual involucra la variable laboral
- 4.7. Así también, la subordinación de los trabajadores de la empresa OVERALL se encuentra acreditada con el correo electrónico de fojas 529 del expediente principal,

que prueba que la empresa OVERALL a través de su analista administrativo, el señor ERICK AGUIRRE VARGAS, comunica a los promotores de los diferentes puntos de venta, entre ellos el punto de venta Ripley, que registren todas sus ventas del día en el sistema del día actual, de lo que se desprende que quien le daba órdenes al demandante sobre su labor diaria era la empresa OVERALL. También se acredita con el formato de solicitud de vacaciones, de fojas 503 del expediente principal, que el demandante solicita a la empresa OVERALL el otorgamiento de sus vacaciones correspondientes al año 2017 y el formato de entrega de aguinaldo navideño, de fojas 416 del expediente principal, donde la empresa OVERALL entrega al demandante un paneton y un vale de pavo San Fernando, documentales que denotan que quien ejercía el poder de dirección sobre el demandante, era la empresa OVERALL y no la empresa AMERICA MOVIL PERU S.A.C

- 4.8. En cuanto al argumento impugnatorio del demandante, referido a que se encuentra desnaturalizada la tercerización porque se ha descentralizado toda la fase productiva que es la venta y promoción de bienes y servicios de CLARO, debemos señalar que tratándose de una empresa de telecomunicaciones, sus actividades no se constriñen a la comercialización de celulares y líneas telefónicas sino que abarca otros rubros relativos operatividad del servicio de telefonía internet y similares. Esto no obstante, el artículo 2° de la Ley 29245 – Ley que regula los Servicios de Tercerización Laboral - define a la tercerización como la asunción de los servicios prestados por cuenta y riesgo de una empresa que desarrolla actividades especializadas u obras siempre que 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; este artículo fue modificado por el artículo 1° del Decreto Legislativo 1038, en cuanto a la pluralidad de clientes, facilitando su adecuación en el plazo de un año, relajando un tanto la exigencia inicial de este requisito. El artículo 4° de la misma Ley 29245, que regula el desplazamiento del personal a la empresa principal, solamente exige especificar la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realizan.
- 4.9. Por su parte, el artículo 1° del Decreto Supremo 0006-2008-TR (reglamento) define a la empresa tercerizadora como aquella que lleva a cabo el servicio u obra contratado por la empresa principal, a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación, calidad que tienen tanto las empresas contratistas como las subcontratistas; este mismo artículo define a la **tercerización** de servicios como una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma.
5. Por consiguiente, no existe limitación legal que impida a la demandada, tercerizar la fase de comercialización de sus productos o servicios; esto queda más claro con la última norma citada, en la que se define a la tercerización como encargar a un tercero el desarrollo de una o más partes de la actividad principal de la usuaria. Adviértase además, que AMERICA MOVIL PERU S.A.C, es una empresa que tiene como objeto la prestación del servicio público de telecomunicaciones, es decir, **que existen otras fases**

que no han sido tercerizadas, como el servicio de instalación de antenas, el servicio informático, la capacitación técnica, el servicio y soporte técnico y el servicio corporativo, lo que significa que existen aspectos de la actividad empresarial de la demandada que no han sido tercerizados.

6. En este sentido, este Colegiado decide **CONFIRMAR** la sentencia apelada en razón a que se ha acreditado en autos que la empresa tercerizadora tiene autonomía e independencia respecto a la empresa principal, actuando bajo su cuenta y riesgo, asumiendo los resultados de su operación, no habiéndose acreditado que en la prestación de los servicios del demandante para la empresa tercerizadora haya estado supeditado a las órdenes de la empresa principal; asimismo, se ha acreditado que la empresa tercerizadora cuenta con sus propios recursos materiales, financieros y técnicos, finalmente, se ha acreditado que las empresas tercerizadoras se han hecho cargo de la actividad (servicio) contratado con trabajadores bajo su exclusiva dirección y supervisión; por lo tanto, no se ha configurado la desnaturalización de la tercerización.

**POR ESTOS FUNDAMENTOS:**

**CONFIRMARON** la Sentencia (Resolución número SEIS), su fecha 13 de julio de 2017, obrante a fojas 652-662, que declara **INFUNDADA** en todos sus extremos la demanda interpuesta por **PONCE DE LEON ARZANI, LUIS GERARDO** contra **AMERICA MOVIL PERU S.A.C** y **OVERALL STRATEGY S.A.C**, sobre Desnaturalización de Tercerización Laboral, reconocimiento de su relación laboral directa con la empresa **AMERICA MOVIL PERU SAC (CLARO)**, nivelación en el cargo de asesor de ventas en el centro de atención al cliente y nivelación remunerativa, mas comisiones al igual que los trabajadores que laboran en los Centros de Atención al Cliente (CAC), incorporación al centro de atención al cliente (CAC). **La confirmaron** en lo demás que contiene y devolvieron al Cuarto Juzgado Laboral Permanente de Trujillo. **PONENTE: CASTILLO LEÓN.-**

**S.S**

**CASTILLO LEÓN**  
**RODRIGUEZ VILLANUEVA**  
**MELENDEZ GARCÍA**