

# El errado litisconsorcio necesario pasivo en los procesos laborales sobre desnaturalización de la subcontratación empresarial y su consecuente vulneración a la tutela jurisdiccional

---

**Yordan Feler Romero Mendoza**

Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Trujillo.  
Hora, Robas Cassinelli & Gonzales Méndez Abogados-HRG ABOGADOS.  
Contacto: jordan\_rm90@hotmail.com

## **SUMARIO**

*I. Introducción. II. Planteamiento del problema. Iii. Apuntes preliminares. 3.1. La subcontratación empresarial. 3.1.1. Delimitación del Tema. 3.1.2. La Tercerización Empresarial u Outsourcing. 3.1.3. La Intermediación de Servicios. 3.1.4. La Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial. 3.1.4.1 Desnaturalización de la Tercerización u Outsourcing. 3.1.4.2. Desnaturalización de la Intermediación de Servicios. IV. La tutela jurisdiccional. 4.1. Definición. 4.2. Manifestación. 4.2.1. El Derecho de Acción. 4.2.2. La Tutela Jurisdiccional Efectiva. 4.3. El Derecho de Defensa. 4.4. El Derecho a la Prueba. V. Análisis e ideas embrionarias. 5.1. En Busca de los Verdaderamente Legitimados como Partes Procesales en los conflictos sobre Desnaturalización de la Subcontratación ¿Relación Triangular o Relación Dual? 5.2. El Litisconsorcio Necesario Pasivo y su consecuente Vulneración a la Tutela Jurisdiccional. 5.3. Interpretación y Actitud del Juez Laboral en los Procesos sobre conflicto de Desnaturalización de la Subcontratación. ¿Vulneración de los Derechos a la Defensa y a la Prueba? 5.4. La Desnaturalización de la Subcontratación, ¿Caso Complejo o Complicamos el Caso? VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 29497 (en adelante NLPT) postula en el Artículo I de su Título Preliminar los Principios Procesales rectores que inspiran el nuevo proceso laboral, destacando los Principios de Oralidad, Celeridad, Economía Procesal y Veracidad. Así mismo, la NLPT en su Primera Disposición Complementaria señala la aplicación supletoria de las normas del Código Procesal Civil en lo no previsto por esta, ello en mención a que el proceso laboral en su génesis era dirigido por el cuerpo normativo adjetivo regulador del proceso ordinario, siendo que al pasar los lustros, por las características propias de las relaciones y conflictos laborales, aunado a la progresiva Constitucionalización de los Derechos Procesales y del Derecho del Trabajo, logró adquirir autonomía a través de un propio cuerpo normativo procesal laboral, pero siempre vinculado taxativamente al proceso civil.

El Proceso Laboral al regularse supletoriamente por las disposiciones del Código Procesal Civil, en su aplicación debe tener en cuenta las instituciones procesales que cimientan este proceso ordinario, sin perder de vista las características propias de los conflictos laborales, por lo cual, cuando una norma procesal civil es utilizada en la solución de una controversia de naturaleza laboral, esta debe primero pasar por un Filtro de Laboralidad con el cual podamos resguardar la no vulneración de Derechos Laborales, Principios Procesales Laborales y Fundamentos Propios del Proceso Laboral, entre ellos, el Principio de Socialización del Proceso relacionado con el Principio Protector del Derecho del Trabajo —Principio de Socialización Laboral—, que irradia su eficacia en todas las disposiciones del proceso laboral llenándolas de un contenido socio-laboral que difiere de las normas procesales ordinarias de carácter privado, todo ello sin perder de vista a las Garantías Procesales Constitucionales de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, sus manifestaciones y condiciones, entre ellos, la Legitimidad para Obrar como condición del Derecho de Acción, el Derecho de Defensa, y el Derecho a la Prueba, todo lo cual sirve como cimientos para un correcto, válido, eficiente y eficaz proceso judicial.

Ahora bien, habiendo ya delimitado el vínculo del proceso laboral con el proceso civil y las Garantías Procesales Constitucionales, existe confusión respecto a su aplicación, en específico, en los casos donde el objeto de análisis versa sobre la Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial, al considerar como parte procesal en algunos casos a la Empresa Subcontratada y en otros casos no, lo que ocasiona diferentes y diversos efectos colaterales en el trámite y costo del proceso, así como, en la vulneración o no de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, siendo de suma y necesaria importancia el identificar a los correctos sujetos legitimados intervinientes en el proceso y su incidencia en el costo y su gestión, así como, su incidencia en el Servicio Jurisdiccional del Proceso Laboral.

## II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Por consecuencias de la Globalización hemos sido testigos de grandes y cuantiosos avances tecnológicos propios de una sociedad moderna y un mercado cada

vez más competitivo, sin ser ajeno a ello el Derecho, en específico el Derecho del Trabajo, al surgir cada vez nuevas y más complejas estructuras de Organización Empresarial de corte flexible por la nueva concepción de *Descentralización Productiva*, y con ellas nuevas formas de contratación, por ejemplo la Externalización de Servicios o de Actividades a través de la Subcontratación entre Empresas, manifestada en las figuras de la Intermediación de Servicios y la Tercerización Empresarial, lo cual colateralmente desencadena efectos directos en la forma y en las condiciones del contrato de trabajo por la complejidad misma de la relación laboral, generando conflictos y sobretodo la vulneración de Derechos Laborales cuando resulta inválida su celebración y/o ejecución, ya sea del Contrato Civil Empresarial y/o del Contrato de Trabajo, los cuales más pronto que tarde serán asidero del inicio de procesos judiciales.

Estos conflictos laborales judicializados, en su gran medida, tienen como objeto determinar al verdadero empleador en la complejidad de la relación laboral, a partir de la inválida celebración o ejecución de la subcontratación empresarial, es decir, por la configuración de la Desnaturalización de la Tercerización y/o de la Intermediación de Servicios, en correlato a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. Circunstancia fáctica de Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial, para hacer referencia a la Desnaturalización y/o Invalidez tanto de la Intermediación cuanto de la Tercerización, que al margen de ser correcta o incorrecta la forma de cómo han sido solicitadas o presentadas al proceso, genera en la judicatura gran cantidad de procesos laborales, de los cuales la mayoría tiene como pretensión principal, errada o no, la Desnaturalización de la Tercerización y/o de la Intermediación, aunada a una lista de pretensiones laborales subordinadas y accesorias que son producto directo del hecho de invalidez o fraudulenta subcontratación empresarial, comúnmente la reposición e indemnización por daños y perjuicios por lucro cesante y/o el pago consecuente de beneficios sociales de fuente autónoma y/o heterónoma.

Procesos laborales de los cuales, en su gran mayoría, cierto o errado, se demanda un Litisconsorcio Necesario Pasivo entre las Empresas Usuarias o Principales y las Empresas Subcontratadas. Siendo que, en muchos casos, la conformación de dicha modalidad de Litisconsorcio subsiste hasta la emisión de sentencia constituyendo una “*Relación Triangular*”, a partir de la sola alegación de fraude en la subcontratación por la simple constatación de la situación fáctica de la relación laboral del trabajador para la Subcontratada y el destaque producido hacia la Empresa Usuaria/Principal, para dar por sentada la necesidad de integrar a ambas en la relación procesal; y, en otros casos, solo llega hasta el final la Empresa Usuaria o Principal como única demandada —parte procesal pasiva— producto de la Extromisión de las empresa subcontratadas<sup>1</sup> o por solo haber sido demandada

---

<sup>1</sup> Criterio de ordenar la Extromisión del proceso a las Empresas Subcontratadas en los casos de Desnaturalización de la Subcontratación arribado por la Judicatura Liberteña desde el año 2015.

la Empresa Principal/Usuaria, constituyendo una “Relación Dual” en la Relación Procesal, a partir de la identificación de la Norma Jurídica Material que resuelve el caso, la cual sanciona solo a la Empresa Principal como titular de la relación laboral o relación jurídica material de desnaturalización y/o invalidez de la subcontratación, lo que le confiere ser la única empresa con Legitimidad para Obrar en el conflicto y por ende está legitimado para ser parte en el proceso, excluyendo de todo efecto jurídico a la empresa subcontratada.

Circunstancia controvertida imperante en la Judicatura Nacional, que se puede observar en la Casación Laboral N° 849-2012 DEL SANTA, en la cual la Corte Suprema Declara nulo todo lo actuado hasta la emisión del auto de saneamiento por contravenir el debido proceso o proceso justo, Ordenando que el *a quo* continúe el proceso desde la etapa postulatoria y que se emplace a la Empresa Intermediadora Subcontratada, al existir una motivación deficiente en lo que respecta a determinar si se ha desnaturalizado la intermediación laboral, ello teniendo en cuenta que en el proceso primigenio Exp. N° 00725-2009-0-2501-JR-LA-07 tramitado en la Corte Superior de Justicia Del Santa, se demandó solo a la Empresa Usuaria, mas no a la Empresa Subcontratada, configurándose al inició una Relación Dual en el Proceso, empero modificada posteriormente a una Relación Triangular, así mismo, el Exp. N° 04125-2015-0-1601-JR-LA-04 seguido en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el cual se “demandó como pretensión la Desnaturalización de la Tercerización” a partir de Litisconsorcio Necesario Pasivo (Relación Triangular), sin embargo, el Juzgado mediante Resolución N° 02, admite la demanda solo contra la Empresa Usuario/Principal mas no contra las Empresas Subcontratadas, al disponer su Improcedencia hacia estas últimas, configurándose una Relación Dual por parte del *a quo*, la cual posteriormente es revocada por el *a quem* al ordenar se admita a trámite respecto a las Empresas Subcontratadas, constituyéndose por decisión del superior una Relación Triangular. Por otro lado, podemos observar procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación en los cuales desde un inicio se demanda o se admite una Relación Dual (como el caso antes mencionado), o que en un inicio se admite una Relación Triangular, empero posteriormente el juzgado ordena la Extromisión de la Empresa Subcontratada, configurándose una Relación Dual, la cual subsiste hasta la emisión de Sentencia<sup>2</sup>. Así mismo, existen casos en los cuales durante todo *iter procesal* se tramitan como una Relación Triangular<sup>3</sup>, y en Sentencia se declara Fundada la Demanda contra la Empresa Usuaria/Principal e Infundada contra la Empresa Subcontratada. Siendo esta realidad la que nos lleva a analizar cuál proceder es y debe ser el correcto a seguir por los Jueces Laborales, lo cual se determinará realizando un sesudo y minucioso análisis desde la génesis

---

<sup>2</sup> Exp. N° 3018-2009, Exp. N° 6012-2015 y N° N5996-2015, entre otros, tramitados en la Corte Superior de Justicia de La Libertad.

<sup>3</sup> Expedientes N° 1957-2014, N° 74-2014 tramitados en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, y, Expedientes N° 22411-2013, N° 22411-2013 tramitados en la Corte Superior de Justicia de Lima, entre otros.

de los procesos, vale decir, evaluando si la parte postulatoria se realizó en relación al Código Procesal Civil y respetando las Instituciones procesales, en específico en la materialización del Derecho de Acción concretizada con la demanda para llevar la pretensión a los tribunales, cumpliendo con los requisitos y condiciones para su correcta y válida ejecución, entre ellos, el respeto de la Legitimidad para Obrar como condición de la Acción.

Situaciones que tienen injerencia directa en el cabal o defectuoso cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional Efectiva —llegando incluso a su vulneración—, y colateralmente en el Costo o Sobrecosto de la Administración de Justicia. Así mismo, diversos problemas prácticos o disfunciones que generaría en la jurisdicción y en el proceso, como solapar las malas prácticas de los abogados al realizar una defensa no técnica, el mal uso del aparato jurisdiccional, deficiente control en la calificación de las demandas, aumento desmedido de la carga procesal, aumento de abogados no técnicos y de jueces conformistas en la actividad probatoria, el abuso del derecho a la Tutela Jurisdiccional, entre otros.

### III. APUNTES PRELIMINARES.

#### 3.1. La subcontratación empresarial

##### 3.1.1. Delimitación del Tema

La Subcontratación Empresarial viene a ser una moderna forma de interrelación económica entre empresas como consecuencia de la cada vez más imperante concepción de la *Descentralización Productiva*. Se refiere a una modalidad contractual de naturaleza civil, a través de la cual una Empresa Principal responsable de todo un ciclo productivo transfiere, encarga o *Externaliza Servicios*, entendida como todo fenómeno por el cual el empleador se desvincula de una actividad o proceso del ciclo productivo que venía realizando para trasladarla a un tercero, con la finalidad de reducir los costos de Producción o del Servicio y, a la par, de responsabilidades de naturaleza socio-laboral. Este proceso de desvinculación de la actividad externalizada podría ser de mano de obra (*Intermediación Laboral*) o de un servicio integral (*Tercerización u Outsourcing*), lo cual difiere de una simple sustitución de empresas.<sup>4</sup>

##### 3.1.2. La Tercerización Empresarial u Outsourcing

Prevista en la ley N° 29245 y su reglamento el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, la cual tiene como noción, que surge de un proceso empresarial entre una empresa principal (empresa usuaria) y una o varias terceras empresas (empresas

---

<sup>4</sup> Jorge Toyama Miyagusuku citando a Raso Delgado. En: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ. Un Enfoque Teórico-Práctico”, Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, 2015, Lima, Perú, p. 186.

tercerizadoras o contratistas), cuyo objetivo es encargarle una parte de su proceso productivo de bienes o de servicios, ya sean actividades principales permanentes o temporales de la empresa principal, que comprenden actividades de soporte y que coloquialmente son complementarias, *con el único fin de que estas últimas lo realicen de forma integral y autónoma bajo su costo y riesgo*<sup>5</sup>. Servicios Especializados u obras que es realizado de forma autónoma e independiente por la Empresa Tercerizadora frente a la principal, ya que los trabajadores no se encuentran subordinados a la empresa matriz, en tanto, que esta solo se compromete a un resultado y no la fuerza de trabajo, es decir, los trabajadores se encuentran bajo la exclusiva subordinación de la empresa tercerizadora, por ende esta es la llamada a cumplir con los derechos laborales de tales trabajadores. Así mismo, cuenta con elementos característicos que sirven como indicios que le confieren autonomía y validez, los cuales son: la pluralidad de clientes, el uso y cuenta de equipos propios, la inversión de capital, la retribución por obra o servicio, la especialización, entre otros. Siendo importante precisar que otro requisito que se evalúa para determinar si existe tercerización, es identificar la fuente que le dio origen (Art. 3 de la Ley), formando parte de estos servicios, los siguientes: los contratos de Gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo.

### **3.1.3. La Intermediación de Servicios.**

Regulada por la Ley N° 27626 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 003-202-TR, la cual consiste en la contratación de la Empresa Usuaria a una tercera empresa, ya sea una Empresa de Servicios, una Cooperativa de Trabajo Temporal o una Cooperativa de Trabajo o Fomento del Empleo, con la finalidad de que esta última le ceda mano de obra o trabajadores para colaborar en el desarrollo de sus actividades<sup>6</sup>, siempre y cuando los servicios a desarrollar o que sean objeto de Intermediación se refieran a Actividades Temporales Principales, Complementarias o Especializados de la Empresa Usuaria. Siendo requisito para su validez que la Empresa Intermediadora se encuentre inscrita en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación, y que el número de trabajadores cedidos a la Empresa Usuaria no supere el 20% del total del total de trabajadores contratados de esta última. De igual forma, las Empresas Intermediarias, están obligadas de conceder una fianza con la cual garanticen el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la Empresa Usuaria.

---

<sup>5</sup> GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; DE LAMA LAURA, Manuel; QUIROZ ESLADO, Luis. “Manual de Contratación Laboral”, Gaceta Jurídica SA.: Lima, 2016. 115 p.

<sup>6</sup> ARCE ORTIZ, Elmer. “Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú”. Editorial Palestra, Lima, 2006, Pp. 122.

A diferencia de la Tercerización, los trabajadores cedidos a la Empresa Usuaria para que colabore en sus actividades se encuentran bajo la subordinación tanto de la Empresa Intermediadora cuanto de la Empresa Usuaria, siendo que la primera ejerce los Poderes de Sanción y la segunda ejerce los Poderes de Dirección y de Control, así mismo, el personal cedido tiene los mismos derechos y beneficios al igual que los trabajadores de la empresa usuaria, salvo diferencias objetivas.

### **3.1.4. La Desnaturalización de la Subcontratación Empresarial**

#### **3.1.4.1. Desnaturalización de la Tercerización u Outsourcing**

Se encuentra regulado en el Artículo 5° de la Ley N° 29245 y de su Reglamento, el cual, *ad litteram*, prescribe 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 (...), sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.” Refiriéndose a la carencia y/o incumplimiento de las Empresas Tercerizadoras de los requisitos en su celebración y/o en su ejecución, los cuales pueden ser:

- Cuando no desarrollen actividades especializadas u obras, respecto a la Actividad Principal Permanente o Temporal de la Empresa Usuaria.
- Cuando no sean responsables por los resultados de sus actividades o de un servicio o de una parte integral del ciclo productivo de la Empresa Usuaria, sino que se limite a una Cesión Ilícita de Trabajadores.
- Cuando no asumen los servicios prestados por su cuenta y riesgo, no cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales.
- Cuando los trabajadores no estén bajo su exclusiva subordinación, sino que estén bajo subordinación parcial o total de la Empresa Principal.
- Cuando no existen suficientes indicios de la autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- Cuando la empresa tercerizadora sigue brindando los servicios luego de la cancelación del registro.

Es así que, de probarse directa o indirectamente la realización de una Tercerización Fraudulenta se tendrá esta por Desnaturalizada, y por ende, se considerará por mandato imperativo de la Ley, a la Empresa Principal como el real y verdadero empleador del trabajador tercerizado o destacado, desde el momento en que se dio inicio la prestación de servicios (destaque) o se realizó el fraude, así mismo, que la relación laboral será de naturaleza indeterminada.

### 3.1.4.2. *Desnaturalización de la Intermediación de Servicios.*

Se encuentra regulada en el Artículo 5° de la Ley N° 27626 aunada al Artículo 14° de su Reglamento en el D.S. 003-2002-TR, señalando la primera la Aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad y la segunda taxativamente la Desnaturalización de la Intermediación Laboral, siendo que de llegarse a configurar, ambas se refieren, implícita o literalmente, en que *“se considerará una relación directa entre el trabajador y la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de los servicios”*. Así mismo, el Artículo 14 del Reglamento hace mención un listado de supuestos para la configuración de la Desnaturalización de la Intermediación por ser fraudulenta, las cuales tienen relación directa con los supuestos mencionados por en los artículos 4°, 5° y 8° la Ley, a saber:

- El Exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales, el cual es del 20% del total de trabajadores contratados por la Empresa Usuaria.
- La intermediación de Servicios Temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, refiriéndose a la Actividad Principal de la Empresa Usuaria.
- La Intermediación de Empresas de Servicios, Cooperativas de Trabajo o Cooperativas de Trabajo y Fomento del Empleo para labores distintas a servicios Temporales, Complementarias o Especializadas, es decir, para labores de actividades Principales de la Empresa Usuaria.
- La Intermediación es Nula cuando haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la Empresa Usuaria o a la entidad intermediadora.
- Prohibida la Intermediación para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga.
- Prohibida la Intermediación para cubrir personal en otra empresa intermediación.

De esta manera, de comprobarse una fraudulenta Intermediación de Servicios, por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se configurará la Desnaturalización de la Intermediación, y por ende, se considerará que el trabajador cedido tenga una relación laboral directa de naturaleza indeterminada con la empresa Usuaria desde el inicio en que realizó servicios para esta.

## IV. LA TUTELA JURISDICCIONAL

### 4.1. Definición

Principio Procesal que junto al Debido Proceso, se encuentran regulados en el Artículo 139 inciso 3 de nuestra Constitución, siendo que según Martín Reyes Hurtado, citando a Priori Posada, *“La Tutela Jurisdiccional es un derecho constitucional, derecho fundamental, derecho humano (y no un mero derecho procesal) que*



en un proceso le corresponde al que pretende (actor, demandante, etc.) y al pretendido (demandado, emplazado, etc.).<sup>7</sup>”; el cual comprende y se manifiesta tanto el Acceso a la Justicia cuanto el Debido Proceso<sup>8</sup>. Además, de manifestarse y tener como garantías procesales el Derecho de Acción, Derecho de Contradicción<sup>9</sup> y la pronta y ajustada a Derecho solución de la causa por parte del Órgano Jurisdiccional, al igual que el efectivo y total cumplimiento de lo sentenciado.<sup>10</sup> Manifestaciones de la Tutela Jurisdiccional que tienen su correlato en los Principios de la NLPT, en específico, en los principios de celeridad, economía procesal y veracidad. Así mismo, Monroy Gálvez precisa que “cuando el constituyente hace referencia como derecho relacionado a la función jurisdiccional, tanto al debido proceso como a la tutela jurisdiccional efectiva (Artículo 139.3 de la Constitución), está aludiendo a aspectos distintos y complementarios de una realidad: el proceso entendido en sentido amplio. Con la expresión “debido proceso” estaría refiriéndose a la dimensión dinámica y subjetiva del proceso, mientras que con la expresión tutela procesal efectiva aludiría a la dimensión estática y objetiva del mismo. (...) **El primero (La Tutela Jurisdiccional) es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo (El Debido Proceso) es la manifestación concreta del primero, es su actuación**<sup>11</sup>.”

Como podemos observar, para gran parte de la doctrina especializada, entre ellos Monroy Gálvez, Priori Posada, De Bernardis y Hurtado Reyes<sup>12</sup>, la Tutela Jurisdiccional y el Debido Proceso son sustancialmente lo mismo, en otras palabras, el primero viene a ser el efecto espejo del segundo y viceversa, tal como se establece también en la STC N° 03075-2006-AA/TC, al señalar que “(el debido proceso) se trata de un derecho fundamental cuyo contenido esencial tiene que ver con el derecho de acceso a la justicia, con el conjunto de garantías que aseguran, en la mayor medida de lo posible, que la solución de un conflicto sea a través de una decisión justa, y el derecho a la ejecución oportuna de esta decisión (Tutela Jurisdiccional Efectiva).” Así mismo, que la aplicación e interpretación de toda la normativa procesal, debe realizarse a la Luz de los Principios, Derechos y/o Garantías Constitucionales, ello en mención a que la actual corriente doctrinaria acogida por foro jurídico nacional e internacional, establece el **Carácter Constitucional del Proceso** o la **Constitucionalización del Proceso**, pues estos forman parte y han sido acogidos por nuestra Constitución en su Artículo 139° concediéndoles el rango de norma constitucional, lo que se acentúa al ser considerados como **Derechos Humanos** contenidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, la *Declaración Americana de los Derechos y*

<sup>7</sup> HURTADO REYES, Martín. “Tutela Jurisdiccional Diferenciada”. Palestra Editores, Lima, 2006, pp. 41.

<sup>8</sup> Artículo 4° del Código Procesal Constitucional.

<sup>9</sup> HURTADO REYES, Martín. Óp. Cit. Pp. 44.

<sup>10</sup> STC N° 763-2005-PA/TC, f.j.6.

<sup>11</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. “Teoría General del Proceso”. Palestra, Lima, 2007, pp. 459-460

<sup>12</sup> HURTADO REYES, Martín. Óp. Cit. Pp. 44 y 45

*Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuerpos normativos internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico en función al Artículo 55°, siendo de aplicación inmediata y obligatorio cumplimiento conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Carta Magna y por su carácter imperativo de Derecho Internacional General o *Ius Cogens*.

Es así que al iniciarse un proceso laboral y durante el transcurso del mismo, los actos procesales deben de realizarse respetando las garantías constitucionales, entre ellos los Principios de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Debido Proceso.

## 4.2. Manifestación.

### 4.2.1. El Derecho de Acción

Manifestación de la Tutela Jurisdiccional al formar parte del Derecho de Acceso a la Justicia, teniendo como correlato el Derecho de Contradicción, y relación directa con la Parte Postulatoria del Proceso al constituir el acto procesal mediante el cual se le da inicio. Es reconocido por COUTURE como una expresión del derecho de petición definiéndolo como el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión<sup>13</sup>. Es así que el Derecho de Acción viene a ser la manifestación de voluntad de todo sujeto de derecho ejercitada mediante una demanda, y a través de la cual se pone en conocimiento al Operador Jurisdiccional de la Pretensión Procesal reclamada para que sea estimada.<sup>14</sup> Así mismo, para que el Derecho de Acción sea correctamente realizado, cumpla su finalidad y sea de válida aplicación, debe cumplir con ciertos presupuestos o condiciones, los cuales, según Monroy Gálvez, “*en doctrina suele aceptarse pacíficamente que las condiciones de la acción son tres: la voluntad de la ley, el interés para obrar y la legitimidad para obrar o legitimatio ad causam*”<sup>15</sup>, posición aceptada por Piero Calamandrei, Carrión Lugo, entre otros. Por otro lado, cabe acotar que la doctrina especializada en la materia, entre ellos autores como Lino Enrique Palacios, consideran que la Institución jurídico – procesal de la *Legitimidad para Obrar* o *Legitimidad Procesal* también viene a ser un requisito intrínseco de Admisibilidad del Acto de la Pretensión Procesal, el cual es definido por Lino “*como aquel requisito en cuya virtud debe mediar una coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales*

---

<sup>13</sup> COUTURE, Eduardo J. “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. 3ra Edición, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 57.

<sup>14</sup> ENRIQUE PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal Civil*”. Editorial Abeledo – Perrot, Décimo Séptima Edición, Buenos Aires, 2003, P. 92-96.

<sup>15</sup> Renzo Cavani, citando a Juan Monroy Gálvez. En: CAVANI, Renzo. “*Las “condiciones de la acción” Una categoría que debe desaparecer*”. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 1, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2013, P. 234.

la ley habilita especialmente para pretender (legitimación activa) y para contradecir (legitimación pasiva) respecto de la materia sobre la cual versa el proceso<sup>16</sup>.”

Condiciones de la Acción que deben ser evaluados por el juzgador cuando califica la demanda, cuando resuelve las excepciones y también cuando se sanea el proceso; no obstante, excepcionalmente el juez puede pronunciarse también sobre la ausencia de las condiciones al expedir sentencia<sup>17</sup>. De esta manera, el juez al calificar la demanda, examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar, simplemente debe verificar si hay esa relación formal de correspondencia entre tal demandante y la persona a quien la ley concede acción; en este examen, no juzga la noticia de la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos dos aspectos el juez los evalúa al expedir sentencia (cuando emite juicio de fundabilidad sobre la pretensión)<sup>18</sup>. Para Calamandrei no cabe duda que deben concurrir los tres requisitos o condiciones constitutivas con el fin de que pueda considerarse nacida la acción, la falta de uno solo de ellos determinaría el rechazo en mérito (sobre el fondo) de la demanda, *la cual* hace Improcedente o infundada a la demanda.<sup>19</sup>

#### 4.2.2. La Tutela Jurisdiccional Efectiva.

Para Chamorro Bernal, la Tutela Jurisdiccional se hace Efectiva cuando el Estado resuelve un conflicto de intereses a través de un proceso con la concesión de las garantías mínimas para las partes, y dar la oportunidad para la ejecución de la resolución final es cuando el Estado convierte esa Tutela Jurídica en Efectiva.<sup>20</sup> Así mismo, Gómez De Liaño y Pérez-Cruz Martín señalan que la Efectividad de la Tutela tiene cuatro grados: el primero, está referida a la garantía de los ciudadanos de obtener respuesta del órgano jurisdiccional; la segunda, vinculada a la garantía que el órgano jurisdiccional resuelva el problema planteado; el tercero, garantía de resolución del problema planteado con razonamiento y cifrado en el ordenamiento jurídico; la cuarta, la posibilidad de que la decisión tomada sea ejecutable.<sup>21</sup> Adicionalmente, Hurtado Reyes considera que “la Tutela Jurisdiccional tendrá el carácter de efectiva si el juez cuenta con la posibilidad de otorgar tutelas diferenciadas”<sup>22</sup> Es así que la Efectividad de la Tutela Jurisdiccional se manifiesta

<sup>16</sup> ENRIQUE PALACIO, Lino. Ídem., P. 103.

<sup>17</sup> TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido Proceso y la demanda Civil— Tomo I*. Perú: Editorial Rodhas, 1999, p. 272-278.

<sup>18</sup> Ibídem, pp.279-281.

<sup>19</sup> CALAMANDREI, Piero. “*Derecho Procesal Civil*”, México: Oxford University Press Mexico, 1999. pp. 48-54.

<sup>20</sup> CHAMORRO BERNAL, Francisco. “*La Tutela Judicial Efectiva*”, Primer Edición, Barcelona, Editorial Boch, 1994, p. 276.

<sup>21</sup> GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. “*Derecho Procesal Civil*”, 2da Edición, Oviedo, Editorial Forum, 2001, p. 200 y ss.

<sup>22</sup> HURTARO REYES, Martín. Óp. Cit, p. 43.

cuando la Solución al conflicto por la cual el demandante acudió a la Jurisdicción como poder-deber que ejerce el Estado o al órgano Jurisdiccional, se realiza de teniendo en cuenta las garantías de las partes, emitiendo una Sentencia acorde a Derecho, Justa, pronta, idónea, eficaz y oportuna en su ejecución.

### 4.3. El Derecho de Defensa

Es un derecho de rango constitucional, definido por el Tribunal Constitucional como el Derecho que “garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares, de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, (...) se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa. Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, (...) se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa» (Exp. STC N.º 374 1-2004-M/FC, 14/11/05, FJ. 23.). Así mismo, el Tribunal de Vértice Constitucional hace referencia al Derecho de Defensa como elemento de la Tutela Jurisdiccional, al señalar en la STC Exp. N.º: 6712-2005— HCIFC, 17/10/05, Fj 31, que «La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva”, lo cual también se puede observar en el Artículo 4º del Código Procesal Civil, al prescribir “*Se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos (...) a probar, de defensa, al contradictorio (...)*”.

Según García Toma, entre las principales características del derecho de defensa destacan las siguientes<sup>23</sup>: a) Derecho a la comunicación previa y detallada de la demanda, denuncia o queja formulada en su contra; b) Facultad de elegir a un defensor; e) Facultad de actuar activamente en el proceso; d) Facultad de exigir que el proceso se desarrolle con equiparidad de condiciones entre las partes; e) Concesión del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la argumentación de defensa; f) Facultad de interrogar a los testigos de cargo y de presentar testigos de descargo; g) Facultad de impugnar las resoluciones con

---

<sup>23</sup> GARCÍA TOMA, Víctor. “Los Derechos Fundamentales en el Perú”. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2008.

contenido adverso a sus intereses legítimos; y, h) Facultad de negarse a declarar contra sí mismo o contra sus familiares más cercanos.

#### 4.4. El Derecho a la Prueba

El Derecho a la Prueba goza de Protección Constitucional al tratarse de un contenido implícito del derecho al Debido Proceso, y de la Tutela Jurisdiccional Efectiva, el cual corresponde a todas las personas que intervienen en el proceso como demandantes o demandados, en cuanto a *disponer de la oportunidad de probar*, y sería un complemento del derecho de acción y de contradicción, o de su derecho de defensa, vale decir, un derecho a llevar al proceso pruebas en general, con la finalidad de obtener una sentencia favorable<sup>24</sup>. Su contenido esencial, según la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, comprende “*cinco derechos específicos: a) El derecho de ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo las excepciones legales; b) El derecho a que se admitan las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de ley; c) El derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) El derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y, e) El derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, eso es, conforme a las reglas de la sana crítica*” (Cas. N° 2340-05-Camaná, fj. 1.). Así mismo, El Tribunal Constitucional indica que se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia (STC Exp. N° 6712-2005-HC/TC, f.j. 15).

### V. ANÁLISIS E IDEAS EMBRIONARIAS

#### 5.1. En Busca de los Verdaderamente Legitimados como Partes Procesales en los conflictos sobre Desnaturalización de la Subcontratación ¿Relación Triangular o Relación Dual?

Tal como hemos señalado *ut supra*, existen dos posiciones en la judicatura respecto a los sujetos procesales intervinientes en un proceso laboral sobre Desnaturalización de la Subcontratación, siendo que la elección de una o de otra posición implica efectos diferenciados en la administración, eficiencia y eficacia del proceso. Sin embargo, cabe preguntarnos ¿Se está cumpliendo y respetando a cabalidad los Instrumentos Jurídico Procesales, en específico el Derecho de Acción,

<sup>24</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. “TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL”, Tomo I, Editorial TEMIS S.A., Quinta Edición, Bogotá, Colombia, 2002. Pp. 26 y ss.

al tramitarse los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación? Para dar respuesta recurriremos a los apuntes preliminares antes esbozados.

Las Condiciones para la correcta y válida ejecución de la Acción son: la Voluntad de la Ley, el Interés para obrar y la Legitimidad para Obrar, siendo esta última la que nos interesa identificar, a partir del análisis de las normas sustantivas que regulan la desnaturalización de la subcontratación, la cual se encuentra prescrito tanto en el Artículo 5 de la Ley N° 27626 y Artículo 14 del D.S. N° 003-2002-TR, respecto a la Desnaturalización de la Intermediación, cuanto en los Artículos 5 de la Ley N° 29245 y del D.S. N° 006-2008-TR, respecto a la Desnaturalización de la Tercerización. Observando que las referidas normas materiales, concluyen que al realizarse alguna infracción a los supuestos de la Intermediación y/o de la Tercerización en la celebración o ejecución, se configura u origina una relación de trabajo directa e inmediata del trabajador con la Empresa Principal/Usuaria desde el momento en que se produce su desplazamiento y/o prestó servicios para esta última. Siendo evidente que los efectos de la misma son de entera y única responsabilidad de la Empresa Principal/Usuaria, al ser esta la única que tiene legítimo interés en el resultado del proceso, pues no acarrea responsabilidad alguna y excluye de todo efecto jurídico a las subcontratadas. Es así que, a partir del análisis realizado a las normas materiales que resuelven el caso e identificar quienes son los sujetos que forman parte de la relación jurídica material, por ende son quienes tienen legítimo interés en el resultado del proceso y están legitimados para formar parte del mismo, son únicamente el trabajador demandante y la Empresa Usuaria/Principal como demandada, sin tener injerencia alguna las empresas subcontratadas, al no ser señaladas estas como responsables en la norma sustancial objeto de conflicto. Por lo cual, es absurdo y falta de Técnica Procesal, ignorar los Presupuestos y Condiciones de la Acción, al considerar a las empresas subcontratadas como parte del proceso, pues estas no forman parte de la relación jurídica material, lo cual denota errado el demandar un Litisconsorcio Necesario Pasivo, por considerar la existencia de una Relación Triangular en los conflictos sobre desnaturalización de la subcontratación, sino que lo correcto es solo demandar a la Empresa Principal/Usuaria por ser esta la única que tiene Legitimidad Procesal, constituyéndose como válida solo la configuración de una “Relación Dual”, en concordancia con la aplicación correcta de las Condiciones de la Acción para el inicio de un proceso válido y técnico.

Así mismo, resulta revelador que en los procesos sobre desnaturalización de la subcontratación, en los cuales se ha demandado un Litisconsorcio Necesario Pasivo —Relación Triangular—, las Empresas Subcontratadas no se apersonan durante todo el *iter procesal*, y en el mejor de los casos, acuden solo hasta la Audiencia de Conciliación, siendo que su declaración de rebeldía y la presunción de veracidad de los hechos o su ausencia en la Audiencia de Juzgamiento, resultan irrelevantes respecto al objeto materia de controversia, el cual está dirigido a determinar la existencia de un vínculo laboral directo e inmediato con la Empresa Usuaria/Principal, mas no con la Empresa Subcontratada, excluyéndola de responsabili-

dades laborales al sentenciar, pues todos los fallos del *a quo* declaran Fundada la desnaturalización de la subcontratación contra la Empresa Usuaria/Principal e Infundada o Improcedente contra las Subcontratistas, las cuales posteriormente son Confirmadas por el *a quem*, resultando equiparables a las Sentencias de los casos donde se consideró una “Relación Dual”.

Por otro lado, cabe preguntarnos, ¿El determinar *prima face* los sujetos verdaderamente legitimados para ser parte procesal, a partir del análisis de las condiciones de la Acción, configura un Prejuzgamiento? Al respecto, debemos recordar lo señalado por Piero Calamandrei, *ut supra*, el analizar las condiciones de la acción, entre ellas la *legitimatío ad causam*, como requisito intrínseco de admisibilidad al calificar la demanda en cualquier etapa del proceso, no constituye un Prejuzgamiento de la causa, sino lo que se estaría realizando es el Saneamiento Procesal, el cual se encuentra regulado en el artículo 465 del Código Procesal Civil, al prescribir, *ad litteram*, “(...) el Juez, de oficio y aun cuando el demandado haya sido declarado rebelde, expedirá resolución declarando: 1. La existencia de una relación jurídica procesal válida; (...) Subsanaos los defectos, el Juez declarará saneado el proceso por existir una relación procesal válida. (...)”; así mismo, el Tribunal de Vértice se pronuncia respecto al Saneamiento Procesal en la Casación N° 673-2002-Lambayeque, al mencionar que “Para declarar saneado el proceso, el juzgador debe examinar, entre otros, (...) que intervengan en el proceso todos los que tienen relación con la materia en controversia y que la decisión final los pueda afectar; (...) Solo con la concurrencia correcta de todos estos requisitos el Juez estará en aptitud de declarar saneado el proceso y que en el proceso existe relación jurídica procesal válida. (Si) El Juez no ha cumplido con esta actividad procesal, por lo que es evidente (se considerará) la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso.” (Los agregados y subrayados son nuestros). Por lo tanto, el Juez se encuentra plenamente facultado en realizar el análisis de las condiciones de la acción y la legitimidad de las partes en cualquier etapa del proceso, siendo lo recomendable en *pro* de un proceso correcto, eficaz, eficiente y efectivo, que la actividad saneadora se realice en la calificación y control de admisibilidad y procedencia de la demanda, o de ser el caso, en el trámite del mismo, a través de la Extromisión Procesal.

## 5.2. El Litisconsorcio Necesario Pasivo y su consecuente Vulneración a la Tutela Jurisdiccional.

Teniendo en cuenta que en un proceso donde el objeto de controversia es la Desnaturalización de la Subcontratación, lo técnico, correcto y válido es demandar solamente a la Empresa Usuaria/Principal, ahora nos ocupamos en analizar las consecuencias en relación a la Tutela Jurisdiccional Efectiva de la aplicación del supuesto de demandar erradamente un Litisconsorcio Necesario Pasivo —Relación Triangular— en los procesos *sub examine*.

Existen sustanciales diferencias en la tramitación de los procesos en los cuales se considere una Relación Dual en comparación con los que se considere



una Relación Triangular, siendo la principal y más notoria diferencia el tiempo de duración en la tramitación de cada proceso desde que es admitida la demanda hasta la emisión de las sentencias, tanto de Primera Instancia cuanto las Sentencias de Vista. Ello debido mientras que en los Procesos donde se acoge la Tesis de la Relación Dual, el Auto Admisorio solo será notificado a una sola demandada, la cual si no se apersona al proceso será declarada rebelde surtiendo efectos la Presunción de Veracidad de los hechos, o si se llega apersonar y asiste a la Audiencia de Juzgamiento, sus etapas, entre ellas, la actuación probatoria, se realizarán en un menor tiempo, el cual será el estimado acorde a la verdadera complejidad de los hechos, sin dilaciones indebidas e innecesarias, y con la emisión de una sentencia simple y ágil, todo el proceso en un tiempo estimado prudencial y celeridad en relación a la causa; sin embargo, los procesos en los cuales se considere una Relación Triangular, en su gran mayoría, el tiempo estimado en su tramitación es mayor al necesitado en un proceso del supuesto de la Relación Dual, ello como consecuencia por ser un mayor número las demandadas, y tener que notificarse a todas y cada una de ellas, esperar que todas hayan sido bien notificadas, y en el caso de no ser la dirección correcta, realizarlo a través de exhortos, mayor tiempo del estimado en las Audiencias, la actuación probatoria se vuelve engorrosa por ser varios los sujetos intervinientes, suspensiones innecesarias de las audiencias por intromisiones de las subcontratadas por denuncia civil y programaciones de Audiencias Complementarias de Conciliación infructíferas, entre otros, que en cada caso en concreto pudiesen ocurrir. Así mismo, los sobrecostos adicionales que implican para la Administración de Justicia y la Judicatura los procesos en los cuales se demanda un Litisconsorcio Necesario Pasivo, refiriéndonos al sobrecosto de la justicia al tener que gastar mayores recursos en calificar una demanda más, mayor cantidad de notificaciones, mayores gastos operativos, mayor gasto de dinero en salarios, mayor tiempo de demora para la solución de las causas, mayor uso/gasto de las tecnologías (TIC's), el costo del (des)prestigio del Órgano de Justicia por la demora en la solución de los casos a causa de la mayor carga procesal de los juzgados, mayor necesidad de personal jurisdiccional y administrativo, etc., en síntesis, mayor costo para un proceso eficiente y una correcta Administración de Justicia, lo cual está directamente relacionado con el cabal cumplimiento o no de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. De igual forma, diversos problemas prácticos o disfunciones que genera en el foro, en la jurisdicción y en el proceso, como solapar las malas prácticas de los abogados al realizar una defensa no técnica cuando demandan un Litisconsorcio Necesario Pasivo entre la Empresa Usuaría/Principal y las Subcontratadas y su convalidación por los Jueces, el abuso del derecho a la defensa de las demandadas al prolongar innecesariamente la duración del proceso<sup>25</sup>, el abuso del derecho de acción de los demandantes al hacer un mal uso del aparato jurisdiccional por demandar a cualquiera sin que tenga este interés en el proceso,

---

<sup>25</sup> MITIDIERO, Daniel. *“La justicia civil en el Estado Constitucional”*, Diálogos para un diagnóstico. Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2016. p.70.



el deficiente control en la calificación de las demandas, aumento desmedido de la carga procesal, jueces y abogados ociosos en la actividad probatoria, la inobservancia de la técnica procesal, la ineficacia e ineficiencia del proceso y la vulneración de la Tutela Jurisdiccional Efectiva. En consecuencia, es evidente el grado de incidencia negativa que genera en la gestión del proceso laboral y en el servicio jurisdiccional el acogimiento de la Tesis de la Relación Triangular, ocasionando la vulneración de la Tutela Jurisdiccional al limitarse su Efectividad como Garantía Procesal, tan solo a la Efectividad Institucional y no a la Efectividad Concreta<sup>26</sup>.

### **5.3. Interpretación y Actitud del Juez Laboral en los Procesos sobre conflicto de Desnaturalización de la Subcontratación. ¿Vulneración de los Derechos a la Defensa y a la Prueba?**

Como vemos, el Juez, al igual que las partes, cumple un papel importante en el correcto, válido y eficiente funcionamiento del proceso, por lo cual, debe de tener una actitud Flexible y Técnica al momento de administrarlo, y saber interpretar los diferentes acontecimientos que ocurran, para poder decidir de forma correcta y evitar futuras contingencias que lo dilaten innecesariamente, siempre con la finalidad de asegurar su célere y eficiente funcionamiento, sin entorpecerlo con dilaciones indebidas o innecesarias, sobretodo respetando y cumpliendo las normas jurídico-procesales.

Para ello, el Juez Laboral no debe limitarse a ser solo un Juez Protagonístico, sino debe ser un Juez Técnico y Flexible. Debe ser Técnico para que aplique las normas jurídico-procesales correctamente<sup>27</sup>, sin vulnerar el debido proceso, evitando dilaciones indebidas e innecesarias producto de una incorrecta aplicación y análisis de los presupuestos procesales, de las condiciones de la acción y de las Garantías Procesales – La Tutela Jurisdiccional—. El Juez al concebir al proceso como una Técnica, está *prima facie* evitando futuras nulidades, al cumplir con la finalidad de cada norma o herramienta procesal que utiliza, así mismo, está ejerciendo una eficiente gestión del proceso, pues está haciendo al proceso célere al emitir sentencia pronta y oportuna, a favor del recurrente, y en cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional, la cual, efectivamente será Efectiva, al haberse seguido una secuencia sistemática de actos procesales Técnicos que garantizan el fiel cumplimiento de lo sentenciado, ya sea en ejecución de sentencia o mediante una Tutela Cautelar. Así mismo, el Juez debe ser Flexible, refiriéndonos a la facilidad y tino que debe tener al momento de tomar decisiones cuando ocurran

---

<sup>26</sup> TARUFFO, Michele. “Páginas sobre Justicia Civil”, Marcial Pons. Madrid 2009, pp. 68-69.

<sup>27</sup> Según MARINONI, “las técnicas procesales son especialmente los modelos procedimentales y los instrumentos procesales utilizados para permitir el alcance de la tutela efectiva del derecho y para dar efectividad a las decisiones judiciales.” En: MARINONI, Luiz Guilherme. “Introducción al Derecho Procesal Civil”, Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2015., p. 142.

acontecimientos que amenacen el correcto y eficiente funcionamiento del proceso. El Juez debe de tomar la decisiones salomónica, sin vulnerar los derechos de las partes, pero tampoco a costa o poniendo en riesgo la eficiencia del proceso, sino que su decisión debe estar siempre acorde y direccionada a un proceso célere, eficiente y eficaz, evitando dilaciones ociosas e inoficiosas, ya que, si el Juez toma una decisión errada ocasionando la demora innecesaria e indebida del proceso, se estaría por omisión vulnerando la Tutela Jurisdiccional, pues la emisión de la sentencia se postergará por más tiempo al que estaba estimado para en un primer momento, vulnerando a la vez el derecho acceso a la justicia del recurrente al ver más lejana la solución de la controversia y el posible resarcimiento u otorgamiento de su derecho vulnerado o no gozado.

Esta actitud Técnica y Flexible del Juez la podemos observar y aplicar en los procesos *sub examine*, pues al momento de calificarse la demanda y evaluar el cumplimiento de los presupuestos procesales y las condiciones de la acción, el Juez está realizando una función Técnica, la cual será correcta si el Juez determina que los verdaderamente legitimados son el trabajador demandante y la Empresa Usuaria/Principal como única demandada – Relación Dual—, o en el caso en el que se haya admitido un errado Litisconsorcio Necesario Pasivo, al momento de sanear el proceso ya defectuosamente iniciado, a través de la extromisión de las Empresas Subcontratadas, lo cual denotaría la actitud Flexible del Juez, pues el iniciar este tipo de procesos con la Subcontratada como parte procesal, acarrea una contingencia y posibles contingencias a futuro en el proceso, por lo cual, al haberse saneado el proceso y determinado oportunamente a los verdaderamente legitimados, se está evitando posibles dilaciones infructíferas del proceso. Por consiguiente, es recomendable que el Juez realice el control de los presupuestos del proceso y de las condiciones de la acción en la génesis del proceso, o realice el saneamiento procesal lo más pronto posible, sin llegar a la realización de las Audiencias, con la finalidad de evitar demoras inoficiosas del proceso y garantizando el cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional.

Ahora bien ¿Al considerar a la Empresa Usuaria/Principal como única demandada se estaría vulnerando los derechos a la Defensa y a la Prueba? No en lo absoluto. La Empresa Usuaria durante todo el *iter procesal* tuvo vigente la posibilidad de hacer uso de su derecho de defensa, pues desde que fue notificada válidamente con la notificación del Admisorio de Demanda se le está garantizando su Derecho a la Defensa Material y Técnica, se le concedió el plazo legal para poder contradecir, tuvo la posibilidad de poder comparecer física y jurídicamente al proceso, se le confirió el derecho a probar, se siguió un Proceso Justo, se respetó la Tutela Jurisdiccional y se emitió una Sentencia Motivada en Derecho, concediéndole el derecho a la Doble Instancia. Es así que, se le garantizó en todo momento su Derecho a la Defensa, pues es irrelevante para el mismo si la Empresa Subcontratada forma o no parte del proceso, al no tener esta injerencia con el respeto y correcto uso de su Derecho a la Defensa. Así mismo, se concedió el Derecho a Probar a ambas partes, en específico, la posibilidad de presentar pruebas en sus escritos postulatorios, que

sean admitidas y actuadas en Juzgamiento, y sean conservadas y valoradas por el Juez al momento de emitir sentencia, con lo cual, se estaría garantizando el respeto al Derecho a la Prueba de ambas partes. Sin embargo, parte del foro y la judicatura consideran que se estaría vulnerando el Derecho a Probar de la Empresa Usuaria, pues se estaría dejando fuera del proceso información y pruebas importantes para la solución de la causa que únicamente las pueden introducir las Empresas Subcontratadas. Pero, ¿En verdad se está dejando de lado información y pruebas importantes que no podrían introducirse al proceso, sin que sea parte de esta la Empresa Subcontratada? Creemos que no, pues Técnicamente la Desnaturalización de la Subcontratación es un hecho mas no una pretensión<sup>28</sup>, el cual constituiría un hecho o punto controvertido materia de prueba, y las Empresas Subcontratadas, al margen de no tener responsabilidad ni interés en el desenlace del proceso, en su gran mayoría la única información y pruebas que puedan introducir al proceso son los contratos de trabajo entre esta y el demandante, los contratos civiles suscritos con la Empresa Usuaria/Principal, las boletas de pago del demandante, sus planillas, documentación de constitución e inscripción en los registros de Empresas Intermediadoras y/o Tercerizadoras, y otros documentos que estén direccionados a demostrar su valides formal en la celebración de la Subcontratación. Documentación que la Empresa Usuaria tiene la posibilidad de obtener y presentar al proceso sin la necesidad de que la Subcontratada forme parte de la relación procesal, ello en mención al Artículo 26 de la Ley N° 27626, en el cual se indica que la Empresa Usuaria/Principal se encuentra obligada de solicitar la constancia de inscripción vigente de la Empresa Subcontratada, debiendo retener en su poder copia de la misma durante el tiempo de duración del contrato que las vincule, así como, que en el Contrato de Locación de Servicios que celebren se debe especificar todos los datos referidos al servicio, es decir, la descripción de las labores a realizarse, la fundamentación de la naturaleza del servicio en relación al giro del negocio de la empresa Usuaria/Principal, lo términos del contrato del personal destacado (del demandante), la identificación del trabajador destacado, el cargo, la remuneración y el plazo del destaque. Dispositivo legal que debe ser de observancia tanto para los contratos de Intermediación cuanto para los de Tercerización, pues la Ley 29245 no ha derogado a la Ley 27262, sino que separó y ordenó las modalidades de Subcontratación, precisando los casos de aplicación de cada una, por lo cual, teniendo en cuenta que en un inicio los Servicios de Tercerización se encontraban regulados por el Reglamento de la Ley 27626, este dispositivo legal debe ser de obligatoria observancia aun en los casos de la contratación de una tercerización, lo cual coadyuvaría a un diligente control y prevención de contingencias de la Empresa Principal, para hacer frente a los procesos *sub examine*, aunado a que en toda contratación empresarial las empresas intervinientes deben de asegurarse que la celebración del contrato reúna todos los

---

<sup>28</sup> Casación N° 7358-2013 CUSCO, en el cual la Corte Suprema estableció que técnicamente la Desnaturalización Contractual no debe ser presentada al Proceso como *Petitium*, sino como un Hecho al formar parte de la *Causa Petendi* de la Pretensión.

presupuestos para su valides, y que toda empresa debe ser diligente en tomar todas las previsiones necesarias para evitar contingencias, que vayan en desmedro de su arcas financieras y repercutiendo en su actividad productiva, siendo razonable que la Empresa Principal pueda solicitar a las Subcontratadas la información requerida para satisfacer sus cargas probatorias, en mención a la vinculación económica y comercial que tienen, pues a pesar de ser fraudulenta en realidad existe.

Podemos observar, que la potencial información y documentación que pueden introducir las Subcontratadas al proceso, las puede introducir también la Empresa Usuaria, ya sea por tener dicha información en su poder por disposición legal, como los Contratos de Locación de Servicios, o por políticas preventivas de disminución o supresión de contingencias. Ello lo vemos reflejado en el Expediente N° 705-2015 seguido en la Corte Superior de Justicia de La Libertad, en el cual la Empresa Principal presentó como medio probatorio el último contrato celebrado entre el demandante y una de las Empresas Subcontratadas. Así mismo, todo el material probatorio señalado líneas arriba, esta direccionado sustancialmente a demostrar que el demandante tuvo una relación laboral con la empresa subcontratada, o que la celebración del contrato civil fue válido, lo cual constituye solo una parte del análisis de la causa, mas no está dirigida a probar que su ejecución también fue válida. Ello sin perjuicio de que al haberse considerado Técnicamente una Relación Dual, la Empresa Usuaria tiene la obligación de presentar por sí misma sus medios probatorios (Art. 21 NLP), y probar su Tesis de defensa (Art. 23.1 NLPT), aunado a la Aplicación de las Cargas Probatorias Dinámicas que fundamentan el actual proceso laboral.

#### **5.4. La Desnaturalización de la Subcontratación, ¿Caso Complejo o Complicamos el Caso?**

Al ser técnicamente la desnaturalización de la subcontratación un hecho que formar parte de la *Causa Petendi* y de la argumentación fáctica, viene a ser un hecho controvertido que debe ser dilucidado. El consistir la teoría del caso del demandante en la existencia de una relación laboral directa de naturaleza indeterminada con la empresa principal, le bastaría solo demostrar la realización de la prestación de servicios a favor de esta para darse por configurado la existencia del vínculo laboral (Art. 23.2 NLPT), sin perjuicio de probar también la subordinación de poderlo realizar, funcionando automáticamente la teoría de las cargas probatorias dinámicas (Art. 23 de la NLPT), por lo cual, la empresa usuaria demandada, tendría que probar el cumplimiento de las normas legales y de sus obligaciones contractuales (Art. 23.4 NLPT), en específico, demostrar que la subcontratación empresarial realizada es válida, en su celebración y en su ejecución. Como explicamos precedentemente, la empresa principal tiene la posibilidad de presentar al proceso toda la información y pruebas que presentaría la empresa subcontratada de formar parte del proceso y, en el mejor de los casos, de apersonarse en el proceso. Documentación probatoria que se encuentra dirigida, principalmente, a demostrar la válida celebración de la Subcontratación —el ámbito formal de la Subcontrata-

ción—, restándole solamente probar que también fue válida su ejecución – ámbito Real—, lo cual no consiste en demostrar la no subordinación hacia el demandante (catalogada por la jurisprudencia como prueba diabólica<sup>29</sup>), sino en demostrar a través de pruebas directas (documentos propios de la demandada o solicitados a las empresas subcontratadas) o indirectas (a través de indicios, presunciones o construcciones de razonamientos silogísticos) que solo realizaba coordinaciones con el demandante y/o con las empresas subcontratadas, y que esta era quién realizaba exclusivamente la subordinación sobre el demandante. Una vez demostrado que fue válida la celebración y ejecución de la subcontratación, por haber sido solo coordinaciones, se puede estimar como no desnaturalizada la subcontratación. Sin embargo, si el demandante además de demostrar la prestación de servicios, prueba fehacientemente la subordinación que ejercía la empresa principal (en el caso de Tercerización) sobre él, bastando para ello tan solo una sola prueba, se estaría configurando totalmente la desnaturalización de la subcontratación, resultando irrelevante que se haya probado una válida celebración de la subcontratación, al formar esta solo una parte del análisis, así mismo, hubiese resultado irrelevante e inoficioso que haya formado parte del proceso las Subcontratadas, peor aun sabiendo los efectos negativos que ocasiona en el proceso.

## 6. CONCLUSIONES

1. Los verdaderamente Legitimados para formar de la Relación Jurídica Procesal en los casos donde el objeto de controversia es la Desnaturalización de la Subcontratación, son el Trabajador demandante y la Empresa Usuaria demandada, constituyendo una Relación Dual en el proceso, pues solo son dos los sujetos procesales intervinientes.
2. El demandar un Litisconsorcio Necesario Pasivo en los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación vulnera la Tutela Jurisdiccional, al ocasionar, en la mayoría de los casos, una indebida e innecesaria dilatación del proceso, y por ende la demora en la emisión de la sentencia, así como, tener efectos negativos en el foro, en la Judicatura y en la Administración de Justicia, al solapar las malas prácticas procesales y un proceso no técnico.
3. Los Jueces deben interpretar y tener una actitud Técnica y Flexible en el proceso, garantizando el respeto a las normas jurídico-procesales, la eficiencia del proceso y el cabal cumplimiento de la Tutela Jurisdiccional.
4. Los procesos sobre Desnaturalización de la Subcontratación técnicamente no son casos complejos, las malas prácticas procesales son las que lo complican, siendo innecesario la participación de las Empresas Subcontratadas, al no vulnerarse los Derechos a la Defensa y a la Prueba.

---

<sup>29</sup> STC EXP. N.º 06135-2006-PA/TC ICA.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. “*Subcontratación entre Empresas y Relación de Trabajo en el Perú*”. Editorial Palestra, Lima, 2006.
- CALAMANDREI, Piero. “*Derecho Procesal Civil*”, México: Oxford University Press México, 1999.
- CAVANI, Renzo. “*Las “condiciones de la acción” Una categoría que debe desaparecer*”. En: Revista Gaceta Civil & Procesal Civil. N° 1, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, Julio 2013.
- CHAMORRO BERNAL, Francisco. “*La Tutela Judicial Efectiva*”, Primer Edición, Barcelona, Editorial Boch, 1994.
- COUTURE, Eduardo J. “*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*”. 3ra Edición, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. “*TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL*”, Tomo I, Edit. TEMIS S.A., 5ta Edición, Bogotá, Colombia, 2002.
- ENRIQUE PALACIO, Lino. “*Manual de Derecho Procesal Civil*”. Editorial Abeledo – Perrot, Décimo Séptima Edición, Buenos Aires, 2003.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro; DE LAMA LAURA, Manuel; QUIROZ ESLADO, Luis. “*Manual de Contratación Laboral*”, Gaceta Jurídica SA.: Lima, 2016.
- GARCÍA TOMA, Víctor. “*Los Derechos Fundamentales en el Perú*”. Universidad Inca Garcilazo de la Vega. Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2008.
- GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín Jesús. “*Derecho Procesal Civil*”, 2da Edición, Oviedo, Editorial Forum, 2001.
- HURTADO REYES, Martín. “*Tutela Jurisdiccional Diferenciada*”. Palestra Editores, Lima, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. “*Introducción al Derecho Procesal Civil*”, Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. “*La justicia civil en el Estado Constitucional*”, Diálogos para un diagnóstico. Palestra Editores. Primera edición. Abril, 2016.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. “*Teoría General del Proceso*”. Palestra, Lima, 2007.
- TARUFFO, Michele. “*Páginas sobre Justicia Civil*”, Marcial Pons. Madrid 2009.
- TICONA POSTIGO, Víctor. *El debido Proceso y la demanda Civil— Tomo I*. Perú: Editorial Rodhas, 1999.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “*EL DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO EN EL PERÚ. Un Enfoque Teórico-Práctico*”, Gaceta Jurídica, Editorial El Búho, 2015, Lima, Perú.