



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

**El cumplimiento de las obligaciones en materia de
Seguridad y Salud en el Trabajo como causal de
desnaturalización de la tercerización**

Tesis para optar el Título de
Abogado

Sofia Lucia Machero Periche

Asesora:
Mgtr. Carolina Castillo Pastor

Piura, junio de 2022



Aprobación

La tesis titulada “El cumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo como causal de desnaturalización de la tercerización”, presentada por la bachiller Sofia Lucia Machero Periche en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Mgtr. Carolina Castillo Pastor.



Directora de Tesis





Dedicatoria

Dedico el presente trabajo a mi madre, Pilar, a mi padre, Marcotulio y a mi hermano Marco. Gracias por su apoyo incondicional.





Agradecimientos

A Dios, porque a pesar de los tiempos difíciles, me permitió seguir adelante.

A mi asesora, Mgtr. Carolina Castillo Pastor, por apoyarme en la elaboración de mi tesis con sus conocimientos y el tiempo brindado.

A mis padres, Marcotulio y Pilar, mi hermano Marco, mis abuelos Víctor y Socorro, mis tíos y a toda mi familia, por su apoyo a lo largo de mi vida.

A mis ángeles Maruja, Ruperto, Alejandro, Manuel, Matilde, José y Pilar porque me apoyaron y me siguen cuidando y guiando.

A Bercelly, por el amor y la comprensión.

A todas mis amigas, por su compañía y apoyo siempre.





Resumen

El Derecho del Trabajo es una institución cambiante que ha tratado siempre de adaptarse a las transformaciones de la sociedad y la economía, con el fin de proteger siempre a la parte más débil de la relación laboral: el trabajador. La aparición de la descentralización productiva y su implicancia en las relaciones laborales motivó que los legisladores regulen las nuevas figuras jurídicas nacidas de este proceso: la intermediación y la tercerización laboral. Esta última, regulada en el 2008 en nuestro país, implica una confluencia de empleadores en un mismo centro de trabajo, el de la empresa principal. Por ello, se establecen entre ambos una relación de coordinación y cooperación mientras dure el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora.

El principio de prevención de la normativa en seguridad y salud en el trabajo pone en manos del empleador de la empresa principal el deber de garantizar la salud de los trabajadores que concurren al centro de trabajo, sean propios o de contratistas; además de otras obligaciones con la finalidad de prevenir la ocurrencia de accidentes o riesgos laborales. Sin embargo, cada vez son más los litigios interpuestos ante nuestros tribunales de justicia laboral por trabajadores de empresas tercerizadoras que alegan una desnaturalización del contrato de tercerización porque la empresa principal ha cumplido sus obligaciones en seguridad y salud en el trabajo, argumentando que esto es una muestra de subordinación hacia la empresa principal o una falta de autonomía de la empresa tercerizadora.

Por ello, la presente investigación tiene como fin lograr una mejor comprensión de la regulación de la tercerización laboral en nuestro país y las implicancias de la normativa en seguridad y salud en el trabajo en esta figura, de manera tal que, al analizar la diferente jurisprudencia que trata esta problemática, podamos identificar de manera clara cuáles son las obligaciones legales en seguridad y salud que debe cumplir cada empleador, así como también tener en cuenta las disposiciones especiales en esta materia que nos ayudarán a resolver cada caso concreto, para que finalmente podamos determinar si estamos ante un cumplimiento de obligaciones legales por parte de la empresa principal o, verdaderamente, ante un acto de desnaturalización de la tercerización laboral por una falta de autonomía de la tercerizadora o por una subordinación hacia la empresa principal.



Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Breve aproximación histórica del Derecho del Trabajo	17
1.1 Desarrollo histórico y reconocimiento como Derecho Fundamental	17
1.1.1 Época Pre Industrial.....	18
1.1.2 Época Industrial	20
1.1.3 Reconocimiento del Derecho del Trabajo como Derecho Fundamental	24
1.1.4 Etapa Post-Industrial.....	26
1.2 El Derecho del Trabajo en el Ordenamiento Peruano	27
1.3 Transformación, flexibilización y nuevas figuras laborales	31
Capítulo 2 El fenómeno de la Descentralización Productiva	35
2.1 Definición de Descentralización Productiva.....	35
2.2 Descentralización Laboral	37
2.3 Nuevas instituciones laborales: Intermediación y Tercerización	40
2.3.1 Intermediación Laboral.....	40
2.3.2 La Tercerización Laboral.....	43
Capítulo 3 La Tercerización Laboral	49
3.1 La tercerización laboral en la doctrina comparada	49
3.2 La tercerización laboral y la Organización Internacional de Trabajo.....	54
3.3 La regulación de la tercerización en la legislación nacional	55
3.3.1 Definición y ámbito de aplicación.....	56
3.3.2 Características.....	60
3.3.3 Formalidades y obligaciones de las empresas	63
3.3.4 Derechos laborales de los trabajadores tercerizados	65
3.3.5 Desnaturalización	66
3.3.6 Responsabilidad Solidaria	67
3.3.7 Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales.....	70
3.4 La Tercerización en la Jurisprudencia Laboral	71
3.4.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	71
3.4.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República	73
Capítulo 4 Obligaciones legales en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo	77
4.1 Concepto y alcances de la Seguridad y Salud en el Trabajo a cargo del empleador	77
4.2 Obligaciones legales del empleador en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo	80
4.2.1 Respecto a los trabajadores.....	80

4.2.2	Respecto a los trabajadores de terceros	83
4.3	Obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el contexto del COVID-19.....	84
Capítulo 5 El cumplimiento de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal como causal de desnaturalización de la tercerización.....		89
5.1	Obligaciones de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa principal.....	89
5.2	Desnaturalización de la tercerización laboral por cumplimiento de las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal.....	93
5.2.1	Jurisprudencia laboral.....	95
5.3	Crítica a la jurisprudencia laboral	111
Conclusiones		115
Lista de referencias		117



Introducción

El Derecho del Trabajo se ha constituido, desde su aparición, en una de las instituciones más importantes de la Ciencia del Derecho. Ciertamente, desde sus inicios, su objetivo primordial fue la urgente necesidad de protección de la parte débil de la relación jurídico-económica: el trabajador.

Debido a los vertiginosos cambios de nuestra sociedad, el Derecho del Trabajo se convirtió en una institución cambiante, adaptándose al surgimiento de nuevas formas jurídico-laborales, siempre en favor y protección del trabajador y de sus derechos fundamentales.

Una de las principales tendencias que se ha podido apreciar es el de la descentralización productiva, el cual cobra relevancia en el ámbito jurídico debido al nacimiento de diversas formas laborales que se adaptan a este tipo de nuevas relaciones interempresariales.

Nuestro ordenamiento jurídico en específico se vio reformado por la aparición de dos nuevas figuras que concentran estos nuevos aspectos traídos por la descentralización productiva: la intermediación y la tercerización laboral.

La tercerización laboral, que fue regulada en nuestro país en el 2008, implica una relación de cooperación y coordinación entre dos empresas que se vinculan mediante una relación contractual que establece que una de ellas, la empresa tercerizadora, se haga cargo de una parte de las actividades del ciclo productivo de la otra, llamada empresa principal; la misma que, previamente, desarrollaba por sí misma esta parte de su ciclo productivo pero que decide encargar a otra empresa especializada en estas actividades la realización de las mismas, permitiéndole concentrarse en lo ellos consideran actividades de carácter central o estratégicas para su negocio.

Así como se incorporaron estas novedosas figuras, en las últimas décadas nuestra legislación laboral ha sido testigo del surgimiento y auge de la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, colocando al empleador de la empresa principal como el garante de la seguridad del trabajador durante el desarrollo de las actividades laborales llevadas a cabo en sus instalaciones.

Sin embargo, al existir desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora a la empresa principal durante la duración del contrato de tercerización y al darse una confluencia de empleadores en un mismo centro de trabajo, existen diversos problemas para poder delimitar exactamente cuáles son las obligaciones legales que debe cumplir la empresa principal y cuáles corresponden a la empresa tercerizadora, especialmente si estas se encuentran recogidas en normativas específicas y que establecen medidas preventivas para asegurar la salud de los trabajadores.

Así pues, haciendo una revisión de la jurisprudencia laboral, encontramos diversas Casaciones Laborales que recogen la problemática mencionada líneas arriba, planteándonos entonces la siguiente pregunta: ¿el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal puede ser usado para aducir la desnaturalización del contrato de tercerización y así cuestionar la autonomía de la empresa tercerizadora o la existencia de una subordinación de sus trabajadores hacia la empresa principal?

En el primer capítulo de la presente investigación se abordará de manera general la historia del Derecho del Trabajo, pasando desde las prestaciones nacidas en Grecia y Roma hasta las modernas formas laborales nacidas como consecuencia de la descentralización productiva.

En el segundo capítulo, se hará mención a la descentralización productiva y todo lo que trajo consigo en la realidad laboral, observando como llevó a la creación de nuevas estructuras marcadas por un cambio en la economía y la sociedad, como son la intermediación y la tercerización laboral, sin descuidar la clásica función del Derecho Laboral de proteger al trabajador por ser la parte más débil de la relación laboral.

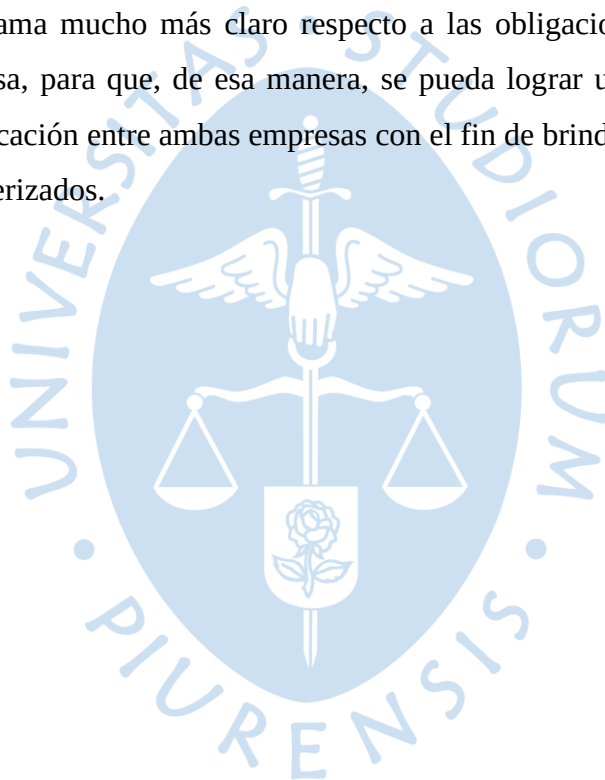
En el tercer capítulo ya se abordará específicamente la figura de la tercerización laboral que, a pesar de ser reconocida en la mayoría de legislaciones de América Latina, aún existen ciertas manifestaciones en su contra, por lo que se estudiará cuál ha sido el desarrollo de esta figura en diversos países de nuestro continente, para posteriormente poder analizar los aspectos legales de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya cuenta con un marco normativo propio.

El cuarto capítulo trata específicamente la regulación sobre seguridad y salud en el trabajo en nuestro país, tratando de delimitar cuales son las obligaciones legales de cada empleador y las implicancias que trae consigo la tercerización laboral en esta normativa, ya que concurren dos empleadores en un mismo centro de operaciones, regido por el empleador principal y quien es, legalmente establecido, el garante de la seguridad y salud de todos los que desarrollen labores en el centro de trabajo. Además, se realizará una breve mención a las obligaciones surgidas durante la emergencia sanitaria por la COVID-19.

Por último, en el quinto capítulo se hará una revisión de algunas sentencias emitidas por nuestros tribunales de justicia respecto a la problemática mencionada anteriormente: si realmente nos encontramos ante un cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte del empleador de la empresa principal o si, por el contrario, nos encontramos ante un acto que constituye una falta de autonomía de la empresa principal o que

evidencia la subordinación de los trabajadores de la empresa tercerizadora hacia la empresa principal, razón por cual se puede declarar la desnaturalización de la tercerización y el consiguiente reconocimiento de una relación laboral del trabajador desplazado con la empresa principal.

En este orden de ideas, con la presente investigación se pretende lograr una mejor comprensión de la legislación de la tercerización laboral y la normativa de seguridad y salud en el trabajo, así como también del rol de los empleadores de las empresas que participan en esta figura, con el fin de poder determinar si realmente, así como se ha venido dilucidando en nuestra jurisprudencia laboral, se está ante una desnaturalización del contrato de tercerización o de un simple supuesto de cumplimiento de obligaciones legales, esperando con ello que se pueda tener un panorama mucho más claro respecto a las obligaciones que le corresponde realizar a cada empresa, para que, de esa manera, se pueda lograr una mayor coordinación, cooperación y comunicación entre ambas empresas con el fin de brindar una mayor protección a los trabajadores tercerizados.





Capítulo 1

Breve aproximación histórica del Derecho del Trabajo

El Derecho del Trabajo, como toda institución jurídica, posee una evolución histórica que nos permite apreciar cómo ha sido su proceso de adaptación a los cambios sociales que surgieron en el desarrollo de nuestra colectividad; mostrándonos de este modo cómo han aparecido nuevas figuras laborales que tienden siempre a la protección de la parte débil de la relación jurídico-laboral: el trabajador.

Por ello, se realizará un repaso a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo, abordando desde las incipientes prestaciones laborales desarrolladas en Grecia y Roma hasta llegar a las modernas formas laborales surgidas como consecuencia del fenómeno de la descentralización productiva, observando cómo es un factor constante a lo largo del tiempo la función protectora del Derecho del Trabajo.

1.1 Desarrollo histórico y reconocimiento como Derecho Fundamental

Si bien es cierto que en la historia de legislación laboral se considera como punto de quiebre la Revolución Industrial (debido que recién en esta aparecen “prestaciones laborales en relación de dependencia y por cuenta ajena”¹), se considera que se debe estudiar también las incipientes formas de trabajo que se suscitaron durante la Antigua Grecia y el Imperio Romano, aunque a estas no se le consideren relaciones laborales propiamente dichas sino simples prestaciones rudimentarias.

A fin de tener un mayor orden al desarrollar la evolución histórica de esta rama del Derecho, tomaremos en cuenta la distinción de épocas que plantea el Dr. Julio Armando Grisolia en su libro “Manual de Derecho Laboral”².

Este autor divide la evolución histórica del Trabajo Humano en tres épocas claramente diferenciadas: la primera, la época preindustrial, que abarca desde Grecia y Roma hasta inicios del siglo XVIII; la segunda, la época industrial, marcada por la aparición de la Revolución Industrial y de nuevas prestaciones consideradas propiamente como laborales, además dentro de esta época se muestra el nacimiento de Derecho al Trabajo como rama autónoma de la Ciencia del Derecho; y, por último, una tercera época llamada post industrial, iniciada en la época de 1970, con la aparición de las críticas al Derecho del Trabajo y las corrientes

¹ GRISOLÍA, J. A. (2011). *Manual de derecho laboral*. 7a ed. ampl. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot. pág. 21.

² *Ídem*.

flexibilizadoras; además de diversos cambios sociales, tecnológicos y económicos que afectan sus clásicas estructuras.

1.1.1 *Época Pre Industrial*

Durante la Antigua Grecia, el trabajo humano fue duramente rechazado y visto negativamente por los ciudadanos griegos, pues creían que el estado natural del hombre digno y libre era el dedicarse a la vida en ocio, reservando la realización de trabajos manuales sólo a los esclavos, quienes eran considerados como una cosa más dentro del patrimonio del amo.

Esta concepción griega se mantuvo durante el Imperio Romano, pero en determinado momento la mano de obra esclava ya no fue suficiente para atender todas las necesidades de los ciudadanos romanos, por lo que durante la Roma Republicana se dio una nueva figura que se asemejaba en ciertos aspectos a la de los esclavos, pero con algunas limitaciones: la de los hombres libres que realizaban trabajo por cuenta ajena. Estos eran esclavos que habían alcanzado su libertad gracias a la decisión de su amo (fueron manumitidos), pero que debido al tiempo que pasaron dentro de la esfera de su amo y en agradecimiento por haberlos liberado, se comprometían a seguir realizando trabajos manuales para el amo al que habían pertenecido, pero ya no en condición de esclavo, sino como hombres libres.

La primera figura jurídico-laboral que surgió para regular el arrendamiento de servicios prestados por los hombres libres fue la de la *locatio-conducto operarum*, la cual implicaba la realización del trabajo bajo la supervisión y subordinación del conductor o amo, a quien el operario debía obediencia.

Posteriormente, esta incipiente figura jurídica varió y se convirtió en la *locatio-conducto operaris*, en la cual el operario gozaba de una libertad absoluta para realizar el trabajo, como por ejemplo el trabajo que realizaban los artesanos, quienes no estaban sujetos a poder de dirección alguno y utilizaban los conocimientos adquiridos previamente para asegurar el resultado de la obra encomendada³.

Como se puede apreciar, entre ambas figuras existen notables diferencias, siendo la más importante la sumisión en la que se desarrollaba la *locatio-conducto operarum*, mientras que en la *locatio-conducto operaris* no se hallaba presente este elemento de subordinación. Es por ello que algunos juristas consideran a la *locatio-conducto operarum* como un primer

³ BOZA PRO, G. (2014). *Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo*. En: THEMIS-Revista de Derecho (65), pág. 15. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846>, consultado el 13 de enero de 2020.

antecedente del contrato de trabajo, pues se prestaba un servicio en cuenta ajena y los frutos del trabajo realizado pasaban a la esfera del conductor, que encargaba la realización de la obra⁴.

Más adelante, durante la Baja Edad Media se instaló el Feudalismo, siendo el señor feudal quien sustituye la figura del “amo” romano y quien tenía dentro de su poder grandes extensiones de tierra y servidores, quienes debían fidelidad y obediencia al señor feudal, el mismo que a cambio del trabajo realizado en sus tierras les daba protección y la posibilidad de vivir dentro de sus dominios⁵.

Cuando el sistema feudal entró en decadencia, el desarrollo de la sociedad pasó del campo a la ciudad, trayendo consigo el nacimiento de las grandes ciudades y de una economía de mercado basada ya no en la agricultura, sino en el intercambio comercial, comenzando el éxodo del campo hacia la ciudad, en donde la mano de obra era requerida en una nueva forma de unidad productiva: los talleres artesanos.

Dentro de estos talleres, la organización estaba claramente marcada: el dueño del taller era el maestro, quien supervisaba, dirigía y perfeccionaba los trabajos realizados, celebraba los contratos y era a quien le pertenecía la retribución económica por los trabajos realizados. Los oficiales eran los ayudantes del maestro, quienes debían seguir las órdenes para poder desarrollar la obra encomendada, y por último estaban los aprendices, quienes eran jóvenes que deseaban aprender sobre el oficio desarrollado en el taller.

Una vez que los oficiales adquirían el suficiente conocimiento, formaban su propio taller, compitiendo con los antiguos talleres a los que alguna vez pertenecieron, por lo cual los dueños de estos últimos idearon formas de crear barreras a los nuevos talleres y monopolizar el mercado hacia su favor. Este hecho generó el nacimiento de los gremios, concebidos inicialmente como organizaciones en las cuales se agruparon justamente los maestros, los que incluso lograron prohibir cualquier tipo de actividad que se desarrolló fuera de los talleres miembros del gremio o que no estaban autorizados por estos para poder ofrecer una actividad específica.

Al final de esta etapa, y con la aparición y desarrollo de una economía de mercado, se ven los primeros elementos configurantes de una relación laboral, tal y como afirma Guillermo

⁴ SANGUINETI RAYMOND, W. (1996). *El Derecho del Trabajo como categoría histórica*. En: *Ius et Veritas*, 7(12), pág. 143. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15544>, consultado el 13 de enero de 2020.

⁵ BOZA PRO, G. *Op. Cit.*, pág. 15.

Boza: “a) un trabajador; b) una empresa; c) un empleador; d) y hasta las primeras organizaciones de trabajadores y empleadores”⁶.

1.1.2 *Época Industrial*

En esta época el trabajo asalariado se convierte en una práctica generalizada, desarrollada en el marco de una nueva economía capitalista que buscaba una mayor producción y que requería de una cantidad mayor de mano de obra que labore en las grandes unidades productivas que se empezaban a gestar en las nacientes grandes ciudades.

Entonces, surge propiamente el Derecho del Trabajo como rama autónoma de la Ciencia del Derecho, claramente diferenciada del Derecho Civil, que hasta ese momento era el que regulaba las prestaciones surgidas durante la época anterior.

El proceso de industrialización de la sociedad europea tiene su inicio con la emisión del Edicto de Turgot en el año 1776, en Francia, que abolió el sistema de corporaciones junto con los privilegios que gozaban y estableció los principios de libertad de contratación, libertad para comerciar y libertad de trabajo. La abolición del sistema corporativo marcó un antes y un después en la sociedad europea, ya que, como afirma Sanguinetti, este “se constituía en un rígido sistema de control de la producción y la fuerza de trabajo que resultaba un obstáculo para la creación de nuevas empresas y la contratación de los trabajadores que estas requerían”⁷.

Posteriormente, con la emisión de la Ley *Le Chapelier* de 1791, se abolió definitivamente el sistema de corporaciones, “prohibiendo las asociaciones de patronos y obreros porque el maquinismo necesitaba de hombres iguales ante la ley y con autonomía de voluntad absoluta para poder negociar un contrato de trabajo con el dueño de la empresa”⁸, estableciéndose cuatro facultades o libertades: a) libertad de poder establecer una empresa en cualquier parte del territorio francés, b) libertad de acceso al trabajo, c) libertad de elección de los procedimientos técnicos para desarrollar el trabajo, d) libertad de contratación, en la que quedaba a la discrecionalidad de las partes el establecer las condiciones de trabajo⁹.

Este escenario de autonomía para trabajar se ve reforzado con la emisión del Código Civil Francés de 1804 o llamado también el “Código Napoleónico”, que incorporó los principios de la Ley *Le Chapelier* y consagró de manera absoluta el principio de autonomía de la voluntad en las relaciones de trabajo, estableciendo apenas dos artículos a las relaciones

⁶ *Ibidem*, pág. 16-17.

⁷ SANGUINETI RAYMOND, W. *Op. Cit.*, pág. 148.

⁸ MACHICADO, J. (2010). *Historia del Derecho del Trabajo*. Bolivia: Universidad San Francisco Xavier, pág. 7.

⁹ GRISOLÍA, J. A. *Op. Cit.*, pág. 25.

laborales: el artículo 1780° que prohibía la contratación del trabajador por tiempo determinado, y el artículo 1781° que daba prevalencia a las afirmaciones dadas por el empleador en caso de una controversia con el trabajador.

De esta forma, se llegó a establecer el liberalismo económico y jurídico como ideología política imperante, iniciándose una etapa de abusos por parte de los empleadores, con condiciones de trabajo inhumanas e incluso se permitió la contratación de mujeres y niños para laborar en las unidades productivas. Algunas de las manifestaciones del abuso del que eran parte los trabajadores en su jornada de trabajo eran: a) largas jornadas laborales, de hasta dieciséis horas diarias, b) escasa retribución, la cual no se correspondía con la labor desarrollada, c) inexistencia del día de descanso semanal, d) lugares de trabajo totalmente inseguros e insalubres, que traían como consecuencia enfermedades, mutilaciones hasta muertes de los trabajadores, lo cual se agravó con la utilización de maquinarias en el proceso productivo.

Es por ello que, tal y como afirma Grisolia:

Se puede afirmar que hacia fines del siglo XVIII y comienzos del XIX la situación de los trabajadores fue peor que en cualquiera de las épocas anteriores, ya que prácticamente se habían transformado en una nueva expresión social de la esclavitud¹⁰.

El contrato de trabajo se convirtió en una especie de contrato de arrendamiento de servicios, ya que el empleador era quien fijaba las condiciones y el trabajador, debido a su situación de necesidad, no tenía capacidad de negociar condiciones algunas. Sanguinetti afirma que “la mercancía arrendada no era la persona, libre e igual ante sus semejantes, sino sólo su energía o esfuerzo personal”¹¹.

El estado de necesidad en el que se encontraba la clase obrera y la supremacía que acumulaban cada vez más los empleadores hicieron que este contrato de arrendamiento de servicios se convirtiera en una especie de contrato por adhesión¹², en el cual el empleador fijaba las condiciones a su beneficio y el trabajador sólo se limitaba a aceptarlas, pues no poseía poder suficiente para negociar las condiciones laborales que se le ofrecían. La deplorable situación de explotación en la que se vio sumida la clase obrera conllevó que muchos de ellos empezaran a cuestionar las condiciones de trabajo impuestas por los empleadores, quienes cada vez más se enriquecían a costa de la disminución de los beneficios de sus obreros.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 24.

¹¹ SANGUINETI RAYMOND, W. *Op. Cit.*, pág. 148.

¹² *Ídem*.

Si bien es cierto que los trabajadores se encontraban prohibidos de realizar algún tipo de manifestaciones por la mejora de sus derechos, igualmente se organizaron incipientemente en las llamadas “sociedades de socorro mutuo”¹³, cuyo objetivo principal era el tratar de poner fin a la hegemonía del empleador mediante la búsqueda de una negociación colectiva que permita negociar las condiciones en las que laboraban y exigir la mejora de las mismas.

Así, la falta de poder de negociación individual de cada trabajador será sustituida por la búsqueda de una negociación colectiva, la cual generaba mayor presión en el empleador por estar involucrados un mayor número de trabajadores.

Al respecto, Sanguinetti afirma que:

Es la irrupción de los fenómenos de organización colectiva protagonizados por los trabajadores la que lleva a cabo la primera ruptura del modelo liberal de regulación de las relaciones de trabajo e impone la primera restricción a la autonomía de la voluntad en este ámbito¹⁴.

De este modo, la organización conjunta de los trabajadores para la obtención de mejoras en sus condiciones de trabajo da origen a los inicios del Derecho Sindical, el que se encargará de promover, a través de convenios colectivos, beneficios para el trabajador; siendo esta búsqueda de negociación colectiva uno de los hechos que dio origen al Derecho del Trabajo¹⁵.

Otro de los elementos que dio nacimiento al Derecho del Trabajo fue la intervención del Estado frente a los reclamos de los trabajadores, frenando así la autonomía absoluta de la que gozaban estos últimos para imponer sus condiciones de trabajo.

Justamente, la paupérrima situación de los obreros mencionada líneas arriba fue definida como “cuestión social”. Los intentos por solucionar la cuestión social fueron muy variados y provinieron de distintos ámbitos, pero siempre buscando que el capitalismo deje los valores económicos que enaltecía y se logre una “humanización” del mismo, partiendo siempre de la protección del trabajador u obrero por ser la parte débil de la relación contractual.

A medida que la cuestión social se convertía en un problema de dimensiones mayores, el Estado se vio en la necesidad de ingresar a la relación laboral y poner un freno a la autonomía absoluta de la que gozaban los empresarios para regular sus unidades productivas.

Entonces, el Estado empezó a emitir normas en materia laboral con el fin de tratar de acabar con los abusos de los empresarios y reconociendo a los obreros como la parte débil de

¹³ *Ibídem*, pág. 7.

¹⁴ *Ídem*.

¹⁵ *Ibídem*, pág. 8.

la relación jurídico-laboral, iniciando así un fenómeno de intervención estatal que se desarrolló a lo largo de todo el continente europeo, pero siempre teniendo en común la protección del obrero. Se empezó con la población más vulnerable: los niños y las mujeres que laboraban en las grandes unidades productivas; siguiendo con el establecimiento de las condiciones mínimas que debía seguir todo empleador: descanso semanal, jornadas de trabajo, retribución justa, etc. Posteriormente, se emitieron normas que obligaron a los empleadores a establecer mecanismos de prevención de accidentes en el trabajo, como por ejemplo en los años 1889 y 1890 en Alemania mediante la contratación de seguros obligatorios para enfermedades, muertes u otros accidentes surgidos de los siniestros laborales¹⁶.

Tal y como afirma Sanguinetti, “el rasgo esencial de la legislación laboral fue conformar una regulación inderogable de las condiciones de trabajo, sustitutiva de la autonomía individual de los sujetos de la relación laboral”¹⁷. Así, el hecho de que el Estado pase a ser un actor más activo dentro de la relación laboral supuso un límite al principio de la autonomía de la libertad consagrado por el liberalismo y también una “humanización” del capitalismo.

Las primeras normas de protección a los obreros datan de inicios del siglo XIX, como por ejemplo la *Factory Act* inglesa emitida en 1802, también conocida como la *Health and Morals of Apprentices Act*, que estableció la prohibición de trabajo para menores de nueve años, una jornada de máximo ocho horas para menores de nueve a trece años, entre otras importantes normas sobre jornadas de trabajo. Asimismo, la *Factory Act* de 1833 estableció que la jornada de trabajo no debía ser mayor de doce horas diarias, además de prohibir el trabajo nocturno para los niños.

A partir de este momento podemos hablar claramente de un surgimiento del Derecho del Trabajo como rama autónoma del Derecho, pues las relaciones que regulaba poseían unas características propias distintas a la del Derecho Civil, que era la rama del Derecho que hasta ese momento reglamentaban las relaciones laborales. Se puede notar entonces que el Derecho del Trabajo aparece para normar la relación asimétrica que se da entre el trabajador y el empleador, y cuyas disposiciones buscan proteger al trabajador; siendo entonces su función principal la protección de este último al ser la parte débil de la relación laboral, manteniéndose esta función a lo largo del tiempo.

En consecuencia, con el reconocimiento del Derecho del Trabajo se pudieron crear mecanismos distintos a los regulados en la contratación civil para enmarcar las relaciones de

¹⁶ GRISOLÍA, J.A. *Op. Cit.* pág. 25.

¹⁷ SANGUINETI RAYMOND, W. *Op. cit.*, págs. 150-151.

trabajo, siendo el contrato de trabajo el primer ejemplo de ello, ya que este va a distar mucho de los contratos de arrendamiento civiles, respetándose las condiciones mínimas que aseguraban el respeto a la dignidad y la integridad del trabajador; incorporándose también los derechos de los trabajadores a los mecanismos de negociación colectiva y a la huelga como medio de protesta por mejoras en sus condiciones, abriendo paso a la autonomía colectiva como fuente del Derecho del Trabajo.

Para concluir esta etapa, y citando a Sanguinetti, se puede afirmar que “la integración del conflicto laboral como fin último y la introducción de mecanismos equilibradores como instrumento imprescindible para su consecución son, de este modo, los dos elementos cuya conjunción da plena cuenta de la funcionalidad del Derecho del Trabajo”¹⁸.

1.1.3 Reconocimiento del Derecho del Trabajo como Derecho Fundamental

Una vez reconocido el Derecho del Trabajo como la rama encargada de regular las relaciones entre el empleador y el trabajador en el marco de una relación contractual entre ambos y siendo el Estado el encargado de velar prioritariamente por el trabajador, esta entró a un proceso de constitucionalización para reconocer su carácter de Derecho Fundamental debido a todas las implicancias que tiene.

El proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo empezó en el primer cuarto del siglo XX, después de la Primera Guerra Mundial, cuando se reconoció la categoría de Estado Social de Derecho¹⁹ frente al Estado liberal. Esto trajo consigo la incorporación en los ordenamientos jurídicos de “valores, principios constitucionales y derechos socioeconómicos, a la par que la Constitución se legitima como norma democrática suprema con carácter vinculante para los ciudadanos y los poderes públicos, en la medida que tienen el deber de cumplirla y defenderla”²⁰.

El principal postulado del Estado Social de Derecho es que la persona pueda desarrollarse plenamente en la sociedad, consagrando la dignidad humana como la base de todo el modelo constitucional; por ello, los Derechos Fundamentales se convirtieron en el medio para proteger la dignidad y la libertad frente a cualquier vulneración por parte de otra persona

¹⁸ *Ibidem*, pág. 14.

¹⁹ QUÍÑONES INFANTE, S. (2016). *Breve repaso a la evolución histórica del Derecho del Trabajo*. En: IUS ET VERITAS, 24(52), pág. 265. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16384>, consultado el 15 de enero de 2020.

²⁰ LANDA ARROYO, C. (2014). *El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora*. En: THEMIS Revista de Derecho (65), pág. 220. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870>, consultado el 15 de enero del 2020.

o del Estado mismo, permitiendo el pleno desarrollo de la persona en sociedad, irradiando todo el ordenamiento jurídico y a los ciudadanos en general.

La primera constitución en recoger en su articulado derechos de índole laboral fue la Constitución de Querétaro de 1917, en México. Esta se convirtió en el modelo para muchas constituciones que le siguieron, pues no sólo recogió derechos laborales sino también derechos sociales, estableciendo el modelo de Estado Social de Derecho. Esta Constitución, en su artículo 123° recogió una amplia gama de derechos laborales, tales como la jornada laboral de ocho horas diarias, el establecimiento de descansos semanales, la libertad sindical de los trabajadores, la agremiación de los empresarios para defender sus intereses, el derecho a huelga, salario mínimo, entre otros.

Tomando como ejemplo esta, las principales constituciones alrededor del mundo incorporaron derechos sociales en su ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en 1919 se promulgó la Constitución Alemana de Weimar, “la cual proporcionó el modelo constitucional social para los textos europeos y americanos de la primera postguerra, en el que los derechos laborales al trabajo y a la libertad sindical ocuparon un importante rol”²¹.

Por esta razón, coincido con Boza cuando afirma que:

La constitucionalización del Derecho del Trabajo posee consecuencias relevantes para el ordenamiento jurídico. En efecto; la elevación de los derechos laborales al texto de la constitución denota: (i) la alta valoración de los intereses tutelados por el Derecho del Trabajo, (ii) su intangibilidad por las normas legislativas, (iii) la consideración de ciertos derechos laborales como derechos fundamentales; y, finalmente, (iv) desde una perspectiva funcional, tales derechos constitucionalizados operan como límite a las tendencias desreguladoras²².

Posteriormente al proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo, este entra a un nuevo proceso llamado “Internacionalización del Derecho del Trabajo”, mediante el cual se incorporaron los derechos laborales en los tratados internacionales que versaban sobre Derechos Humanos, consolidándose mucho más.

De esta manera, después de la Primera Guerra Mundial, el Tratado de Paz de Versalles de 1918 dispuso la creación de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), considerando que:

²¹ QUIÑONES INFANTE, S. *Op. Cit.*, pág. 265.

²² BOZA PRO, G. *Op. Cit.*, pág. 20.

La paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social; considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales²³.

La principal característica de la OIT es su particular forma de organización, la cual ha sido llamada tripartismo, pues en todos sus órganos internos participan representantes de los estados miembros, representantes de los trabajadores de cada estado miembro y representantes de los empleadores de cada estado miembro. La producción normativa de la OIT se divide en dos: las Recomendaciones y los Convenios Internacionales; siendo ambos importantes a nivel normativo pues obligan a los estados miembros a respetar las condiciones mínimas para el desarrollo del trabajo, así como también la obligación de supervisar el cumplimiento de la normativa en materia laboral.

En suma, tanto el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo como la internacionalización del mismo permiten una mayor promoción y cumplimiento de los derechos de los trabajadores a escala global, protegiendo a mayores sectores de trabajadores y estableciendo mejoras en las condiciones laborales.

1.1.4 Etapa Post-Industrial

A partir de la década de 1970, un sector de juristas empezó a criticar duramente al Derecho del Trabajo argumentando que este no lograba adaptarse a los cambios surgidos en la sociedad y la economía, además que se le acusaba de ser sobreprotector con el trabajador y encarecer el contrato de trabajo²⁴.

Los principales cuestionamientos que surgieron hacia el Derecho del Trabajo fueron dirigidos a sus clásicas estructuras normativas y a su función protectora, planteando que este no había evolucionado y que, por lo tanto, no lograba adaptarse a las nuevas exigencias del mercado; imposibilitando la solución de los problemas traídos por la recesión económica y el desempleo.

Sin embargo; es de reconocer que, a lo largo de su evolución, el Derecho del Trabajo siempre ha recibido influencia de la economía y del comportamiento del mercado y ha logrado adaptarse a estos, siendo incluso unos de los principales motivos para su aparición y existencia a lo largo del tiempo. Por ello, tal y como afirma Sanguinetti:

²³ SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo (1919). Ver en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907.

²⁴ BOZA PRO, G. *Op. Cit.*, pág. 22.

Se debe reconocer que, de su permanente confrontación con las exigencias de la economía, el Derecho del Trabajo ha recibido a lo largo de las últimas décadas influencias notorias, que introducen componentes nuevos en su conformación, esencialmente al objeto de hacerla más sensible a una realidad cada vez menos uniforme y estable, y aun mayor protagonismo de la autonomía colectiva e individual²⁵.

Es así que, a pesar de los cuestionamientos surgidos, el Derecho del Trabajo se fue modificando, y algunos de los hechos que dieron paso este proceso fueron: a) el triunfo del neoliberalismo; b) la transformación del trabajo, que migró de las grandes industrias al sector de servicios; c) el retroceso del Estado nuevamente al abstencionismo en las relaciones laborales; d) las innovaciones tecnológicas que hicieron inútiles ciertos tipos de trabajo; e) la descentralización productiva, que selló la desaparición de grandes industrias²⁶.

Surge entonces el concepto de “flexibilidad laboral”, el cual logró que se realice una revisión de todo el ordenamiento laboral con la intención de cambiar ciertas formas laborales clásicas para que puedan adaptarse a las nuevas formas de organización empresarial; convirtiendo este ordenamiento en uno mucho más flexible que logre enfrentar hechos como la creciente internacionalización de la economía a escala global, entre otros.

Algunos juristas afirman que la influencia de las corrientes flexibilizadoras en el Derecho Laboral es profunda, y que incluso buscan beneficiar solo al empleador debido a una supuesta “reducción de los derechos de los trabajadores”, preguntándose si el Derecho del Trabajo se encuentra en crisis o estamos ante una extinción del mismo.

Sin embargo, tales planteamientos no concuerdan con la realidad; pues, pese a la transformación de algunos de elementos más clásicos del Derecho del Trabajo, este no parece haber modificado o extinguido su función histórica: la de protección al trabajador como parte débil de la relación jurídico-laboral; reconociéndose aún la relación asimétrica entre empleador y trabajador que dio origen al Derecho del Trabajo y que se seguirá presentando mientras subsista el trabajo asalariado y la sociedad.

1.2 El Derecho del Trabajo en el Ordenamiento Peruano

La evolución histórica del Derecho del Trabajo en el Perú difiere respecto a las categorías históricas vistas anteriormente; pues estas se desarrollaron principalmente en Europa del siglo XVIII hasta el siglo XX y estuvieron marcadas por un proceso de industrialización y de revoluciones importantes que cambiaron radicalmente la sociedad europea de dichas épocas.

²⁵ SANGUINETI RAYMOND, W. *Op. Cit.*, pág. 156.

²⁶ BOZA PRO, G. *Op. Cit.*, pág. 22.

Sin embargo, en Latinoamérica, los primeros cambios sociales se presentaron varios años después, instaurando el modelo de Estado Social de Derecho recién en el siglo XX, surgiendo desde ese entonces un reconocimiento del Derecho del Trabajo como tal en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos.

La primera constitución republicana del Perú fue la Constitución de 1823, promulgada durante el primer periodo de la República militar. En esta, se estableció la constitucionalización de la libertad de trabajo, con el fin de terminar los privilegios hereditarios y demás restricciones²⁷. Sin embargo, esta constitucionalización no se reflejó en la realidad, ya que muchos obreros aún trabajaban en condiciones casi esclavistas, como por ejemplo el trabajo desarrollado en condiciones paupérrimas e insalubres de los chinos *coolíes* traídos especialmente para laborar durante el auge de la extracción del guano entre los años 1840 y 1879.

Recién en el siglo XX el Estado peruano intervino en las relaciones laborales, actuando legislativamente frente a los abusos que venían recibiendo los obreros en todo el territorio nacional. Este hecho se dio debido a la alta tasa de mortalidad por accidentes de trabajo. Así, siguiendo el ejemplo de la Ley de Trabajo Española de 1900, los legisladores peruanos aprobaron en 1911 la Ley sobre Responsabilidad del Empleador por los Accidentes de Trabajo²⁸.

Posteriormente, se dio un paso mayor en la protección a los trabajadores con la promulgación de la Constitución de 1920, la cual es la primera constitución peruana en contener disposiciones laborales, las que se encontraban en el Título IV denominado “Garantías Sociales”.

El artículo 47° de la Constitución de 1920 señalaba lo siguiente:

El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías de la vida, de la salud y de la higiene. La ley fijará las condiciones máximas del trabajo y los salarios mínimos, en relación con la edad, el sexo, la naturaleza de las labores y las condiciones y necesidades de las diversas regiones del país. Es obligatoria la indemnización por los accidentes de trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes dictaminen²⁹.

²⁷ CHIPOCO CÁCEDA, C. (1981). *La Constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*. Tesis para obtener el grado académico de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, 1981, pág. 25.

²⁸ BOZA PRO, G. *Op. Cit.*, pág. 24.

²⁹ PERÚ. ASAMBLEA NACIONAL. Constitución para la República del Perú (18 de enero de 1920). Lima, 1920.

De esta manera, concuerdo con lo afirmado por Chipoco, quien manifiesta que:

El contexto en el que se promulga esta Constitución está directamente ligado a las transformaciones sociales y fundamentalmente a la constitución del proletariado peruano, así como a su posterior capacidad de organización sindical y lucha huelguística, elementos que determinaron el reconocimiento de la situación de los trabajadores³⁰.

Más adelante, en la Constitución de 1933 se reconocieron también derechos laborales, pero de manera tenue. Estos derechos se encontraban ubicados en el título de las “Garantías Constitucionales”, específicamente en el primer capítulo llamado “Garantías Nacionales y Sociales”. En esta constitución se encuentran los derechos laborales reconocidos en la Constitución de 1920, pero también se adicionaron otros como el derecho a la indemnización por tiempo de servicios, el derecho a la participación en las utilidades y a la participación en el Consejo de Economía Nacional³¹.

Asimismo, en esta Constitución se reconoce en el artículo 45° el derecho de los trabajadores a ser partícipes de los beneficios de la empresa, siendo obligación del Estado fomentar la participación de los trabajadores en estos beneficios que recibe la empresa. Este reconocimiento tiene como origen la Constitución Alemana de Weimar.

La Carta Magna de 1979 recogió los principios, derechos e instituciones surgidas en el Derecho Constitucional contemporáneo³², pues reúne derechos y libertades, derechos sociales, el régimen económico, entre otros rasgos que hacen de esta Constitución una de las más completas a lo largo de nuestra historia, ya que se convirtió el primer texto constitucional peruano que introdujo una declaración de derechos y libertades, adoptando el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho y definiendo al Perú como una república democrática y social, independiente y soberana basada en el trabajo³³, reconociendo y colocando al trabajo como un factor primordial en nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el trabajo ingresa a nuestro ordenamiento jurídico de forma plena, adjudicándosele por primera vez un capítulo entero a los derechos laborales, pero también se les reconoce en el preámbulo y en varios artículos a lo largo de la Constitución.

³⁰ CHIPOCO CÁCEDA, C. *Op. Cit.*, pág. 73.

³¹ *Ibídem*, pág. 86.

³² HAKANSSON NIETO, C. (2019). *Curso de Derecho Constitucional*. 3° Edición. Lima: Palestra Editores. pág. 107.

³³ PERÚ. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política del Perú (12 de julio de 1979). Lima, 1979. “Artículo 79°. - El Perú es una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado”.

El capítulo V de la Constitución de 1979 contiene las disposiciones relativas al trabajo, ubicándose dentro del Título I “Sobre los Derechos y Deberes Fundamentales de la persona”, elevando los derechos laborales a la condición de Derechos Fundamentales, susceptibles de total protección por parte del Estado y de los terceros.

El artículo 42° reconoce que el trabajo es:

Un derecho y un deber social, correspondiendo al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminan la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los proteja contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones³⁴.

Por esta razón, la Constitución de 1979 consagró en su cuerpo normativo derechos laborales como la remuneración mínima vital, la jornada de ocho horas diarias, los derechos sindicales de asociación, huelga y negociación colectiva, la especial protección a la madre trabajadora, la obligación del Estado de dictar medidas sobre la seguridad y salud en el trabajo, la irrenunciabilidad de los derechos laborales y el principio “*in dubio pro operario*”, la participación en las utilidades de la empresa, entre otros derechos.

Finalmente, en el año 1993, durante el gobierno del ingeniero Alberto Fujimori se promulgó una nueva Constitución, para lo cual se revisó el texto constitucional de 1979 y se reformó este en algunos puntos, como la unicameralidad del parlamento y el paso a una tendencia neoliberal en el régimen económico³⁵.

Justamente, esta tendencia neoliberal sirvió como sustento para que el legislador “reduzca” algunos derechos laborales ya reconocidos plenamente en la Constitución de 1979, tomando también como influencia el modelo de flexibilización laboral que regía en el país en la década de 1990, el que se consolidó luego de la ruptura constitucional generada por el autogolpe de estado del año 1992. Esta reforma fue tan drástica que abarcó todos los sectores de nuestra sociedad, incluso las instituciones laborales y de seguridad social.

³⁴ *Ibídem*, artículo 42°.

“Artículo 42°. - El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la República la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones. En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad. El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de protección por el Estado, sin disminución alguna y dentro de un régimen de igualdad de trato. La ley señala la proporción preferente que corresponde a los trabajadores nacionales tanto en el número como en el monto total de remuneraciones de la empresa, según el caso”.

³⁵ HAKANSSON NIETO, C. *Op. Cit.*, pág. 108.

Sin embargo, esta tendencia “desreguladora” por parte del constituyente peruano respecto a los derechos laborales no hizo que desapareciera la protección al trabajador, sino que la situación generada por la Constitución de 1993 fue corregida mediante la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional en varios de sus pronunciamientos. Por ello, tal y como afirma Sanguinetti, “el Tribunal Constitucional ha recompuesto el ordenamiento laboral peruano desde sus bases constitucionales, restableciendo por la vía interpretativa los niveles de tutela en varios derechos laborales que habían sido recortados por la legislación”³⁶, respetando de este modo los derechos fundamentales y la dignidad de los trabajadores peruanos.

1.3 Transformación, flexibilización y nuevas figuras laborales

Si bien es cierto que, el Derecho del Trabajo ha ido evolucionando de modo que ahora es protegido como un Derecho Fundamental reconocido constitucional e internacionalmente; desde la década de los ochenta y noventa, las corrientes flexibilizadoras y las nuevas tendencias neoliberales en la economía han generado un cuestionamiento a las estructuras clásicas del Derecho del Trabajo, culpándolo incluso por la crisis que se vivió.

Ciertamente, uno de los principales cuestionamientos fue la utilización por mucho tiempo del sistema llamado “taylorista”, el que propugnaba una planificación ordenada para lograr un aumento de la productividad de la industria, un mayor rendimiento de la misma y un sistema producción en serie. Uno de los ejemplos más resaltantes de la aplicación de este esquema científico a las industrias fue el de Henry Ford, quien introdujo la “producción en cadena”, asignando a cada trabajador una labor específica que, en conjunto, forman el producto final. De este modo, lo que se desplaza es el bien, no los trabajadores, reduciendo los tiempos de producción.

Esta concepción científica del trabajo hizo que los dos elementos principales de la relación laboral adquieran elementos que los caracterizaron perfectamente: los empleadores adquirieron el control total del trabajo y del trabajador; y este último se configuró como un obrero que seguía unas reglas científicas destinadas a optimizar su rendimiento y, por lo tanto, la producción.

Sin embargo, con el surgimiento del Derecho del Trabajo como rama autónoma de la Ciencia del Derecho, este sistema taylorista - fordista empezó a ser limitado por las primeras acciones de intervención estatal en pro de los derechos de los trabajadores que laboraban en las grandes industrias.

³⁶ SANGUINETI RAYMOND, W. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 41.

Este sistema de producción en serie se mantuvo por mucho tiempo, con el empleador a la cabeza de la pirámide productiva y con una mecanización de todo el ciclo productivo. Sin embargo, a partir de la década de 1980, se empezaron a cuestionar las clásicas estructuras del Derecho del Trabajo y también al sistema de producción taylorista – fordista, acusando a ambos de ser demasiado rígidos y no poder adaptarse a las nuevas necesidades empresariales.

Por ello surgen las nuevas corrientes “flexibilizadoras”, que defienden la necesidad de cambiar las estructuras del Derecho del Trabajo para poder dar paso a nuevas formas laborales que permitan una mayor rentabilidad al empleador y que se puedan adecuar a los cambios vertiginosos que se han suscitado en nuestra sociedad en las últimas décadas, como la aparición de mercados globales, el mayor uso de tecnologías de la información y la saturación de algunos mercados.

De este modo, y de acuerdo con Arce:

El nuevo paradigma económico global, construido sobre la base de las nuevas tecnologías de la información, rompe con el pasado en el que abundaban las economías sectorizadas y crea mercados libres y abiertos a la competencia. Y es, precisamente, esa ruptura con el pasado la que resalta su lógica de fenómeno estructural³⁷.

En consecuencia, las corrientes flexibilizadoras, la globalización, el uso de nuevas tecnologías de la información y los cambios tecnológicos han sido algunos de los factores que, desde la década de 1990, han motivado una revisión de todo el ordenamiento laboral para que este pueda adaptarse a las nuevas formas de organización empresarial, quitándole ese rasgo de “rigidez” tan criticado y dando paso a una nueva regulación, pero sin perder de vista la clásica función protectora del Derecho del Trabajo.

Este cambio dio paso a nuevas estructuras laborales, cuya característica principal es la posibilidad de adaptarse a los cambios que surgen en la economía global. Se presenta entonces una modificación del paradigma organizacional en el cual surge el “adelgazamiento” empresarial como respuesta a las cambiantes necesidades de las corporaciones³⁸.

Uno de las nuevas formas de organizar la actividad empresarial es la descentralización productiva, la cual se constituye como una forma de organización empresarial en la cual una empresa fragmenta su proceso productivo, desprendiéndose de una parte del mismo y encargando su realización a otra empresa especializada en ese tipo de labores.

³⁷ ARCE ORTIZ, E. (2013). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. 2º Edición. Lima: Palestra Editores. pág. 49.

³⁸ PUNTRIANO ROSAS, C. (2015). *La Extinción De La Relación Laboral Y La Subcontratación*. En: Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. 1º Edición. Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L. pág. 643.

Este proceso cobra relevancia en el ámbito jurídico laboral por el nacimiento de nuevas formas de trabajo que se adaptan a este tipo de nuevas relaciones interempresariales, las cuales instrumentalizan las relaciones de coordinación y cooperación entre las empresas que participan en el proceso de descentralización productiva³⁹, dotándolas del carácter legal necesario.

En nuestro país, se reconocen dos nuevas formas organizativas surgidas del proceso de descentralización productiva, las mismas que ya han sido reguladas por nuestro ordenamiento jurídico: la intermediación y la tercerización laboral.



³⁹ MEJIA MADRID, R. (2014). *El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva*. En: THEMIS-Revista De Derecho (65). pág. 98. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10852>, consultado el 17 de enero 2020.



Capítulo 2

El fenómeno de la Descentralización Productiva

En el capítulo anterior, hemos podido apreciar la evolución del Derecho del Trabajo, afectado siempre por el desarrollo del mercado y de la sociedad. Esta disciplina jurídica sufrió desde los años 70 una serie de críticas que llevaron al cuestionamiento de las tradicionales figuras laborales y la posterior creación de nuevas estructuras que permitieron una mejor adaptación a las nuevas formas de organización empresarial surgidas de un nuevo paradigma global marcado por una sociedad y un mercado globalizado, así como también por un mayor uso de las tecnologías de la información.

En este contexto surge el fenómeno de la descentralización productiva, marcando un punto aparte respecto al modelo de producción que se venía desarrollando desde el surgimiento del Derecho del Trabajo: el modelo taylorista – fordista.

De este modo, la incidencia de la descentralización productiva en el ámbito jurídico se ve reflejada en el cambio de las clásicas definiciones y sujetos participantes de la relación laboral hacia nuevas formas no vistas hasta ese entonces; por lo que el Derecho del Trabajo tuvo que adaptarse para seguir cumpliendo con su función protectora.

2.1 Definición de Descentralización Productiva

La descentralización productiva constituye la nueva pauta en la organización empresarial. Actualmente, las compañías buscan un sistema que tenga una mayor flexibilidad y adaptabilidad en relación a los cambios que se dan en nuestra sociedad; por lo que se observa una mayor utilización de este fenómeno nacido en la década de los 90.

Valdes Dal – Ré define a la descentralización productiva como “la forma de organizar el proceso de elaboración de bienes y de prestación de servicios mediante el recurso a la contratación de proveedores y suministradores externos para la ejecución de ciertas fases o actividades”⁴⁰.

Del mismo modo, Mejía afirma que:

La descentralización productiva es una forma de organización por la cual una empresa fragmenta su proceso de producción de bienes o servicios y delega a un tercero – o varios – la ejecución de una parte – o varias – de dicho proceso, estableciendo relaciones de coordinación. Ello permite que la empresa principal pueda concentrar sus esfuerzos en aquella etapa de su proceso productivo que considera nuclear, delegando el resto a

⁴⁰ VALDES DAL – RÉ, F. (2001). *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*. En: Relaciones del Trabajo: Revista crítica de teoría y práctica, (2), pág. 49.

otras empresas que puedan lograr un mayor grado de especialización y aprovechar economías de escala⁴¹.

Por otra parte, Cruz define este fenómeno como:

Una forma de organización del proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios para el mercado final de consumo, en virtud del cual una empresa 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, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diverso tipo⁴².

La Corte Suprema de la República señala que:

La descentralización productiva constituye un fenómeno en virtud del cual las empresas se alejan de la forma tradicional que concentraba toda la actividad productiva en una sola entidad; esto es, con el fin de adaptarse a las variaciones en el mercado, el cual ingresó en un contexto de inestabilidad y competencia que hicieron necesaria la aparición de nuevas formas de fragmentación de los procesos productivos, desplazando ciertas áreas o actividades que usualmente realizaban con el objeto que fuesen desarrolladas por otras empresas con las que suscribían contratos de cooperación de diverso tipo⁴³.

Ugaz afirma que:

El fenómeno de la descentralización productiva tiene como principal premisa el abandono de la empresa tradicional que concentraba toda la actividad productiva en una sola entidad. En efecto, el modelo centralizado de la empresa basado en el control directo y activo de todo el ciclo productivo, requirió adaptarse a un contexto de mercado cada vez más inestable y competitivo que produjo la adopción de nuevas formas de organización orientadas a la segmentación de los procesos productivos y a la búsqueda de colaboradores independientes⁴⁴.

De este modo, se puede apreciar la existencia de elementos comunes en todas las definiciones anteriores y que constituyen las principales características de la descentralización

⁴¹ MEJÍA MADRID, R. *Op. Cit.* pág., 98.

⁴² CRUZ VILLALÓN, J. (1994). *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social, (13), pág. 8-9.

⁴³ Fundamento quinto de la Casación Laboral N° 10691-2017- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de abril del 2018.

⁴⁴ UGAZ OLIVARES, M. (2010). *El régimen de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú*. En: Foro Jurídico, (10), pág. 271. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18563>, consultado el 20 de enero 2020.

productiva: la presencia de dos o más empresas, fragmentación del ciclo productivo de una de ellas, desplazamiento de actividades productivas y relaciones de coordinación y cooperación interempresariales.

Teniendo en cuenta las definiciones anteriores, así como los elementos característicos nombrados, se puede esbozar una definición propia de la descentralización productiva: una nueva forma de organización empresarial en la cual una empresa fragmenta su ciclo productivo, desprendiéndose de una parte del mismo y encargando su realización a otra empresa especializada en ese tipo de labores, estableciendo relaciones de coordinación y cooperación entre ambas.

Esta nueva forma de organización empresarial llegó a suplir al clásico sistema de producción en serie, en el que se tenía una regulación clara y delimitada ya que estaban plenamente identificadas las partes intervinientes en el contrato laboral.

Sin embargo, con la llegada de la descentralización productiva se afectó tanto al sistema de producción conocido hasta ese entonces, como a la regulación clásica del Derecho del Trabajo, pudiendo observar la deconstrucción de los tipos sociales manejados por el ya secular ordenamiento laboral como prototipos normativos de los sujetos de las relaciones jurídicas laborales⁴⁵, surgiendo nuevos supuestos organizativos.

Por ello, el Derecho del Trabajo tuvo que adaptarse a estos novedosos sucesos para poder continuar con su principal función: proteger a la parte más débil de la relación laboral.

2.2 Descentralización Laboral

El clásico sistema empresarial, cuyas instalaciones eran el centro de producción y que tenían una estructura piramidal en cuya cúspide se encontraba el empleador se encuentra en “crisis”. La discontinuación del uso del sistema taylorista–fordista trajo consigo un nuevo paradigma organizacional en las empresas de nuestra época, las cuales deben adaptarse cada vez más a un mercado global y especializado.

Así, concuerdo con lo que afirma Arce, quien sostiene que:

La globalización de la economía, la generalización de los mercados flexibles, los procesos de descentralización productiva, el desarrollo de la competencia en mercados saturados por ofertas diversas de productos o la incursión de un nuevo paradigma tecnológico basado en la información son algunos de los cambios estructurales que vienen transformando la realidad contemporánea⁴⁶.

⁴⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F. *Op. Cit.*, pág. 53.

⁴⁶ ARCE ORTIZ, E. *Op. Cit.*, pág. 109

Puede afirmarse entonces que la descentralización obedece, fundamentalmente, a causas económicas, tecnológicas y organizativas, las cuales requieren que la organización se encuentre a tono con la competitividad laboral generada por la globalización económica poseyendo la elasticidad necesaria para enfrentarse a un mundo de constantes cambios; situación que requiere una adaptación tecnológica para cumplir con los pedidos de producción y que tienen en las medianas y pequeñas empresas al paradigma de agilidad ante los mencionados cambios⁴⁷.

De esta manera, la descentralización productiva ha mermado también en las estructuras del Derecho del Trabajo, las cuales ya no se mantienen ajenas a este fenómeno de índole global; sino que, al contrario, busca cada vez más que los trabajadores inmersos en este nuevo sistema puedan estar protegidos legalmente.

Una de las consecuencias más importantes de la descentralización productiva en el ámbito laboral es la no identificación clara de las partes de la relación laboral. La figura del empleador es una de las que más sufre esta consecuencia, ya que en un centro de trabajo en el cual se aplica la descentralización productiva confluyen trabajadores de distintas empresas con una estructura diferenciada y con un empleador distinto al empleador de la empresa principal.

Así, la figura del empleador se difumina y se diluye, perdiendo la transparencia que la seguridad jurídica exige, a disolverse en una red de telaraña cuyo efecto social más inmediato no está siendo otro que el de acrecer la posición de fuerza de las empresas ubicadas en el epicentro de la red sobre el mercado de trabajo globalizado⁴⁸.

Todas las transformaciones empresariales han dado paso a nuevas formas de trabajo que el Derecho del Trabajo ha debido regular para seguir cumpliendo su función protectora, creando regímenes jurídicos inexistentes hasta ese entonces en nuestro ordenamiento, adaptando nuestras leyes laborales a los nuevos fenómenos, de manera que los trabajadores inmersos en estos puedan contar con un marco regulatorio claro y protector de sus derechos.

En el Perú, la intervención del Derecho del Trabajo en estas nuevas formas organizativas se remonta a los años 90, en la cual la utilización indiscriminada de estas nuevas figuras laborales con el pretexto de permitir la flexibilización de las relaciones laborales hizo que se precaricen las condiciones de los trabajadores.

⁴⁷ Cfr. PUNTRIANO ROSAS, C. (2013). *Subcontratación: Apuntes Conceptuales Y Balance Legislativo*. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 193.

⁴⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2004). *La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing*. En: IUS ET VERITAS, 14 (28). pág. 148 – 149. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16051>, consultado el 22 de enero 2020.

Ciertamente, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728, emitido el 12 de noviembre de 1991, se establecieron medidas que permitían la flexibilización de las relaciones de trabajo con la finalidad de lograr un aumento en el acceso a un puesto de trabajo por parte de un mayor grupo de ciudadanos que se encontraban en calidad de desempleados. En el Título VI de esta norma se reguló por primera vez la intermediación laboral, promoviendo la creación de empresas de servicios temporales que ayuden a la empresa usuaria en la realización de sus actividades, poniendo como límite de contratación de trabajadores de la empresa intermediadora hasta el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria. Asimismo, se fomentó la creación de empresas de servicios complementarios y la creación de cooperativas de trabajadores para que puedan prestar servicios temporales y complementarios, con el mismo límite indicado anteriormente para las empresas de servicios temporales.

Posteriormente, con la emisión del Decreto Legislativo N° 855 del 04 de octubre de 1996 se aumentó el límite de trabajadores de las empresas intermediadoras en las empresas usuarias, pasando del 20% al 50%. Esto dio paso a un incremento en el uso de esta figura, lo que tuvo como consecuencia la precarización de las relaciones laborales ya que la intermediación estaba siendo usada para disminuir la contratación directa y los derechos laborales de los trabajadores sujetos a esta nueva modalidad.

Lamentablemente, tuvieron que transcurrir varios años para que la intermediación laboral pueda tener una regulación propia que contemple derechos de los trabajadores, responsabilidades de los empleadores, supuestos de desnaturalización, etcétera.

Recién en el año 2002 se promulgó la Ley N° 27626, Ley de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores, y su reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR; cuyo principal objetivo era poder delimitar los supuestos de aplicación de la intermediación laboral.

La normativa específica de la intermediación laboral estableció varias limitaciones a los supuestos que se venían desarrollando en la práctica, lo que motivó en los empresarios una huida hacia una nueva figura laboral también nacida de la descentralización productiva: la tercerización laboral u *outsourcing*⁴⁹.

⁴⁹ Respecto al término “*Outsourcing*”, MORALES CORRALES, P. (2008). *Primacía De La Realidad, Intermediación Laboral Y Tercerización De Servicios; Su Aplicación En El Origen, Desarrollo y Finalización De Las Actuaciones Inspectivas*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, pág. 252, indica que “originalmente este hacía referencia a la externalización de los servicios de informática y de tecnología de la información. Sin embargo, en nuestro medio se reconoce al outsourcing puro o verdadero outsourcing como la tercerización de servicios que realiza una empresa (usuaria o principal) que contrata a otra que presta el servicio de tercerización.”

La tercerización laboral es un fenómeno que está en auge en nuestro país, la cual implica establecer mayores relaciones de coordinación y cooperación entre las empresas que participan dentro de esta figura. En palabras de Toyama, se pasó “de una mera provisión de mano de obra en actividades principales (intermediación) a una relación interempresarial por la prestación de un servicio integral y autónomo (*outsourcing*)”⁵⁰.

Debido al aumento en los casos de empresas que utilizaban esta figura, el legislador peruano se vio en la necesidad de emitir una normativa específica para la tercerización laboral. Por ello, en el año 2008 se promulgó la Ley N° 29245, Ley que regula los Servicios de Tercerización, y su reglamento emitido mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR, así como también el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa los alcances de la Ley N° 29245.

De esta manera, cada una de las figuras descritas anteriormente ya cuenta con una regulación específica en nuestro país, siendo los más beneficiados los trabajadores que laboran bajo estas modalidades, pues encuentran una protección normativa de sus derechos.

2.3 Nuevas instituciones laborales: Intermediación y Tercerización

Como se mencionó anteriormente, la descentralización productiva trajo consigo el surgimiento de dos nuevas figuras laborales que se tratarán en los siguientes párrafos con mayor detalle: la intermediación y la tercerización laboral.

2.3.1 Intermediación Laboral

La intermediación laboral puede definirse como aquella “provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria)”⁵¹.

De esta definición se pueden extraer dos elementos claves:

- a) la existencia de un destaque de trabajadores al centro de trabajo -o radio de acción- de la empresa usuaria; y b) que los trabajadores laborarán bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, quien definirá el contenido de la prestación laboral⁵².

⁵⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2008). *Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias*. En: Derecho & Sociedad, (30). pág. 86. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17332>, consultado el 22 de enero 2020.

⁵¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. La descentralización... *Op. Cit.*, pág. 150.

⁵² TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2009). *La Intermediación Laboral: Regulación Y Sus Relaciones Con La Tercerización*. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. 2° Edición. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., pág. 510.

En esta figura se establece una relación triangular, formada por el empleador, el trabajador y el empleador de la empresa usuaria; rompiendo de este modo el clásico sistema de relación bilateral de trabajo.

Toyama indica que:

En la intermediación laboral importa la configuración de tres relaciones: a) una de carácter civil, entre la entidad intermediadora y la usuaria, para la prestación de servicios, b) una de naturaleza laboral o asociativo – laboral entre los trabajadores o socios de trabajadores-estos últimos, pese a su calificación de trabajadores autónomos por las normas del sistema cooperativo, tienen derechos laborales- y las empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, respectivamente, y; c) una de sujeción laboral entre la empresa usuaria y el trabajador o socio – trabajador destacado⁵³.

La ley N° 27626, Ley que regula la intermediación laboral, reglamenta tres supuestos de intermediación laboral:

- a. La intermediación de servicios temporales, vinculándose mediante contratos de naturaleza ocasional o de suplencia con una tercera persona, ya sea natural o jurídica;
- b. La intermediación de servicios complementarios para aquellas actividades de carácter auxiliar o no relacionadas a la actividad principal de la empresa usuaria, como labores de vigilancia, mantenimiento, mensajería, etcétera;
- c. La intermediación de servicios especializados, para aquellas actividades de carácter auxiliar que exigen un alto nivel de conocimientos o especialización, siendo en este supuesto que la empresa usuaria carece de facultad de dirección respecto a las labores del personal destacado.

El artículo 2° de la Ley N° 27626 (en adelante Ley de Intermediación) indica que la intermediación laboral sólo podrá prestarse por empresas de servicios o por cooperativas de trabajadores, teniendo como objeto exclusivo la prestación de servicios de intermediación laboral. Estas empresas de servicios temporales son definidas como:

Aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente con el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia previstos

⁵³ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. La descentralización... *Op. Cit.*, pág. 150.

en el Título II del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁵⁴.

Uno de los elementos claves de la intermediación es el destaque de los trabajadores de la empresa intermediadora hacia la empresa usuaria, los cuales laborarán bajo las órdenes del empleador de esta última. Es importante destacar este poder de dirección, ya que, a diferencia de la tercerización, en esta última figura el empleador de la empresa principal no ostenta el poder de dirigir las labores que realiza el personal de la empresa contratista. La cantidad de trabajadores contratados, en todos los supuestos de intermediación, no puede exceder el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria.

La Ley de Intermediación también establece de modo claro que los trabajadores de la empresa intermediadora gozan de los derechos y beneficios que corresponde a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, según se lee en el artículo 7°. Además, en este artículo se menciona que los trabajadores que son destacados a una empresa usuaria tienen derecho a recibir durante dicho período de prestación de servicios las remuneraciones y condiciones de trabajo que la empresa usuaria otorga a sus trabajadores propios.

Una de las formalidades que deben cumplir las empresas que deseen prestar servicios de intermediación es la inscripción obligatoria en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral, el cual se encuentra a cargo de la Dirección de Empleo y Formación Profesional del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Esta exigencia debe entenderse como un mecanismo de protección a favor de los trabajadores destacados, que posibilitará la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo para cautelar su cumplimiento y con ello el aseguramiento de los derechos de los trabajadores involucrados⁵⁵.

La inscripción en este registro sólo tiene vigencia por doce (12) meses, pudiendo renovar la misma antes del vencimiento de su inscripción, adjuntando una Declaración Jurada de cumplimiento de los requisitos exigidos por ley, señalando el domicilio actual.

⁵⁴ PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 27626 (08, enero, 2002). Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Lima, 2002.

“Artículo 11.1°.- Las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

⁵⁵ ESPINOZA ESCOBAR, J. (2018). *La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano*. En: Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 6 (2), pág.106.

La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá realizar visitas o diligencias para poder confirmar la veracidad de la información declarada y, si se descubre la falsedad de la misma, se podrá cancelar el registro además de poder tomar acciones legales contra la entidad de intermediación.

También se establece que una vez consentida la resolución administrativa que resuelve la pérdida del registro, la entidad de intermediación está legalmente impedida de realizar actividades de intermediación⁵⁶.

En cuanto a la desnaturalización de esta figura, el artículo 14° del Reglamento establece los siguientes supuestos:

- a. Cuando haya un exceso de los porcentajes establecidos para la intermediación.
- b. Cuando la intermediación sea para supuestos distintos de los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia,
- c. Cuando las labores a realizar sean distintas a las de naturaleza temporal, complementaria o especializada,
- d. La reiterancia de no contar con una constancia de inscripción ante el Ministerio de Trabajo, lo cual es verificado mediante una visita de reinspección o cuando se constata que en un proceso de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

Por último, en la Ley también se menciona que es obligación de las empresas que prestan servicios de intermediación contar con un capital mínimo que les permita brindar el servicio, así como también conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria.

2.3.2 La Tercerización Laboral

La intensa regulación de la intermediación laboral por parte del legislador peruano hizo que se pase de esta figura hacia una que aún estaba en desarrollo en nuestro país: la tercerización laboral.

Esto trajo consigo la existencia de empresas flexibles que, mediante la desintegración vertical del ciclo productivo, generan relaciones de trabajo a niveles interempresarial,

⁵⁶ PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 003-2002-TR. (28, abril, 2002). Decreto Supremo que establece disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores. Lima, 2002.

“Artículo 15°. – PÉRDIDA DE LA VIGENCIA DEL REGISTRO.

La Autoridad Administrativa de Trabajo, de oficio o a pedido de parte, resolverá sobre la pérdida de la vigencia del registro, cuando se verifiquen las causales previstas en el Artículo 21 de la Ley, y el segundo párrafo del Artículo 22 del presente reglamento. Consentida la resolución administrativa que resuelve sobre la pérdida del registro, la entidad de intermediación está legalmente impedida de realizar actividades de intermediación”.

obteniéndose altos niveles de flexibilidad interna y externa sobre la base de diferentes grupos de trabajadores⁵⁷.

Tovar menciona que:

El fenómeno del outsourcing surge cuando ciertos empresarios advierten que algunas de las tareas que realizan con su propia organización, y que tradicionalmente son tareas propias de la gestión o administración de la empresa, podrían ser efectuadas a menos costo y con mayor eficacia si se extraen de la empresa y se confían a un tercer empresario que se especializa en esa clase de tareas⁵⁸.

En esa misma línea, Sanguinetti afirma que:

El objetivo perseguido es adaptar el desarrollo de la actividad productiva al nuevo contexto más inestable y competitivo surgido de la crisis, utilizando para ello como herramienta fundamental la búsqueda de ventajas competitivas para la empresa mediante su concentración en la atención de aquellas funciones o tareas que constituyen el núcleo o la base de su actividad, y que por tanto está en condiciones de realizar con mayor eficiencia y menores costos, en tanto que se transfiere hacia el exterior de todas las demás⁵⁹.

De este modo, con la emisión de la Ley N° 29245 el 24 de junio del 2008, Ley que regula los Servicios de Tercerización, se normaron los casos en los que procede la tercerización. Posteriormente, se emitió el Decreto Legislativo N° 1038 el 25 de junio del 2008, que precisa los alcances de la Ley N° 29245, que fue dictado dentro del marco de delegación de facultades con las que contaba el Poder Ejecutivo para implementar el tratado comercial con Estados Unidos. Después se emitió el Reglamento de la Ley N° 29245, mediante Decreto Supremo N° 006-2008-TR publicado el 12 de setiembre del 2008. Finalmente, este año 2022 se emitió el Decreto Supremo N° 001-2022-TR, que modifica algunos artículos del Reglamento de la Ley N° 29245, Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Todo este conjunto de normas sirvió para establecer claramente los derechos de los trabajadores, los requisitos, las formalidades, las obligaciones que deben cumplir las empresas;

⁵⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. Tercerización e Intermediación... *Op. Cit.*, pág. 86.

⁵⁸ TOVAR VELARDE, J. (2002). *Notas jurídicas sobre el contrato de outsourcing*. En: IUS ET VERITAS, 13(25), pág. 62. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16198>, consultado el 26 de enero de 2020.

⁵⁹ SANGUINETI RAYMOND, W. (2009). *La "Tercerización" De Actividades Productivas ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?* En: Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. 2° Edición. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L, pág. 114.

así como los supuestos de desnaturalización de esta figura y sus correspondientes sanciones aplicables.

El artículo 1° del Reglamento de la Ley que regula los Servicios de Tercerización (Decreto Supremo N° 006-2008-TR) define la tercerización 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. Asimismo, define a la empresa tercerizadora como aquella empresa 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.

Toyama define a la tercerización como “todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa”⁶⁰.

La tercerización supone la participación de dos sujetos empresariales: a) la empresa principal, que delega una parte de su proceso productivo, y b) la empresa tercerizadora, que realiza la fase productiva externalizada y establece relaciones de cooperación y coordinación con la empresa principal.

La Corte Suprema de la República, en la Casación Laboral N° 3759 – 2015 – La Libertad, establece que:

La tercerización se trata de un contrato de naturaleza civil por el cual una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad en otra empresa que cuenta con patrimonio y organización propia, dedicada a la producción de bienes o de servicios para que realice ciertas labores a favor de la contratante, sea dentro del centro de labores denominándosele “*insourcing*” o fuera del mismo, bajo la denominación de “*outsourcing*”. En ambos casos la empresa prestadora de servicios actúa con personal propio bajo sus órdenes y control, delimitándose dicha actividad administrativa y funcionalmente con relación a las que realiza la empresa contratante, lo que no impide la fiscalización por parte de esta última⁶¹.

En este pronunciamiento de la Corte Suprema se reconocen los dos tipos de tercerización: a) el *insourcing* o tercerización sin desplazamiento continuo de personal, o b) el

⁶⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. La descentralización... *Op. Cit.*, pág. 157.

⁶¹ Literal a) del Fundamento tercero de la Casación Laboral N° 3759 – 2015 – La Libertad, de fecha 29 de marzo del 2017.

outsourcing o tercerización con desplazamiento continuo de personal de las empresas tercerizadoras hacia las instalaciones de la empresa principal.

En nuestro país, el Reglamento de la Ley que regula los servicios de Tercerización menciona en su artículo 2° que el ámbito de aplicación de la Ley comprende a las empresas que tercerizan actividades especializadas u obras que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas, no estando permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio.

Villasante afirma que hay dos elementos relevantes para que la tercerización se encuentre bajo el ámbito de aplicación de la Ley N° 29245:

a) El elemento espacial, que consiste en el envío de trabajadores a las instalaciones o ámbito de actuación de la empresa principal; y b) el ámbito temporal, que es el traslado permanente o frecuente de los trabajadores, un desplazamiento sin interrupciones, importando el destaque permanente o continuo de los trabajadores⁶².

Ugaz, por su parte, refiere que:

La razón por la cual se regula mediante normas laborales especiales un mecanismo de vinculación empresarial que responde a la lógica del derecho civil radica en los efectos perjudiciales que la tercerización puede generar en los trabajadores, ya sea porque aligera la planilla de la empresa principal, la posibilidad de su utilización fraudulenta, como por la disociación que se genera entre el empleador como beneficiario mediato del trabajo y la empresa principal como beneficiario inmediato⁶³.

Del mismo modo, en las discusiones previas a la aprobación de la Ley N° 29245, también se hizo referencia a la utilización fraudulenta de la tercerización, mencionando que:

Durante los últimos años el sistema de tercerización en la actividad laboral de nuestro país ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos (...) con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo sus derechos colectivos⁶⁴.

⁶² VILLASANTE ARANIBAR, J. (2010). *Tercerización: Algo más que sólo un tema laboral*. En: Foro Jurídico, 11 (2010), pág. 289. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18596>, consultado el 28 de enero 2020.

⁶³ UGAZ OLIVARES, M. *Op. Cit.*, pág. 276.

⁶⁴ PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1696/2007 – CR. (06, diciembre, 2007) Que propone la “Ley que regula los servicios de Tercerización”. Lima, 2007. pág. 1.

Es así que, ya teniendo algunos alcances sobre la tercerización laboral y cuáles son los supuestos que regula nuestra legislación, pasamos al siguiente capítulo, en el cual se desarrollará con mayor amplitud este fenómeno.





Capítulo 3

La Tercerización Laboral

La tercerización laboral es una novedosa figura jurídica nacida de la descentralización productiva. A pesar de contar con un amplio respaldo en la mayoría de legislaciones de América Latina, aún quedan algunas que se muestran reacias a incorporarlas dentro de su sistema normativo, debido a que la consideran una forma de encubrir relaciones laborales legítimas, disminuyendo los derechos laborales de los trabajadores implicados en este tipo de contratación⁶⁵.

En nuestro país, la tercerización laboral ya cuenta con una regulación propia, surgida luego de su utilización fraudulenta por varios años como un simple suministro de mano de obra.

En este capítulo se abordará el desarrollo que ha tenido en las legislaciones de América Latina, los aspectos legales de esta figura y su regulación en nuestro ordenamiento jurídico, así como su análisis por parte de los tribunales peruanos.

3.1 La tercerización laboral en la doctrina comparada

En América Latina, el fenómeno de la descentralización productiva cambió todos los paradigmas establecidos hasta ese momento en lo que respecta a la contratación laboral. Las clásicas relaciones bilaterales de trabajo fueron sustituidas por innovadoras formas empresariales que traían consigo un mayor beneficio al empresario, por lo que su utilización se convirtió en una práctica extendida en nuestro continente. Lamentablemente, estas nuevas formas de organización trajeron consigo grandes posibilidades de un uso fraudulento por parte de los empleadores, quienes vieron esta figura como una forma perfecta de evadir responsabilidades y precarizar las condiciones de trabajo.

En diversos ordenamientos jurídicos de América Latina encontramos que la terminología usada para describir al fenómeno no es homogénea, ya que mientras que unos países emplean el término tercerización, otros se refieren a ella como subcontratación.

Ermida y Colotuzzo indican que:

Será necesario distinguir con qué sentido se usa la voz subcontratación cada vez que la escuchamos: a) puede ser usada en un sentido amplísimo, identificándola con toda operación – económica o de organización de la actividad empresarial-, cualquiera sea el instrumento jurídico utilizado; b) puede ser usada para referirse a los diversos instrumentos jurídicos utilizados para tercerizar o descentralizar; y c) finalmente, puede

⁶⁵ En Ecuador se prohibió mediante el Mandato Constituyente N° 8, mientras que en Bolivia esta prohibición se encuentra recogida en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 521.

ser usada, con mayor precisión jurídica, para identificar a uno de los mecanismos jurídicos descentralizadores o tercerizadores, diferenciándola también de la intermediación y el suministro de mano de obra⁶⁶.

En nuestro país, por ejemplo, el término escogido es el de “tercerización”⁶⁷; mientras que en países como Chile el término utilizado es “subcontratación”⁶⁸.

La tercerización surgió en la década de los noventa de la mano de la flexibilización laboral y la apertura económica que adoptaron varios países del continente. El primer país que reguló la tercerización laboral fue Chile, mientras que Ecuador fue uno de los últimos países en hacerlo.

Puig, García y Gonzáles indican que:

En la primera década de este siglo, habiéndose revertido algunos contextos, unas reacciones normativas - pero no todas las normas dictadas, puesto que algunas han profundizado o complementado las desregulaciones de los noventa-, han venido a mitigar los excesos de estas últimas. (...), las circunstancias favorables a este contraproceto han sido de orden político (gobiernos democráticos, en particular en Chile), o más particulares, tales como las presiones de la contraparte en la negociación

⁶⁶ ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N. (2009). *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL, pág. 9 – 10.

⁶⁷ PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29245 (24, junio, 2008). Por la cual se crea la Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 2008.

“Artículo 2°. - Definición

Se entiende por tercerización 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.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.”

⁶⁸ CHILE. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Código del Trabajo de Chile. (16, enero, 2003). D.F.L.Núm.1. Que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo. Edición actualizada al 8 de octubre del 2018. Santiago, 2003. Consultado el 05 de febrero de 2020.

“Artículo 183°- A.

Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este Párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica. Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 506”.

de tratados de libre comercio (Perú), y/o una conjunción de intereses gremiales locales afectados⁶⁹.

Por su parte, Sanguinetti afirma que:

La aprobación de estas normas, de evidente vocación tutelar, es expresión de una tendencia de más amplio alcance que se ha venido registrando en los últimos años en la región, cuyo rasgo más destacado viene dado por la recuperación, la preocupación y el cumplimiento de los fines equilibradores que tradicionalmente han sido asignados a las normas laborales, luego de una década de cuestionamiento de los mismos y de retrocesos a nivel legislativo⁷⁰.

De esta manera, los cambios surgidos en las legislaciones de esta parte del continente responden a una nueva intención de los legisladores de poder brindar protección a los trabajadores que estaban siendo contratados bajo esta modalidad, ampliando el catálogo de derechos laborales fundamentales y adoptando medidas procesales que puedan brindar una mayor tutela judicial a los trabajadores, introduciendo cambios importantes en las legislaciones laborales y en las clásicas instituciones del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, en cuanto al enfoque que se le ha dado al fenómeno de la tercerización en las diferentes legislaciones de América Latina, se puede observar que hay países que han optado por prohibir esta práctica, a través de normas de alto rango.

Este es el caso de Ecuador, que prohibió la tercerización a través del Mandato Constituyente N° 8 y luego mediante la Constitución del 2008. El artículo 1° del Mandato Constituyente N° 8 prohíbe la tercerización, intermediación y toda forma de precarización de las relaciones laborales, asimismo establece que las relaciones laborales serán de forma directa y bilateral entre trabajador y empleador.

Sin embargo, en el artículo 3° de la misma norma permite el funcionamiento de personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria⁷¹; así como la contratación

⁶⁹ PUIG FARRÁS, J., GARCÍA GUZMÁN, N. y GONZÁLES, J. D. (2011). *Situación de la subcontratación en América Latina y Perspectivas para su regulación: Informe Final Proyecto Redlat*. Colombia: Escuela Nacional Sindical, pág. 44.

⁷⁰ SANGUINETI, W. (2012). *La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur*. En: *Derecho PUCP*, (68), pág. 340. Ver en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.012>, consultado el 05 de febrero 2020.

⁷¹ ECUADOR. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Mandato Constituyente N° 8. (30, abril, 2008). Manabí, 2008. Consultado el 10 de febrero 2020.

civil de servicios técnicos especializados en el sector público (Primera Disposición General) y la contratación civil de servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, etcétera (Segunda Disposición General)⁷².

En el artículo 327° de la Constitución Ecuatoriana del 2008 se señala expresamente que se encuentra prohibida la tercerización de actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora. En la parte considerativa del Mandato N° 8 se indica que la razón de esta postura bastante radical es que la tercerización de servicios constituye una modalidad de relación laboral que vulnera los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y de contratación colectiva, además de señalar que es imperativo suprimir y prohibir esta forma precaria de trabajo, para promover y recuperar las relaciones laborales⁷³.

De esta forma, el sistema normativo ecuatoriano cortó de raíz los posibles problemas que se puedan presentar por la utilización de la tercerización, pero a cambio limitó de manera significativa la libertad de empresa, negando a los empresarios utilizar las figuras suscitadas de la descentralización productiva.

En el caso de Bolivia, se prohíbe cualquier forma de evasión a la normativa laboral mediante fraude o simulación como consecuencia de la tercerización de tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral, tal y como se indica en el artículo 1° del Decreto Supremo N° 521 del 26 de mayo del 2010. Este Decreto también indica en su artículo

“Artículo 3.- Se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.”

⁷² *Ibidem*, Primera y Segunda Disposición General.

“PRIMERA: Para el caso de empresas del sector estratégico público, los servicios técnicos especializados que requieran dichas empresas podrán ser contratados civilmente. Los trabajadores de las empresas de servicios técnicos especializados, tendrán relación directa y bilateral con estas y se sujetarán a las disposiciones del Código de Trabajo.

SEGUNDA: Se podrá contratar civilmente servicios técnicos especializados ajenos a las actividades propias y habituales de la usuaria, tales como los de contabilidad, publicidad, consultoría, auditoría, jurídicos y de sistemas, entre otros, que serán prestados por personas naturales, o jurídicas con su propio personal y que contarán con la adecuada infraestructura física y estructura organizacional, administrativa y financiera. La relación laboral será directa y bilateral entre los prestadores de servicios técnicos especializados y sus trabajadores.”

⁷³ *Ibidem*. Parte considerativa del Mandato N° 8.

“Que, la tercerización de servicios complementarios, la intermediación laboral generalizada y la contratación por horas, constituyen modalidades de relación laboral que vulneran los derechos del trabajador y los principios de estabilidad, de pago de remuneraciones justas, de organización sindical y contratación colectiva. Que, es imperativo suprimir y prohibir estas formas extrañas y precarias de trabajo, para promover y recuperar los derechos laborales.”

3° que, si una empresa desea contratar a otra en actividades que no son propias ni permanentes al giro del establecimiento, deberá incluir obligatoriamente en el contrato una cláusula que establezca que se darán cumplimiento a las obligaciones socio-laborales respecto a los trabajadores. De esta manera, la tercerización es tratada como una forma de contratación laboral excepcional, cuyo uso debe ser restringido y fiscalizado rigurosamente, tratando de privilegiar los derechos de los trabajadores.

Caso contrario es el que muestran los países de Chile, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y Argentina, los cuales han admitido la licitud de esta figura laboral con excepción de aquellos supuestos que sólo impliquen una cesión de trabajadores. Las empresas tercerizadoras son caracterizadas como “empleadores” en Chile y Uruguay, como “verdaderos empleadores” en Paraguay, y como “empresas principales” en Perú⁷⁴. Así mismo, el elemento de autonomía de la empresa tercerizadora es subrayado en dos ordenamientos: Paraguay y Perú.

Además, en otros tres sistemas jurídicos se establece cual es el ámbito de aplicación de la ley: en Chile, están excluidas las obras o servicios que se prestan de manera esporádica; en Perú, se excluye a aquellas empresas que no realicen un desplazamiento continuo de trabajadores a los centros de trabajo de las empresas principales; y en Uruguay, se excluye las obras o servicios que se ejecuten de manera ocasional.

Los legisladores de los países que incorporaron la tercerización en su ordenamiento jurídico han previsto un conjunto de garantías que permitan eliminar o aminorar algunos de los riesgos que las mismas suponen para los trabajadores⁷⁵. Estas garantías se refieren al establecimiento de una responsabilidad solidaria entre la empresa principal y la tercerizadora que permita responder por las obligaciones sociales que se suscitaron durante la duración del contrato de trabajo. En Venezuela y en nuestro país la solidaridad es directa; mientras que en Argentina, Chile y Uruguay la solidaridad se aplica sólo si la empresa principal incumple los deberes de vigilancia o de control hacia la empresa tercerizadora⁷⁶.

En Argentina, Chile y Uruguay la responsabilidad solidaria de la empresa principal se convierte en responsabilidad subsidiaria si se verifica que esta ha cumplido con el deber de control respecto al cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de la empresa tercerizadora respecto a sus trabajadores. Este deber de control incluye el suministro de información y la acreditación de estar cumpliendo las diferentes obligaciones que le concierne

⁷⁴ VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *Tercerización/Subcontratación. Informe para OIT-ACTRAV*. Lima: Oficina Regional para América Latina OIT-ACTRAV, pág. 13.

⁷⁵ SANGUINETI, W. La regulación... *Op. Cit.*, pág. 342.

⁷⁶ VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *Op. Cit.*, pág. 46 - 47.

a las empresas tercerizadoras, demostrando de este modo que se están cumpliendo con los pagos respectivos. Asimismo, existe el llamado “derecho de retención”, el cual se configura cuando la empresa tercerizadora no acredita el pago de las obligaciones que le corresponden, por lo que la empresa principal retiene el monto de las obligaciones que tenga a favor de la empresa tercerizadora, pagando este monto a los trabajadores o a la empresa que sea acreedora de dichos pagos⁷⁷.

En nuestro país, como veremos más adelante, la solidaridad sólo se refiere a las obligaciones establecidas por norma legal, excluyendo de este modo las establecidas por origen convencional o unilateral, tal y como se establece en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1038.

En materia de seguridad y salud en el trabajo, en la legislación argentina y venezolana se estableció la responsabilidad solidaria de la empresa principal; mientras que en Chile y Perú se ha establecido una responsabilidad directa de la empresa principal en esta materia.

3.2 La tercerización laboral y la Organización Internacional de Trabajo

Debido a la creciente utilización de la subcontratación en los años 90, la Organización Internacional de Trabajo comenzó a adoptar medidas que puedan frenar el uso indiscriminado de esta tendencia en contra de los derechos laborales de los trabajadores.

Por ello, se trató de crear un convenio que trate enteramente sobre el régimen de subcontratación, para poder regular el trabajo que es prestado por un trabajador perteneciente a una empresa distinta a la empresa principal, estableciéndose una relación triangular de trabajo. La finalidad era evitar que se recurran a estas modalidades con el propósito de negar derechos laborales o para intentar evadir obligaciones legalmente establecidas⁷⁸.

De esta manera, en la reunión N° 262 del Consejo de Administración (1995) decidieron incluir a la subcontratación como punto nuevo de elaboración de normas para la 85° reunión de la Conferencia, en 1997. Sin embargo, surgieron muchas dificultades en torno a la definición de esta figura, optando por inscribir en la orden del día de la siguiente reunión, en 1998⁷⁹.

Ya en la etapa de discusiones, el grupo de los empleadores señaló que este tema no era adecuado para la celebración de un convenio, pues cada enfoque nacional es muy diverso y sería una injerencia en los contratos comerciales, siendo negativo para las actividades económicas.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 35.

⁷⁸ Cfr. ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N. (2009). *Op. Cit.*, pág. 35.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 32.

Por el otro lado, el grupo de los trabajadores sostenía que era necesario un convenio que regule el régimen del trabajo en subcontratación, con la finalidad de contar con una normativa protectora de los derechos de los trabajadores inmersos en esta modalidad⁸⁰.

Todas estas discrepancias hicieron que no se pueda lograr un consenso respecto a esta modalidad, su definición, sus alcances, etcétera; por lo que en ese momento no se aprobó un convenio respecto a todo lo que implica la subcontratación laboral.

En el 2006 durante la 95° Conferencia de la Organización Internacional de Trabajo, se aprobó la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo. La importancia de esta recae en la reafirmación de la finalidad protectora de la legislación internacional y nacional del trabajo, así como la vigencia de los principales institutos del Derecho laboral, los que resultan apropiados para resolver satisfactoriamente buena parte de los problemas que trae consigo la descentralización⁸¹.

En efecto, la Recomendación N° 198 subraya la necesidad de proteger a todos los trabajadores, postula además el principio de primacía de la realidad y-consecuentemente-, de la indiferencia de la calificación jurídica que las partes hagan del negocio que las vincula, así como ratifica la necesidad de luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas y promueve la eliminación de las disposiciones nacionales que supongan incentivos al uso de formas encubiertas de relación de trabajo⁸².

Finalmente, también se debe tener en cuenta el artículo 17° del Convenio Internacional de Trabajo N°155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, el cual indica expresamente que siempre que dos o más empresas desarrollen actividades en un mismo lugar, deberán colaborar para la aplicación de las medidas previstas en este convenio sobre la seguridad e higiene de los trabajadores en su lugar de trabajo⁸³.

3.3 La regulación de la tercerización en la legislación nacional

En nuestro país, la tercerización laboral está regulada mediante la Ley N° 29245 (promulgada el 24 de junio del 2008), reglamentada mediante el Decreto Supremo N° 006 - 2008 – TR (promulgado el 12 de setiembre del 2008) y también se regula mediante el Decreto Legislativo N° 1038 (promulgado el 25 de junio del 2008) que precisa los alcances de la Ley N° 29245. Se debe añadir también el recientemente aprobado Decreto Supremo N° 001-2022-

⁸⁰ *Ibidem*, pág. 33.

⁸¹ SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT). Recomendación Núm. 198 (31, mayo, 2006). Preámbulo de la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (Núm. 198). Ginebra, 2006.

⁸² ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N. *Op. Cit.*, pág. 38 – 39.

⁸³ SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO (OIT). Convenio Núm. 155 (03, junio, 1981). Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981. (Núm. 155). Ginebra, 1981.

TR, que modifica el reglamento de la Ley N° 29245 (Decreto Supremo N° 006-2008-TR), promulgado el 23 de febrero del 2022.

Todo este conjunto normativo fue promulgado dentro de las facultades legislativas que el Congreso de la República le delegó al Poder Ejecutivo con la finalidad de facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos⁸⁴, mientras que la última fue emitida para evitar la utilización indiscriminada de esta figura y la afectación de los derechos de los trabajadores⁸⁵.

En el Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1696/2007-CR, que propone la “Ley que regula los servicios de tercerización”, se señala que:

Durante los últimos años el sistema de tercerización en la actividad laboral de nuestro país ha sido utilizado en una forma totalmente incorrecta, fraudulenta e incluso agravada por otros aspectos, como el uso indebido de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, se emplea con mucha frecuencia la modalidad de “prestación de servicios con intervención de terceros” con el claro propósito de burlar los derechos de los trabajadores e impidiendo sus derechos colectivos.

De este modo, la regulación de la tercerización laboral responde a la necesidad de tutelar los derechos de los trabajadores inmersos en esta práctica laboral, a causa de la indebida utilización que algunos empresarios peruanos venían realizando.

Por ello, en las próximas líneas se abordará cómo se regula la tercerización laboral en el ordenamiento jurídico peruano, a raíz de las normas promulgadas en la década pasada.

3.3.1 Definición y ámbito de aplicación

En este punto, empezaremos repasando cuál es la conceptualización que han realizado diversos autores nacionales sobre esta figura.

Ugaz señala que “la tercerización de servicios puede definirse como una relación por la cual una empresa tercerizadora realiza una obra o servicio que se incorpora en el proceso productivo de una empresa principal”⁸⁶.

⁸⁴ PERÚ. Decreto Legislativo N° 1038 (25, junio, 2008). Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 2008.

⁸⁵ PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 001-2022-TR (23, febrero, 2022). Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N°006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. Lima, 2022.

⁸⁶ UGAZ OLIVARES, M. *Op. Cit.*, pág. 273.

Por otro lado, Villasante afirma que “se trata de un fenómeno que permite que la empresa principal (llamada para otros como usuaria), se desvincule de mano de obra o de un servicio con la finalidad de que su realización este a cargo de otra empresa (contratista)”⁸⁷.

Carlos Cornejo señala que:

La tercerización de servicios es una forma de organización empresarial que autoriza encargar a terceras empresas la ejecución de ciertas labores; y que permite a una empresa concentrarse en la ejecución de sus actividades principales y, además, distintivas, esto es, en aquellas en cuya ejecución se genera valor y se logran importantes ventajas competitivas⁸⁸

Mientras que Carhuatocto indica que “la tercerización supone que una empresa encarga a una entidad especializada, una unidad productiva de la misma que obtiene el carácter de principal, secundaria, complementaria o accesorio. El objetivo es concentrarse en otras actividades consideradas estratégicas”⁸⁹.

Toyama, por su lado, la define como:

Todo proceso de externalización o desplazamiento hacia actividades empresariales autónomas o independientes, de funciones o actividades de una parte del ciclo productivo, proceso administrativo, área o actividad que previamente se desarrollaban por una misma empresa o, que desde el inicio de sus operaciones fue delegada a un tercero⁹⁰.

Finalmente, el Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo define a la tercerización como:

Una forma de organización empresarial por la que una empresa denominada principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal (proceso productivo) a una o más empresas denominadas tercerizadoras, para que estas lleven a

⁸⁷ VILLASANTE ARANIBAR, J. Op. Cit., pág. 287.

⁸⁸ CORNEJO VARGAS, C. (2011). *Algunas consideraciones sobre la Contratación Laboral*. En: Derecho & Sociedad, (37), pág. 146. Ver en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>, consultado el 08 de febrero 2020.

⁸⁹ CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O. (2010). *El fraude y la simulación en la contratación laboral: aplicación del principio de primacía de la realidad*. 1° ed. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., pág. 93.

⁹⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Soluciones Laborales - Gaceta Jurídica, pág. 164.

cabo un servicio u obra a través de sus propios trabajadores, quienes se encuentran bajo su exclusiva subordinación⁹¹.

En nuestra legislación nacional la tercerización está definida en el artículo 2° de la Ley N° 29245 (en adelante “la ley”) 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.

En el artículo 3° de la misma se señala que se constituyen también como tercerización los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, 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.

Por su parte, el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245 (en adelante “el reglamento”) indica en el artículo 1° que la tercerización es 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.

Ahora bien, para poder comprender que es lo que se considera como actividad principal, se debe recurrir al Decreto Supremo N° 003-2006-TR, que en su artículo 1° establece, dentro de sus definiciones, que se constituye como actividad principal aquella que es consustancial al giro del negocio, siendo actividad principal las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y de prestación de servicios: exploración, explotación, transformación, producción, organización, comercialización; en general, toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, y volviendo a las definiciones establecidas en el artículo 1° del reglamento, se deberán tomar en cuenta también las siguientes: las actividades especializadas son aquellas vinculadas a la actividad principal de la empresa principal, que exigen un nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, mientras que la obra está definida como la ejecución de un encargo concreto vinculado a la actividad principal de la empresa principal, debidamente especificado en el contrato civil suscrito entre

⁹¹ PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2021). *Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Ver en: <https://www2.trabajo.gob.pe/el-ministerio-2/sector-trabajo/direccion-general-de-trabajo/manual-preguntas-frecuentes/>, consultado el 20 de diciembre de 2021.

la empresa principal y la empresa tercerizadora. Tanto las actividades especializadas como las obras no pueden tener como objeto el núcleo del negocio.

Por último, el núcleo del negocio está definido como:

Parte de la actividad principal de la empresa, pero, por sus particulares características, no corresponde a las actividades especializadas u obras que pueden ser objeto de tercerización con desplazamiento. Para poder identificarlo, se deberá observar, entre otros: a) el objeto social de la empresa, b) lo que identifica a la empresa frente a sus clientes finales, c) el elemento diferenciador de la empresa, dentro del mercado en el que desarrolla sus actividades, d) la actividad de la empresa que genera un valor añadido para sus clientes, e) la actividad de la empresa que suele reportarle mayores ingresos⁹².

En cuanto al ámbito de aplicación de la Ley N° 29245, el artículo 2° del reglamento indica que sólo comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan actividades especializadas u obras que forman parte de su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas. Además, no está permitida la tercerización de las actividades que forman parte del núcleo del negocio⁹³.

Ahora bien, según el artículo 6° del referido cuerpo normativo, el desplazamiento continuo del trabajador será aquel que ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborales del plazo pactado en el contrato de tercerización, o que exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

El caso del sector público se regula de manera diferenciada, pues este proceso se rige por las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y normas especiales que expidan sobre la materia. Asimismo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la ley los mecanismos de vinculación empresarial como la tercerización sin desplazamiento continuo y las provisiones de bienes y servicios sin tercerización⁹⁴.

Otro punto importante en la regulación de la tercerización laboral es que se incluyen otras definiciones importantes para poder comprender esta figura jurídica; por ejemplo se define a la empresa principal como la empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora; mientras que a la empresa tercerizadora

⁹² PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 001-2022-TR. *Op. Cit.* Artículo 1°.

⁹³ *Ibidem*, artículo 2°.

⁹⁴ PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29245. *Op. Cit.* Artículo 2°.

se le define como la empresa 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, considerando como empresas tercerizadoras tanto las empresas contratistas como las subcontratistas; entre otras definiciones relevantes para poder entender en su conjunto el marco normativo promulgado⁹⁵.

3.3.2 Características

Para poder señalar cuales son las características de la tercerización, debemos recurrir a las definiciones que nos proporcionan tanto la ley como el reglamento.

El artículo 2° de la ley señala que la tercerización es 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.

Por otro lado, el reglamento nos indica en su artículo 3° que estos se constituyen como requisitos esenciales aplicables a todas las tercerizaciones, ya que al ser copulativos la ausencia de uno de ellos deviene en la invalidez de la tercerización.

Entonces, desglosando la definición dada anteriormente, podemos enunciar cuales son los elementos característicos de la tercerización:

- a. Que la empresa principal contrate a la empresa tercerizadora para ejecutar actividades especializadas u obras vinculadas a la actividad principal, siempre y cuando no formen parte del núcleo del negocio: las actividades que son objeto del contrato de tercerización se constituyen como un servicio integral, de modo que no pueden ser realizadas mediante la simple provisión de mano de obra. Al respecto, la Acción Popular N° 1607-2012-LIMA considera que la figura de la tercerización sólo corresponde a actividades principales, pues la subcontratación de actividades complementarias está reservada a la intermediación laboral⁹⁶.

⁹⁵ PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 006-2008-TR (12, septiembre, 2008). Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N°1038, que regulan los servicios de tercerización. Lima, 2008.

“Artículo 1°. - Definiciones

Empresa principal. - Empresa que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora.

Empresa tercerizadora. - Empresa 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. Son consideradas como empresas tercerizadoras, tanto las empresas contratistas como las subcontratistas”.

⁹⁶ Considerando cuarto de la sentencia de la Acción Popular N° 1607-2012-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de marzo del 2014.

Además, la retribución será por la obra ejecutada o el servicio prestado en su totalidad, más no por el personal desplazado.

- b. Las empresas tercerizadoras deben tener autonomía empresarial, es decir, cuenten con recursos financieros, técnicos o materiales propios: estas deben ser una entidad empresarial propia, que cuente con los elementos necesarios para poder realizar las actividades encargadas por la empresa principal y que puedan ser responsables por los resultados de sus actividades, sean estas ganancias o pérdidas que se generen durante la realización de sus actividades.

Para poder determinar la existencia de una verdadera autonomía empresarial, se deberá tener en cuenta ciertos indicios:

- i) Pluralidad de clientes: las empresas tercerizadoras deben tener varios clientes. El objeto de este requisito es evitar que a través de empresas vinculadas, simuladas, fantasmas o de fachada creadas por el supuesto cliente principal se evadan beneficios sociales de los trabajadores⁹⁷. La pluralidad de clientes no es un indicio a valorar cuando el servicio es requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que se desarrolla; cuando en base a la naturaleza del servicio u obra existen motivos atendibles para el establecimiento de un pacto de exclusividad, y cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa⁹⁸.
- ii) Equipamiento propio: las herramientas o equipos que utilizan los trabajadores son de su propiedad (maquinaria propia, uniformes para sus trabajadores, vehículos y herramientas propias) o bajo la administración y responsabilidad de la empresa tercerizadora (por ejemplo, que estén en arrendamiento). También podrá utilizar locales o equipos que no son de su propiedad siempre que se encuentren dentro de su

⁹⁷ CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O. *Op. Cit.*, pág. 95.

⁹⁸ Cfr. PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 006-2008-TR. *Op. Cit.*, Art. 4° inciso 2.

“Artículo 4. – Elementos característicos

4.1. De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora.
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora.
- c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa”.

ámbito de aplicación o formen parte componente o vinculante de la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral⁹⁹.

- iii) Inversión de capital: la empresa principal no debe intervenir en la constitución de la empresa tercerizadora, ni en los procesos de pago de planillas, beneficios sociales ni en la adquisición de los bienes necesarios para prestar el servicio¹⁰⁰.
- iv) Retribución por obra o servicio: la empresa principal deberá retribuir de manera efectiva la obra ejecutada o el servicio prestado.
- v) No implique la sola provisión de personal: las empresas tercerizadoras brindan sus servicios de manera autónoma, pudiendo demostrar esta autonomía con otros elementos como la existencia de una organización que de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones o similares con los que no cuenta la empresa principal¹⁰¹.

Estos indicios deberán ser evaluados en cada caso concreto, considerando también la actividad económica de la que se trata, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial de la empresa tercerizadora, el tipo de actividad que se ha delegado y cuáles son las dimensiones de la empresa principal y de la empresa tercerizadora.

- c. Que los trabajadores de las empresas tercerizadoras estén bajo su exclusiva subordinación: los trabajadores desplazados a la empresa principal para la realización de la obra o servicio sólo se encuentran bajo las órdenes de la empresa tercerizadora, de lo contrario se trataría de un supuesto de intermediación.

⁹⁹ *Ibidem*. Artículo 4° inciso 3

“4.3. Se entiende que la empresa tercerizadora cuenta con equipamiento cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquélla.

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

¹⁰⁰ CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O. *Op. cit.*, pág. 97.

¹⁰¹ Cfr. PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 006-2008-TR. *Op. Cit.* Art. 4° inciso 4.

“4.4. Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares”.

Como se indicó líneas arriba, el reglamento señala que estos se constituyen como requisitos esenciales, y si se evidencia la ausencia de uno de ellos durante la inspección de trabajo, se considera desnaturalizada la tercerización, tal y como se señala en la Directiva N° 002-2007/MTPE/2/11.4 (lineamientos para la inspección de las unidades productivas).

3.3.3 Formalidades y obligaciones de las empresas

Para que una empresa tercerizadora pueda iniciar sus actividades, deberá cumplir una serie de formalidades establecidas en la normativa que regula esta figura.

En el artículo 8° de la Ley se establece que para poder iniciar y desarrollar sus actividades, las empresas tercerizadoras se inscriben en un Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, el cual estará a cargo de la Autoridad Administrativa de Trabajo competente del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, en un plazo de treinta (30) días hábiles de su constitución, quedando sujeta la vigencia de su autorización a la subsistencia de su registro.

Por su parte, el artículo 9° del Reglamento indica que se consideran inscritas en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras aquellas empresas de tercerización que cumplen con registrar el desplazamiento de su personal a empresas principales, en planilla electrónica que se encuentra regulada por el Decreto Supremo N° 018-2007-TR, con independencia de su fecha de constitución.

Como se puede apreciar, existe una discordancia entre lo establecido en la Ley con lo que se afirma en el Reglamento, ya que mientras la primera señala que la subsistencia de las empresas tercerizadoras depende de la autorización vigente para realizar sus actividades, el segundo establece que para considerarse inscrito en el Registro basta con registrar el desplazamiento de su personal a la empresa principal en la planilla electrónica.

Esta diferencia entre ambos textos normativos fue aclarada con la emisión del Informe N° 002-2012-VRLRP/MP/ZTPE-SR y con el Oficio N° 873-2009-MTPE/2 por parte del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los que concluyen que el Registro tiene carácter negativo, ya que basta con la información que las empresas tercerizadoras proporcionan a través de sus planillas electrónicas para que se consideren como inscritas en el Registro, pues el Ministerio de Trabajo, quien es la autoridad encargada, no expide algún tipo de certificado o constancia que indique que la empresa tercerizadora se encuentra inscrita en el mismo¹⁰².

¹⁰² GUZMÁN ESTRADA, L.A. (2019). *¿Empresas tercerizadoras y trabajadores no registrados? A propósito de la Casación Laboral 11312 – 2016 - Junín*. En: THEMIS Revista de Derecho, 75, pág. 116. Ver en: <https://doi.org/10.18800/themis.201901.009>, consultado el 10 de febrero 2020.

Además, a diferencia del Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación Laboral (RENEEIL), el Registro de Empresas Tercerizadoras, al año 2021, es inexistente; por lo que se concluye que la formalidad que deberá cumplir la empresa que desarrolle actividades de tercerización es el registro del desplazamiento de su personal hacia la empresa principal en la planilla electrónica.

Finalmente, se establece también en el artículo 9° que cuando se verifique la desnaturalización del contrato de tercerización, SUNAFIL podrá proponer la cancelación del registro, además de poder imputar relaciones laborales a la empresa principal con la determinación del momento desde el cual se considera a la empresa principal como empleador de los trabajadores tercerizados. El MTPE elaborará una lista pública de empresas tercerizadoras cuyo registro fue cancelado, notificando dicho acto y desde ese momento estará impedida de desplazar trabajadores¹⁰³.

Otra formalidad que deberá cumplir la empresa tercerizadora es la referida al contenido de los contratos del personal desplazado, pues en estos deberá constar cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. En ese aspecto, el reglamento amplía lo indicado anteriormente (artículo 8°), señalando que dicha información debe ser incluida en los contratos de trabajo de los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita.

Una tercera formalidad que se deberá cumplir es la relacionada a los contratos de locación de servicios entre la empresa tercerizadora y sus trabajadores, los cuales deberán ser por escrito y constar la identidad de las partes contratantes, así como los servicios a prestar, los honorarios que se van a pagar y el plazo del contrato.

Respecto a la temporalidad de estos contratos, Puntriano (al igual que otros doctrinarios) opina que este tipo de contratos afectan la estabilidad laboral, ya que al poder cesar al personal cuando culmine el contrato con la empresa principal está vulnerando los derechos de los trabajadores inmersos en esta figura¹⁰⁴.

La siguiente formalidad es la referida al derecho de información que tienen los trabajadores de la empresa tercerizadora. El artículo 6° de la ley refiere que, al iniciar la ejecución del contrato, la empresa tercerizadora tiene la obligación de informar por escrito a los

¹⁰³ Cfr. PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 001-2022-TR. *Op. Cit.* Artículo 9°.

¹⁰⁴ PUNTRIANO ROSAS, C. *La Extinción... Op. Cit.*, pág. 644.

trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, a sus representantes, así como a las organizaciones sindicales y a los trabajadores de la empresa principal lo siguiente:

- a. La identidad de la empresa principal, incluyendo el nombre, denominación o razón social, su domicilio y número de Registro Único del Contribuyente.
- b. Las actividades que son objeto del contrato celebrado con la empresa principal, cuya ejecución se llevará a cabo en el centro de trabajo o de operaciones de la misma.
- c. El lugar donde se ejecutarán las actividades, precisando la unidad productiva o el ámbito de la empresa principal donde el trabajador desplazado ejecutará las actividades.

El artículo 8° del reglamento, en su segundo y tercer párrafo, indica que esta obligación de la empresa tercerizadora se deberá realizar antes del desplazamiento, y, en el caso de la empresa principal, el empleador es el encargado de cumplir dicha obligación.

En el cuarto párrafo de este artículo también se establece que la empresa principal debe informar por escrito a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como de las actividades que éstos realizarán, dentro de los cinco (5) días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las veinticuatro (24) horas de efectuada la solicitud por parte de la organización sindical.

Por último, otra de las obligaciones que tienen las empresas son en materia de seguridad y salud en el trabajo. De manera general, podemos hacer referencia a la obligación de la empresa principal de brindar protección en materia de seguridad y salud en el trabajo a todos los trabajadores que se encuentren en el centro de labores, y a la obligación de poner en conocimiento de estos el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo. Estas serán desarrolladas posteriormente en el siguiente capítulo.

3.3.4 Derechos laborales de los trabajadores tercerizados

El artículo 7° de la ley contiene cuáles son los derechos que se le deberán reconocer a los trabajadores de la empresa tercerizadora, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente. Estos derechos son los siguientes:

- a. Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado. Este derecho también se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador.
- b. Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la

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

- c. La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical.
- d. Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial para solicitar la protección de sus derechos colectivos, impugnar prácticas antisindicales, requerir la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

Finalmente, sólo mencionar en este punto que, respecto a las prácticas antisindicales, diferentes doctrinarios consideran que la subcontratación afecta negativamente los derechos colectivos de los trabajadores tercerizados, lo cual debería ser respaldado con mayores reformas normativas que permitan, por ejemplo, la coordinación intersindical a través de sindicatos de empresas contratistas o la posibilidad de representación conjunta de trabajadores de la empresa contratista en la empresa principal, entre otras¹⁰⁵.

3.3.5 *Desnaturalización*

El artículo 5° de la ley está referido a la desnaturalización de la tercerización laboral, estableciendo que los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos y/o características señalados en los artículos 2° y 3° de dicha ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8° de la ley.

¹⁰⁵ Cfr. PUNTRIANO ROSAS, C. (2021). *Descentralización Productiva y Posible Derogación o Modificación de los Esquemas Vigentes*. En: *Laborem*. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (25), págs. 39-42.

El artículo 5° del reglamento establece cinco supuestos de desnaturalización de la tercerización, siendo estos diferentes entre sí y no concurrentes, de modo que con la verificación de la existencia de uno de estos queda acreditada la desnaturalización del contrato de tercerización. Estos supuestos son:

- a. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales.
- b. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c. Cuando del análisis de los requisitos y elementos característicos de la tercerización se aprecie la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- d. Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal.
- e. Cuando se continúe la prestación de servicios luego de transcurrido 30 días calendario desde que caducó el registro de la empresa tercerizadora en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras.

De este modo, para poder determinar que una tercerización deviene en fraudulenta será necesario hacer un análisis de los hechos que se están presentando en la realidad, aplicando el principio de primacía de la realidad en caso haya una diferencia entre lo que ocurre en la práctica y lo que está consignado en el contrato. Conjuntamente, se tendrá que evaluar si se cumplen con los requisitos y elementos indicados en la ley y el reglamento, o si, por el contrario, no cumplen con los mismos, y en cuyo caso se trataría de supuestos de simulación, fraude o encubrimiento de una simple provisión de personal.

Las consecuencias de la desnaturalización de la tercerización van desde el reconocimiento de una relación laboral directa con la empresa principal desde el inicio del desplazamiento, salvo prueba en contrario respecto al momento en que se produjo la desnaturalización, hasta la aplicación de una multa administrativa a las empresas tercerizadora y principal, pasando por la aplicación de una responsabilidad solidaria entre ambas para el pago de beneficios laborales y beneficios sociales.

3.3.6 Responsabilidad Solidaria

Líneas arriba se mencionó que uno de los requisitos de la tercerización es que la empresa tercerizadora tenga autonomía empresarial, esto es, que cuente con recursos financieros propios suficientes, entre otros.

En ese sentido, el ordenamiento legal ha contemplado a la responsabilidad solidaria como una medida para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos económicos complejos, como la tercerización¹⁰⁶.

El segundo párrafo del artículo 4-A del Decreto Supremo N° 003-2002-TR señala que las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados.

La ley de tercerización, por su parte, establece en su artículo 9° la responsabilidad solidaria de la empresa principal y la empresa tercerizadora respecto al pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en el que el trabajador estuvo desplazado.

Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento, comprendiendo todos los incumplimientos que se hayan producido durante este periodo, iniciando el plazo de prescripción de la responsabilidad cuando ocurre el fin del desplazamiento; pues el empresario principal, el contratista y el subcontratista se constituyen como deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social, tal y como se señala en el artículo 7° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

En este punto conviene preguntarnos qué abarca la responsabilidad solidaria señalada anteriormente. Pues bien, esta se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social a cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral¹⁰⁷.

En cuanto a estas, en las obligaciones laborales se incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios sociales e indemnizaciones laborales previstas por la ley; mientras que en las obligaciones de previsión social se incluyen las contribuciones y aportes que deben retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ROSENBAUM, J. y CASTELLO, A. (2007), *Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral*. 1° Edición. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, pág. 43.

¹⁰⁷ Cfr. PERÚ. Decreto Legislativo N° 1038, *Op. Cit.* Artículo 3°.

“Artículo 3.- Responsabilidad en la tercerización de servicios

La solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la Ley N° 29245 se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral”.

¹⁰⁸ Cfr. PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 006-2008-TR. *Op. Cit.* Art. 7° segundo párrafo.

“Artículo 7°. - Alcance de la solidaridad

No se incluyen las obligaciones de origen convencional o unilateral, como las establecidas mediante los contratos de trabajo, convenio colectivo o el reglamento interno, por ende, el trabajador tercerizado impago en sus derechos laborales derivados de las fuentes referidas, no puede accionar contra la principal por el pago de los derechos mencionados¹⁰⁹.

Siendo así, si la empresa principal asume las obligaciones de la empresa tercerizadora, en razón de la solidaridad, tiene derecho de repetición contra esta y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra (artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1038).

De esta manera, podemos indicar que en el fondo, lo que la ley persigue con el establecimiento de la solidaridad es que las empresas principales o usuarias de los servicios de tercerización pongan especial cuidado cuando se vinculan con empresas que le van a prestar dichos servicios a fin de contratar aquellas que sean realmente formales y por ende cumplidoras de sus obligaciones en general y las laborales y de seguridad social en particular, pues al fin y al cabo lo que tutela la ley es el derecho de los trabajadores desplazados a fin de que no vean vulnerados los derechos antes mencionados¹¹⁰.

Así, al cumplir cabalmente ambas partes sus obligaciones, podremos afirmar que existirá una protección real a los trabajadores desplazados. Al respecto, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) también señala que siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores son solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención y protección frente a los riesgos del trabajo¹¹¹.

Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley”.

¹⁰⁹ DE LAMA LAURA, M. (2008). *La Responsabilidad Solidaria De La Empresa Principal En La Nueva Ley De Tercerización: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, págs. 128-129.

¹¹⁰ MORALES CORRALES, P. *Op. Cit.*, págs. 273-274.

¹¹¹ PERÚ: SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Resolución 957 (23 de setiembre del 2005). Se aprueba el Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 2005, pág. 2, consultado el 15 de setiembre de 2020.

“Artículo 2°. - Siempre que dos o más empresas o cooperativas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, los empleadores serán solidariamente responsables por la aplicación de las medidas de prevención y protección frente a los riesgos del trabajo. Dichas medidas serán equitativa y complementariamente asignadas y coordinadas entre las empresas, de acuerdo a los factores de riesgo a que se encuentren expuestos los trabajadores y las trabajadoras. Igual procedimiento se seguirá con contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades de intermediación laboral existentes en los Países Miembros.”

3.3.7 Consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales

Como se ha visto anteriormente, las empresas que participan en el proceso de tercerización tienen una serie de obligaciones establecidas mediante las normas que rigen la tercerización laboral en nuestro país. Sin embargo, si alguna de las obligaciones es incumplida, tanto por la empresa tercerizadora como por la empresa principal, las mismas normas son las que señalan cuales son las consecuencias que se deberán acatar.

Según lo establecido en la ley de tercerización (artículo 6°), uno de los hechos que se constituye como infracción administrativa se da cuando la empresa tercerizadora incumple la obligación de informar por escrito a los trabajadores encargados de la ejecución del contrato, a sus representantes y su sindicato.

Además, si la misma empresa incumple la obligación referente al Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras, la Autoridad Administrativa de Trabajo puede iniciar un proceso administrativo sancionador y de acuerdo a las faltas encontradas en una inspección de trabajo, las sanciones a imponerse van desde una simple infracción administrativa hasta la cancelación del registro.

Respecto a esto último, la Ley General de Inspección de Trabajo establece en su artículo 42° inciso 1 que cuando el incumplimiento de obligaciones sea imputable a varios sujetos, ambos responderán en forma solidaria de las infracciones que se cometan y de las sanciones que se impongan, mientras que su reglamento en el artículo 25° considera como infracción muy grave la contratación de trabajadores de empresas intermediadoras o tercerizadoras para sustituir a los trabajadores de la empresa principal, con el fin de impedir el libre ejercicio del derecho a la huelga y la libertad sindical de los trabajadores o de sus organizaciones.

El Reglamento de la Ley de Inspección de Trabajo dedica un capítulo entero a las infracciones que cometen las empresas que realizan intermediación y tercerización laboral. Las infracciones van desde leves, graves y muy graves. Como ejemplo de infracción leve se puede mencionar el incumplimiento de obligaciones meramente formales o documentales, establecida en el artículo 32° del Reglamento de la Ley General de Inspección de trabajo; mientras que en el artículo 33° inciso 4 se indica que se configura como infracción grave cuando no se formaliza por escrito los contratos de trabajo suscritos con los trabajadores.

Además, se constituye una infracción muy grave cuando se use fraudulentamente la figura de la tercerización laboral como sola provisión de personal, incumpliendo los requisitos indicados por el artículo 2 y 3 de la Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, según se encuentra establecido en el artículo 34° inciso 7 del Reglamento mencionado anteriormente.

3.4 La Tercerización en la Jurisprudencia Laboral

El fenómeno de la tercerización laboral ha sido, desde su aparición en el panorama jurídico-laboral peruano, gran motivo de discusión por parte de los juristas; razón por la cual las controversias surgidas en torno a ella también han sido motivo de análisis en los principales órganos operadores de justicia de nuestro país, los cuales han debatido ciertos puntos controvertidos de esta figura jurídica y su regulación en la legislación nacional.

La mayoría de controversias que se dan en nuestros tribunales de justicia son en relación a las denuncias por desnaturalización de los contratos de tercerización de los trabajadores tercerizados, situación que lamentablemente aún realizan ciertas empresas para encubrir un simple destaque de mano de obra.

En este tercer punto se abordarán algunas sentencias que han creado jurisprudencia relevante, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia de la República, ahondando en las definiciones, aclaraciones e interpretaciones que han realizado estos tribunales respecto a las normas que rigen la tercerización laboral en nuestro país.

3.4.1 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de la Constitución del Perú; además, se encarga de controlar y cuidar que las leyes, los órganos del Estado y los particulares no vulneren lo dispuesto por ella.

Las demandas interpuestas son, en su mayoría, por desnaturalización de los contratos de tercerización laboral, en donde los trabajadores que consideran que tienen un vínculo laboral con la empresa principal reclaman el reconocimiento de la misma, pues se ha desvirtuado su contrato con la empresa tercerizadora. Si bien es cierto que existen varias sentencias que dilucidan litigios respecto a la tercerización, en este punto citaré algunas que emiten juicios importantes respecto a esta figura laboral.

El Tribunal Constitucional ha expresado en múltiples sentencias que la aparición de la descentralización laboral responde a las diferentes transformaciones que han sufrido las relaciones laborales a lo largo del tiempo, existiendo ahora diversas modalidades de organización empresarial, entre las cuales se destaca la tercerización¹¹², resaltando la importancia del surgimiento de esta figura como una herramienta de gestión en el contexto de la globalización y las nuevas necesidades que esta trae a las empresas, buscando mayor eficiencia y efectividad en el mercado; por lo que optan por desplazar una fase de su ciclo

¹¹² Fundamento 1.1. de la sentencia recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC de fecha 10 de setiembre del 2019.

productivo a otras empresas para dedicarse a aquellas actividades que conforman su *core business*¹¹³.

En cuanto a la definición de la tercerización que señala el Tribunal Constitucional, esta no dista mucho de la definición establecida en la ley, señalando que la tercerización es la contratación de empresas para desarrollar actividades especializadas u obras, siempre que asuman la responsabilidad por los servicios prestados, que cuenten con recursos propios y, lo más importante, que sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación.¹¹⁴

En otra sentencia respecto a este tema, también se señala que debe entenderse a esta figura como una forma de organización empresarial en la que se delega a la empresa tercerizadora el desarrollo de una o más partes de la actividad principal o *core bussiness* de la empresa principal, para que estas puedan llevar a cabo un servicio u obras vinculadas o integradas a aquella¹¹⁵.

Como se indicó anteriormente, el Tribunal Constitucional resuelve, en su mayoría, conflictos derivados de la desnaturalización de esta figura por parte de los empleadores; razón por la cual los trabajadores tercerizados interponen procesos constitucionales con el fin de que este intervenga en su calidad de máximo intérprete de los derechos fundamentales enervados en nuestra Constitución.

Sobre esto último, se debe indicar que la ley y su reglamento han establecido cuales son las causales de desnaturalización de la tercerización, por ello el Tribunal Constitucional en sus sentencias parte de estas disposiciones para analizar cada caso concreto. Una de las pretensiones más comunes es la de reconocimiento del vínculo laboral entre la empresa principal y el trabajador tercerizado, al haberse desnaturalizado su contrato por encontrarse bajo la subordinación de la empresa principal. Al respecto, el Tribunal Constitucional menciona en varias de sus sentencias que cuando se configura la situación descrita líneas arriba, el objetivo real de la tercerización ha sido disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores, resultando esta subcontratación incompatible con nuestra Constitución¹¹⁶.

De esta manera, si bien el Tribunal Constitucional reconoce la importancia de esta forma de contratación debido a la libertad de empresa, declara también en sus sentencias que cuando se desnaturaliza la misma se generan una serie de impactos negativos sobre los trabajadores de

¹¹³ Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02111-2012-PA/TC.

¹¹⁴ Fundamento 16 de la sentencia recaída en el Expediente N° 02135-2012-AA/TC de fecha 11 de junio del 2013.

¹¹⁵ Fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N° 04472-2016-PA/TC.

¹¹⁶ Fundamento 18 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02111-2010-PA/TC, de fecha 24 de enero de 2012.

la empresa tercerizadora, cuya estabilidad laboral se ve supeditada a las vicisitudes del contrato que vincula a su empleador con la empresa principal¹¹⁷.

Por ello, una vez que el Tribunal Constitucional ha verificado que ha existido en la realidad una desnaturalización del contrato de tercerización, este concluye que la relación laboral que existe entre el trabajador tercerizado y la empresa principal era una relación laboral directa a plazo indeterminado; y que cualquier decisión que tome su verdadero empleador (la empresa principal), como el concluir la relación laboral, sólo puede sustentarse en una causa justa y comprobada establecida en la ley, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario¹¹⁸.

De este modo, se puede concluir que la importante labor de este Tribunal al emitir criterios jurisprudenciales respecto a la tercerización laboral hace que se tenga una visión más clara y amplia respecto a esta figura, impidiendo que se vulneren los derechos laborales de los trabajadores inmersos en ella, pero también reconociendo su importancia en el mundo empresarial, siempre y cuando se desarrolle respetando lo establecido en el marco jurídico y en nuestra Constitución.

3.4.2 Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República

En sus pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la República hace referencia al fenómeno de la descentralización productiva, el mismo que dio origen a la tercerización e intermediación laboral, indicando que estas son dos modalidades que, por la frecuencia con la que fueron utilizadas, adquirieron mayor relevancia en nuestro ordenamiento jurídico¹¹⁹.

En otra de sus sentencias ha señalado que la tercerización es una manifestación de la descentralización productiva, siendo una figura jurídica relevante por su amplia utilización por parte de las empresas permitiendo que estas se vinculen jurídicamente a efectos que una de ellas delegue una o más partes de su unidad productiva o de servicios, a otra que se dedica a la prestación de servicios o a la realización de obras¹²⁰.

De esta manera, al igual que el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de la República ha esbozado en diferentes sentencias una definición propia de la tercerización, indicando como idea central que la tercerización laboral es un contrato de naturaleza civil,

¹¹⁷ Fundamento 13 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03689-2010-PA/TC, de fecha 19 de mayo de 2014.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02135-2012-AA/TC. *Op. Cit.* Fundamento 19. Véase también en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC. *Op. Cit.* Fundamento 26.

¹¹⁹ Cfr. considerando sexto de la Casación Laboral N° 4278-2017-Ventanilla, de fecha 24 de noviembre del 2017.

¹²⁰ Fundamento quinto, numeral 2. de la Casación Laboral N° 18486-2017-Del Santa, de fecha 07 de noviembre del 2019.

mediante el cual una empresa principal que cuenta con autonomía propia delega el desarrollo de ciertas labores a otra empresa, ya sea mediante el *insourcing* o el *outsourcing*, dependiendo si las labores se desarrollan dentro de las instalaciones de la empresa principal. En esa misma línea, se señala también que un elemento importante es que la empresa que presta los servicios de tercerización sea una organización empresarial independiente respecto a la principal¹²¹.

Respecto a las diferencias entre esta figura y la intermediación laboral, en otra de sus sentencias la Corte Suprema de Justicia de la República nos indica que existen diferencias sustanciales y legales, siendo tres las principales: primera, en la tercerización se presta un servicio integral, mientras que la intermediación sólo implica un destaque de mano de obra; segunda, en la intermediación la empresa usuaria puede fiscalizar y dirigir al personal destacado, mientras que en la tercerización sólo existe coordinación entre la empresa principal y la tercerizadora, más no existe poder de dirección sobre los trabajadores destacados; y tercera, en la tercerización se le exige a la empresa contratista que asuma responsabilidad sobre el resultado de los servicios que presta, mientras que en la intermediación sólo importa que la empresa intermediadora provea la mano de obra a la empresa principal¹²².

Por último, en cuanto a la desnaturalización de la tercerización, la Corte Suprema de Justicia ha realizado diferentes interpretaciones respecto a los casos que llegan a esta instancia, indicando por ejemplo que para que se desvirtúe esta figura deben presentarse de forma conjunta los cuatro requisitos del primer párrafo del artículo 2° de la Ley N° 29245, es decir que la empresa tercerizadora asuma los servicios prestados por su cuenta y riesgo, que cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, que sean responsables por los resultados de sus actividades y que sus trabajadores sólo estén subordinados a ellos¹²³.

En otra sentencia, respecto a este punto se indica que se configurará la desnaturalización, entre otros, cuando la empresa principal encarga a la empresa tercerizadora la realización de un servicio, a pesar de que es ella misma la que dirige la prestación de los trabajadores de la empresa tercerizadora, correlato de ello, deviene en ilícita la tercerización¹²⁴.

De esta manera, lo que se quiere evitar es que se utilice esta figura para ocultar una simple provisión de mano de obra, razón por la cual la Corte Suprema de Justicia de la República en uno de sus pronunciamientos ha señalado que cuando el único aporte de la

¹²¹ Casación Laboral N° 3759-2015-La Libertad. *Op. Cit.* Considerando tercero, acápite a.

¹²² Cfr. considerando décimo quinto de la Casación Laboral N° 275-2012-La Libertad, de fecha 08 de junio del 2012.

¹²³ Fundamento séptimo de la Casación Laboral N° 20597-2016-Lambayeque, de fecha 25 de abril del 2018.

¹²⁴ Fundamento séptimo de la Casación Laboral N° 11312-2016-Junín, de fecha 11 de octubre del 2018.

empresa tercerizadora sea solamente proporcionar personal, el mismo que ha sido dirigido en la realidad por la empresa principal, deberá reconocerse una relación laboral directa de los trabajadores con la empresa principal¹²⁵.



¹²⁵ Fundamento décimo segundo de la Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa, de fecha 19 de enero del 2017.



Capítulo 4

Obligaciones legales en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo

El derecho a la vida y a la integridad física son derechos fundamentales reconocidos universalmente, así como los derechos al trabajo y a la salud.

Ciertamente, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos se señala que toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones satisfactorias, así como al respeto de todos sus derechos dentro de la relación laboral en la que se encuentra¹²⁶.

Por ello, las normas sobre seguridad y salud en el trabajo se constituyen como una de las más antiguas intervenciones estatales dentro de la relación laboral, ya que se limita de cierto modo la autonomía de la voluntad de las partes para poder velar por la integridad física de los trabajadores, con el fin de establecer condiciones adecuadas que respeten su dignidad, su salud y su seguridad¹²⁷.

En este capítulo se examinarán los diversos artículos de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo para determinar cuáles son las obligaciones de los empleadores respecto a sus trabajadores y al personal de terceros, así como las obligaciones surgidas durante la pandemia del COVID-19.

4.1 Concepto y alcances de la Seguridad y Salud en el Trabajo a cargo del empleador

El término salud nos hace referencia al estado de bienestar integral, tanto físico como mental y social, y no solamente la ausencia de una enfermedad¹²⁸. La Norma OHSAS 18001, que define los requisitos para el establecimiento, implantación y operación de un Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional efectivo, define salud ocupacional como “las condiciones y factores que afectan o podrían afectar la salud y seguridad de empleador, trabajadores temporales, contratistas, visitas y cualquier otra persona en el lugar de trabajo”¹²⁹.

¹²⁶ FRANCIA: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). París, 1948, pág. 7. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>, consultado el 07 de julio del 2020.

“Artículo 23°:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

¹²⁷ Considerando quinto de la Casación Laboral N° 1225-2015-Lima, de fecha 07 de abril del 2016.

¹²⁸ ESTADOS UNIDOS: CONFERENCIA SANITARIA INTERNACIONAL. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (22 de julio de 1946). Nueva York, 1946, pág. 1. https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf, consultado el 07 de julio del 2020.

¹²⁹ Norma OHSAS 18001 (*Occupational Health and Safety Assessment Series*). 2007. Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional. OHSAS Project Group.

Mientras tanto, la seguridad en el trabajo se define como aquellas acciones y actividades que permiten al trabajador laborar en condiciones de no agresión tanto ambientales como personales para preservar su salud y conservar los recursos humanos y materiales¹³⁰.

De este modo, la materia de seguridad y la salud en el trabajo implica la adopción de medidas de prevención por parte del empleador para evitar que la actuación del trabajador en su espacio laboral pueda derivar en un accidente de trabajo o en una enfermedad ocupacional, de manera que tampoco se vea afectado el objetivo empresarial.

La normativa internacional ha sido clara en reconocer plenamente esta materia como un pilar fundamental para la consecución de un trabajo decente, respetando siempre la dignidad del trabajador. La Organización Internacional del Trabajo tiene como uno de sus principales principios la protección de los trabajadores contra las enfermedades profesionales, enfermedades en general y de los accidentes que resulten del trabajo; razón por la cual se han adoptado más de 40 normas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo, proporcionando a los gobiernos instrumentos para adoptar una política integral de protección de la salud de los trabajadores¹³¹.

De igual manera, la Comunidad Andina de Naciones manifiesta que la aprobación de instrumentos referentes a esta materia servirá para que los países miembros adopten directrices sobre seguridad y salud en el trabajo en sus legislaciones propias¹³². Por ello, nuestro país ha ratificado distintos instrumentos emitidos por la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y por la Organización Internacional de Trabajo (OIT), como la Decisión N° 584 de la CAN, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo, o el Convenio N° 176 de la OIT sobre seguridad y salud en las minas.

El desarrollo normativo en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo en nuestro ordenamiento jurídico data de años recientes, pues en el año 2005 se emitió el Decreto Supremo N° 009-2005-TR, Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo. Esta norma fue de vital importancia porque constituyó la primera regulación en materia de seguridad y salud en el trabajo de manera general, tratando de unificar la diversa normativa publicada para diferentes

¹³⁰ PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 005-2012-TR. (24 de abril del 2012). Por el cual se creó Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Glosario de términos. Lima, 2012, pág. 35.

¹³¹ SUIZA: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Seguridad y salud en el trabajo. Ver en: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/occupational-safety-and-health/lang-es/index.htm>.

¹³² ECUADOR: CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. Decisión N° 584. (07 de mayo del 2004). Por la cual se adopta el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Guayaquil, 2004. Ver en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>. Consultado el 10 de julio del 2020

sectores como industria, electricidad, minería, etcétera; siendo reconocida como la primera norma que tuvo como ámbito de aplicación a todos los centros de trabajo con prescindencia del giro del negocio del empleador¹³³. Sin embargo, este reglamento y sus modificatorias fueron derogados por la Décimo Cuarta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N°005-2012-TR, Reglamento de la Ley N° 29783 (en adelante, RLSST).

Posteriormente, se promulgó la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, LSST) en el año 2011, por el entonces presidente Ollanta Humala Tasso. La emisión de esta ley unificó los criterios ya existentes que se encontraban esparcidos en diversas normas sectoriales, como por ejemplo la Ley N° 29088 del 2007, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo de los Estibadores Terrestres y Transportistas Manuales, o el Decreto Supremo N° 009-2004-TR, Reglamento de la Ley de protección a favor de la mujer gestante que realiza labores que pongan en riesgo su salud y/o el desarrollo normal del embrión y el feto.

Con la emisión de la LSST y su reglamento se tuvo por fin un conjunto normativo que rige las obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo de todos los sectores económicos y de servicios de nuestro país, pues el ámbito de aplicación de esta ley se amplió respecto a las anteriores normas, comprendiendo a todos los empleadores y trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, extendiéndose incluso a los trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú; y trabajadores por cuenta propia¹³⁴.

Cabe indicar que estas normas son consideradas como criterios mínimos que deben seguir los empleadores para la prevención de los riesgos laborales, pudiendo los empleadores y trabajadores establecer mayores niveles de protección de acuerdo a los diversos factores que puedan incidir sobre el trabajo que se realiza en el centro de labores.

De esta manera, se abre la posibilidad de que mediante la negociación colectiva se produzcan mejoras en la protección o que estas sean dadas por el mismo empleador, ya que lo

¹³³ UGAZ OLIVARES, M. y SOLTAU SALAZAR, S. (2011). *Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. En: *Derecho & Sociedad*, (37), pág. 169. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13169>, consultado el 15 de julio del 2020.

¹³⁴ PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783 (20 de agosto del 2011). Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 2011.
 “Artículo 2°. Ámbito de aplicación
 La presente Ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia”.

legal no es necesariamente lo preventivo, pues “la ley es el piso, nunca el techo”, resultando insuficiente el estándar que esta nos da¹³⁵.

Ahora bien, esta ley contiene en su Título Preliminar una serie de principios que derivan de “la experiencia socio-técnica de dos procesos de elaboración normativa, estos son: el proceso de representantes de las organizaciones de empleadores, organizaciones sindicales y las entidades públicas que conformaron el Comité de Elaboración del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo; y el de los legisladores del Congreso de la República”¹³⁶.

Esta parte de la LSST contiene nueve principios, siendo algunos de ellos el principio de prevención, principio de cooperación, principio de información y capacitación, principio de consulta y participación, entre otros. Estos irradian toda la LSST y el RLSST, buscando de esta manera promover una cultura de prevención de riesgos laborales.

4.2 Obligaciones legales del empleador en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo

4.2.1 Respetto a los trabajadores

Como se mencionó anteriormente, en el Título Preliminar de la LSST se pone como piedra angular de la normativa en seguridad y salud en el trabajo la prevención de los riesgos y peligros que puedan sufrir los trabajadores durante su jornada laboral, colocando al empleador como el responsable de la gestión e implementación del sistema de seguridad y salud en el centro de trabajo.

Ya que el empleador es quien asume el compromiso de mantener un adecuado ambiente de trabajo, la normativa en seguridad y salud ha establecido una serie de obligaciones que debe cumplir el mismo, subrayando que estas se constituyen como un nivel mínimo para la prevención de los riesgos laborales.

El principio de gestión integral de la salud, señala que todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa. El establecimiento de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo es responsabilidad del empleador, quien procura la participación de los trabajadores y sus representantes¹³⁷.

¹³⁵ VÁSQUEZ CONCHA, J. (2019). *¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo en el Perú?* En: Revista de Derecho, (20), pág. 17.

¹³⁶ OSPINA SALINAS, E. (2011). *El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios*. En: Derecho & Sociedad, (37), pág. 182. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13170>, consultado el 20 de julio de 2020.

¹³⁷ PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783. *Op. Cit.* Artículo V del Título Preliminar. “Artículo V. Principio de Gestión Integral
Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa”.

La LSST establece una serie de obligaciones que debe cumplir el empleador dentro del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo¹³⁸:

- a. Garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con la labor que realiza, además de desarrollar acciones que permitan perfeccionar los niveles de protección existentes.
- b. Identificar las modificaciones en las condiciones de trabajo y disponer lo necesario para la adopción de medidas de prevención de los riesgos laborales; además garantizar el real y efectivo trabajo del comité paritario de seguridad y salud en el trabajo.
- c. Entregar a cada trabajador copia del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo y adjuntar al contrato de trabajo la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo.
- d. Garantizar, oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y de acuerdo al trabajo específico, realizando no menos de cuatro capacitaciones al año en materia de seguridad y salud en el trabajo. Los siguientes son momentos obligatorios en los cuales el empleador debe capacitar a los trabajadores en seguridad y salud en el trabajo: al momento de la contratación, durante el desempeño de la labor y cuando se produzcan cambios en la función o puesto de trabajo, o en la tecnología que se usa para realizar el mismo.
- e. Brindar facilidades económicas y licencias con goce de haber para la participación de los trabajadores en cursos de formación en la materia.
- f. Practicar exámenes médicos cada dos años, de manera obligatoria, a cargo del empleador. Los exámenes médicos de salida son facultativos y en el caso de actividades de alto riesgo es obligación del empleador realizar exámenes médicos al inicio, durante y al término de la relación laboral.
- g. Elaborar un mapa de riesgos con la participación de la organización sindical, representantes de los trabajadores, delegados y el comité de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe exhibirse en un lugar visible.
- h. Implementar los registros y documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, pudiendo llevarse a través de medios físicos o electrónicos.
- i. En el caso de declaración de emergencia sanitaria, el empleador deberá ejercer la vigilancia epidemiológica e inteligencia sanitaria respecto de sus trabajadores con el objetivo de controlar la propagación de las enfermedades transmisibles, realizando las pruebas de

¹³⁸ Cfr. *Ídem*. Artículos 35° y 49°.

- tamizaje para su personal, sin que ello genere un costo o retención salarial al personal a su cargo.
- j. Implementar los registros y documentación del Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el trabajo, debiendo estar actualizados y a disposición de los trabajadores y de la autoridad competente, respetando el derecho a la confidencialidad.
 - k. Realizar evaluaciones cuantitativas y cualitativas de los factores de riesgo para la salud de los trabajadores, en función de la matriz de identificación de los peligros y la evaluación de riesgos (IPERC) y otros documentos que contribuyan a determinar el estado de salud colectivo o individual de los trabajadores¹³⁹.
 - l. Proporcionar a los trabajadores equipos de protección personal (EPP) adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos cuando no se pueda eliminar en su origen el riesgo laboral, verificando el uso correcto de los mismos. Estos equipos deben cumplir las normas técnicas peruanas y su costo es asumido por el empleador¹⁴⁰.

¹³⁹ Cfr. PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 005-2012-TR. *Op. Cit.* Artículo 103°.

“Artículo 103.- De conformidad con el artículo 56 de la Ley, el/la empleador/a realiza actividades de vigilancia de la salud de los/las trabajadores/as, que incluyen exámenes médico ocupacionales, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 104 del presente Reglamento, así como evaluaciones cualitativas y cuantitativas de los factores de riesgo para la salud de los/las trabajadores/as, en función de la matriz IPERC y otros documentos que contribuyan a determinar el estado de salud colectivo o individual de los/las trabajadores/as. Las evaluaciones de los factores de riesgo para la salud abarcan a los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales. El/la empleador/a es responsable de realizar el análisis de los factores de riesgo encontrados a través de la matriz IPERC y monitoreos periódicos en relación a los resultados de la vigilancia de la salud colectiva de los/las trabajadores/as, a fin de adoptar acciones de mejora eficaces para garantizar la salud de los/las trabajadores/as, y hacer seguimiento a su implementación. Los resultados obtenidos y las acciones de mejora a adoptar son presentados al Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo; o, al/ a la Supervisor/a de Seguridad y Salud en el Trabajo.”

¹⁴⁰ PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783. *Op. Cit.* Artículo 49°.

“Artículo 49.- Los/las trabajadores/as eligen a sus representantes, titulares y suplentes, ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o, al/a la Supervisor/a de Seguridad y Salud en el Trabajo.

El proceso electoral está a cargo de la organización sindical mayoritaria, en concordancia con lo señalado en el artículo 9 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR. En su defecto, está a cargo de la organización sindical que afilie el mayor número de trabajadores/as de la empresa o entidad empleadora.

Excepcionalmente, corresponde al/ a la empleador/a organizar el proceso electoral en los siguientes casos:

a) A falta de organización sindical.

b) En caso la organización sindical que afilie a la mayoría de trabajadores/as no cumpla con convocar a elecciones dentro de los treinta (30) días calendario de recibido el pedido por parte del/de la empleador/a, o incumpla el cronograma sin retomarlo en un plazo máximo de cinco (5) días hábiles. Una vez cumplidos los plazos correspondientes en los casos señalados, el/la empleador/a realiza el proceso electoral dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. La elección de los/las representantes titulares y suplentes de los/las trabajadores/a ante el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo o del/de la Supervisor/a de Seguridad y Salud en el Trabajo, se realiza de forma presencial o no presencial, mediante votación secreta y directa, en la cual no participa el personal de dirección y confianza.

Mediante resolución ministerial, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo establece el procedimiento para la elección de los/las representantes de los/las trabajadores/as ante el Comité de Seguridad y Salud en el

- m. Asegurar la cantidad y calidad de los puntos de desinfección o lavado en el centro de trabajo, indicando mediante carteles la ejecución adecuada del método de lavado de manos o el uso de alcohol.
- n. Implementar el “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo”, que contendrá las medidas a adoptar para vigilar el riesgo de exposición al COVID-19 en el lugar de trabajo¹⁴¹.

Además, cada empresa deberá contar con un servicio de seguridad y salud cuya finalidad es esencialmente preventiva, de modo que este pueda identificar de manera temprana los riesgos que puedan afectar la salud de los trabajadores y los riesgos que se puedan presentar en seguridad, salud e higiene. También este servicio deberá organizar los primeros auxilios y prestar atención cuando se presente alguna urgencia en el centro de trabajo.

Ya que la finalidad de la LSST es la de prevenir accidentes y enfermedades con ocasión del trabajo, en el mismo cuerpo normativo se enumeran ciertas medidas de prevención que se deberán aplicar en el centro de trabajo, a saber:

- a. Gestionar todos los riesgos, sin excepción alguna, eliminándolos en su origen y aplicando sistema de control a aquellos que no se puedan eliminar, tratando de sustituirlos por otros que impliquen un menor peligro.
- b. Diseñar los puestos, ambientes y métodos de trabajo de manera que estos se encuentren orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador, atenuando el trabajo monótono y repetitivo. Esto también alcanza a la selección de equipos a utilizar.
- c. Integrar los planes y programas de prevención de riesgos laborales a los nuevos conocimientos de las ciencias, tecnologías, medio ambiente, organización del trabajo y evaluación de desempeño en base a condiciones de trabajo.
- d. Mantener políticas de protección colectiva e individual.

4.2.2 Respetto a los trabajadores de terceros

En cuanto a los trabajadores de terceros, la LSST no hace distinción alguna y señala expresamente que los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con subcontratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de

Trabajo; el Subcomité de Seguridad y Salud en el Trabajo, de ser el caso; o, del/de la Supervisor/a de Seguridad y Salud en el Trabajo”.

¹⁴¹ PERÚ: MINISTERIO DE SALUD. Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA, (01 de diciembre del 2021). Resolución que contiene la Directiva Administrativa N°321-MINSA-DGIESP-2021, que establece las disposiciones para vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2. Lima, 2021. Consultado el 12 de diciembre del 2021.

prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo¹⁴².

Por ello, y en concordancia con lo manifestado por Vásquez:

El deber de prevención comprende al empleador como garante de los siguientes bienes jurídicos del trabajador: su vida, su salud y bienestar; y lo extiende a terceros que, sin tener vínculo laboral con la empresa, tales como personal de empresas tercerizadoras, albergue de forma permanente o circunstancial dentro de sus instalaciones de trabajo¹⁴³.

En el RLSST también se menciona esta obligación del empleador de la empresa principal de brindar protección en materia de seguridad y salud a todos los trabajadores que se encuentren en su centro de labores. Por ejemplo, en el artículo 34° se señala que es obligación del empleador de la empresa principal implementar los registros de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, incidentes peligrosos y otros incidentes, para el caso de los trabajadores en régimen de intermediación o tercerización.

Incluso, en el mismo cuerpo normativo se recoge la obligación del empleador de poner en conocimiento de todos los trabajadores, incluido aquellos del régimen de intermediación y tercerización, el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y sus modificatorias posteriores.

Como se puede apreciar, las obligaciones de seguridad y salud del empleador de la empresa principal abarcan a todo el personal que se encuentre dentro del centro de trabajo, incluyendo a los trabajadores sujetos a intermediación y tercerización, teniendo también la obligación de vigilar el cumplimiento de las obligaciones en esta materia por parte de las empresas tercerizadoras e intermediadoras con las que mantiene una relación contractual.

4.3 Obligaciones del empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo en el contexto del COVID-19

El Virus del Síndrome Respiratorio Agudo Severo-2 o SARS-CoV-2 es un tipo de coronavirus que causa la Enfermedad por Coronavirus o COVID-19. Este fue reportado por primera vez en la ciudad de Wuhan en China en diciembre del 2019. En marzo del 2020 fue declarada como pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS) al haberse

¹⁴² Cfr. PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783. *Op. Cit.* Artículo 77°.

“Artículo 77°. - Protección de los trabajadores de contratistas, subcontratistas y otros

Los trabajadores, cualquiera sea su modalidad de contratación, que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores o bajo modalidades formativas o de prestación de servicios, tienen derecho al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.”

¹⁴³ Cfr. VÁSQUEZ CONCHA, J. *Op. Cit.*, pág. 17-18.

extendido a más de cien países en simultáneo. El 6 de marzo de ese mismo año fue reportado el primer caso positivo de infección por COVID-19 en nuestro país.

El 11 de marzo del 2020, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declaró la Emergencia Sanitaria por noventa (90) días calendario por la existencia del COVID-19, estableciéndose medidas para la prevención de la propagación del virus. El 15 de marzo, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM se declaró el Estado de Emergencia Nacional por las graves consecuencias que afectan la vida de la nación a consecuencia del brote del COVID-19, por el plazo de 15 días calendario, disponiéndose el aislamiento social obligatorio (cuarentena)¹⁴⁴. Ese mismo día, mediante Decreto de Urgencia N° 026-2020 se establecieron diversas medidas excepcionales para prevenir la propagación del COVID-19 en nuestro país, entre las que destaca la aplicación del trabajo remoto en el sector público y privado, modificando la prestación del lugar de servicios debido a la emergencia sanitaria que estamos viviendo.

Posteriormente, con la reactivación de la economía nacional, se hizo necesario fijar criterios mínimos para prevenir la exposición al COVID-19 de los trabajadores en sus centros laborales. Por ello, el 30 de junio, mediante Resolución Ministerial N° 448-2020-MINSA se fijaron lineamientos para la vigilancia de la salud de los trabajadores de las diferentes actividades económicas durante la emergencia sanitaria y posterior a ella; además se establecieron directrices para el regreso y reincorporación al trabajo.

Después, el 27 de noviembre del 2020 se derogó dicho documento y se aprobó la Resolución Ministerial N° 972-2020-MINSA que, en ese momento, recogía los nuevos avances en la evidencia científica y las actualizaciones globales respecto al estado de la pandemia por la COVID-19, incorporando la opinión de la Dirección de Prevención y Control de Enfermedades No Transmisibles, Raras y Huérfanas, así como del Instituto Nacional de Salud.

Sin embargo, el pasado 01 de diciembre del 2021 se derogó esta resolución y se emitió la Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA, la cual aprueba la Directiva Administrativa N° 321-MINSA/DGIESP-2021, que fija las nuevas disposiciones para la vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo a SARS-CoV-2.

¹⁴⁴ PERÚ: PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. (15 de marzo del 2020). Decreto Supremo que declara en Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. Lima, 2020.
 “Artículo 1°. - Declaración de Estado de Emergencia Nacional
 Declárese el Estado de Emergencia Nacional por el plazo de quince (15) días calendario, y dispóngase el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19.”

Esta directiva establece diversas obligaciones a los empleadores respecto a la salud de los trabajadores que van a regresar y reincorporarse al centro de labores, ya que la exposición al virus que produce la COVID-19 genera un alto riesgo biológico debido a su alta transmisibilidad, y al ser los centros de trabajo lugares de exposición y contagio, se deben establecer lineamientos que hagan posible una correcta vigilancia de la salud de los trabajadores que concurren al mismo durante la pandemia por la COVID-19.

De esta manera, todo empleador deberá garantizar un ambiente seguro de trabajo, verificando que todos los trabajadores estén debidamente vacunados contra la COVID-19, primer y segunda dosis y dosis de refuerzo.

Además, el empleador debe elaborar el “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo”, un documento guía que establece las medidas que se tomarán para vigilar el riesgo de exposición a la COVID-19 en el lugar de trabajo.

Este documento debe contener el número de trabajadores, la nómina de trabajadores según el riesgo de exposición al virus SARS-CoV-2 (riesgo bajo, riesgo mediano, riesgo alto y riesgo muy alto) y las actividades de vigilancia, prevención y control por riesgo de exposición; registrando este en el sistema SICOVID - Empresas del Ministerio de Salud.

Así, los empleadores deben cumplir con siete (7) disposiciones básicas de aplicación obligatoria, basados en criterios técnicos y epidemiológicos:

1. Asegurar la ventilación de los centros de trabajo, evaluando las características físicas de cada uno de los ambientes de trabajo, considerando que estos estén adecuadamente ventilados de forma natural o mecánica.
2. Evaluar la condición de salud del trabajador previo al regreso al centro de trabajo, a través de la ficha de sintomatología COVID-19 que el trabajador deberá completar y remitir al empleador previo al regreso o reincorporación. Además, se identificarán los puestos de trabajo en los que es imprescindible el trabajo presencial o si este se puede hacer de manera remota o mixta, evitando que las personas realicen labores presenciales de manera innecesaria.
3. El lavado y desinfección de manos es obligatorio, siendo responsabilidad del empleador asegurar la cantidad y la adecuada ubicación de los puntos de lavado de manos y puntos de alcohol en gel para el uso de los trabajadores.
4. Sensibilización sobre la prevención del contagio en el centro de trabajo por parte del profesional del servicio de seguridad y salud en el trabajo, quien informará permanentemente a través de capacitaciones y carteles el uso obligatorio de mascarillas durante la jornada laboral, los beneficios de la vacunación como forma de prevención ante

formas graves de la enfermedad, el distanciamiento físico y este también será el encargado de reportar tempranamente la presencia de sintomatología de la COVID-19.

5. Se adoptarán medidas preventivas de aplicación colectiva dirigidas a reducir la transmisión del COVID-19 en el ambiente de trabajo, por ejemplo: realizar trabajo remoto o migrar de forma permanente al teletrabajo, tener reuniones preferentemente virtuales, establecer el ingreso y salida al centro de trabajo de manera escalonada, uso obligatorio de mascarilla y distanciamiento físico de al menos 1 metro, entre otras.
6. El empleador asegurará la disponibilidad de los equipos de protección personal (EPP) para los trabajadores asegurando la disponibilidad de los mismos y su uso correcto y obligatorio, brindando las mascarillas en la cantidad y frecuencia necesarias.
7. El empleador tiene la obligación de vigilar la salud de los trabajadores de manera permanente durante la emergencia sanitaria nacional por el COVID-19, incluyendo en el “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo” las medidas de salud mental para todos los trabajadores, indistintamente de la modalidad presencial, remota o mixta que realicen. Para esta vigilancia de la salud del trabajador siempre debe considerarse el nivel de alerta epidemiológica poblacional.

Para que el trabajador pueda regresar al trabajo, este no debe ser caso sospechoso ni confirmado de COVID-19 y contar con la vacunación completa, esto es, primera y segunda dosis, y de ser el caso contar con la dosis de refuerzo.

Al respecto, la Resolución Ministerial N° 1302-2021/MINSA del 14 de diciembre del 2021, estableció que por un plazo de 30 días desde la entrada en vigencia de esta resolución los trabajadores que no cuenten con su esquema de vacunación completo y cuando la naturaleza de sus labores no sea compatible con el trabajo remoto, podrán seguir laborando presencialmente, siempre que su puesto de trabajo sea considerado de “riesgo bajo de exposición” y los servicios sean prestados al aire libre. El empleador tiene la obligación de verificar que estos supuestos sean cumplidos e informar al trabajador que, una vez cumplido el plazo y de no contar con vacunación completa, operará de pleno derecho la suspensión perfecta de labores establecida en el artículo 14° del Decreto Supremo N° 184-2020-PCM y sus posteriores modificatorias.

Finalmente, pero no menos importante, se establece dentro de las acciones adicionales la obligación que tiene el empleador de incluir en su “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo” medidas respecto a sus practicantes, visitas, contratistas o proveedores, como parte del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo.



Capítulo 5

El cumplimiento de obligaciones de seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal como causal de desnaturalización de la tercerización

5.1 Obligaciones de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empresa principal

Como se ha mencionado en capítulos anteriores, el supuesto de tercerización regulado en nuestra legislación laboral es aquel que implica el desplazamiento continuo de los trabajadores de la empresa tercerizadora hacia el centro de labores de la empresa principal, por lo que conviene plantear la siguiente interrogante: ¿quién es el responsable de la seguridad y salud de los trabajadores tercerizados que son desplazados hacia la empresa principal?

La LSST hace referencia a la seguridad de los trabajadores de las empresas tercerizadoras e intermediadoras que se desplazan hasta el lugar de trabajo de la empresa principal, mencionando una serie de obligaciones que debe cumplir este empleador respecto a los trabajadores desplazados mientras dure el contrato que se ha suscrito con las empresas contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores¹⁴⁵:

- a. El empleador de la empresa principal tiene el deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones. En ese sentido, debe diseñar, implementar y evaluar un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo que abarque a todos los trabajadores, incluyendo a las personas que prestan servicios, el personal bajo modalidades formativas laborales, los visitantes y los usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.

¹⁴⁵ Cfr. PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783. *Op. Cit.* Artículo 68°.

“Artículo 68°. – Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores

El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

- a) El diseño, la implementación y evaluación de un sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo para todos los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios que se encuentren en un mismo centro de labores.
- b) El deber de prevención en seguridad y salud de los trabajadores de todo el personal que se encuentra en sus instalaciones.
- c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.
- d) La vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.”

Tal y como señala Estela Ospina, este principio es una piedra angular ya que el empleador deberá colocar un acento especial en la reducción de peligros y riesgos que se generan por el tipo de gestión empresarial y a los que expone a sus trabajadores y a todos aquellos que se encuentren en su centro de trabajo¹⁴⁶.

- b. Además, el empleador de la empresa principal debe vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.
- c. Por último, el empleador de la empresa principal tiene la obligación de verificar la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador de las empresas contratistas y subcontratistas durante la ejecución del trabajo. En caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.

Del análisis del artículo mencionado, podemos observar que la intención del legislador es que el deber de prevención de la salud y seguridad de los trabajadores se encuentre tanto en manos del empleador de la empresa principal, en la medida que este conoce mejor sus propias instalaciones¹⁴⁷ y es quien ejerce el control y dirección del centro de trabajo, y también en las manos de las empresas contratistas que concurren al mismo, las cuales también deberán cumplir con sus obligaciones respecto a sus propios trabajadores.

Lengua menciona al respecto que:

Las normas de seguridad y salud en el trabajo creen por conveniente fijar en cabeza del empleador principal obligaciones especiales que atiendan dicha circunstancia, con el propósito de propiciar una adecuada gestión de la concurrencia empresarial y de los consecuentes peligros ocupacionales que ella genera, lo cual deviene finalmente en la plasmación de los deberes jurídicos de coordinación preventiva y de vigilancia. Por ello, el establecimiento por norma de deberes especiales sobre el empleador principal en el

¹⁴⁶ OSPINA SALINAS, E. *Op. Cit.*, pág. 182.

¹⁴⁷ ARCE ORTIZ, E. (2008). *Imputación De Cargas Laborales En La Subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?* En: Alcances y Eficacia del Derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrada del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, pág. 39.

caso de la concurrencia no desplaza, de ninguna manera, las obligaciones que deben cumplir las empresas que son contratadas por aquel respecto de sus servidores¹⁴⁸.

La LSST también impone al empleador de la empresa principal el deber de vigilar el cumplimiento por parte de las contratistas de sus obligaciones de seguridad y salud de sus trabajadores, pudiendo ser responsables en caso se compruebe el incumplimiento de este deber.

El deber *in vigilando* que la normativa le impone al empleador principal implica que este deba proveer instalaciones seguras en las cuales laborarán los trabajadores tercerizados y el comprobar que las empresas tercerizadoras cumplan con sus obligaciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo¹⁴⁹.

La OIT también indica, en la Directriz ILO-OSH-2001, que en los supuestos en que dos o más empresas concurren en un mismo lugar de trabajo, estas deberán adoptar en la organización productiva disposiciones que tiendan a establecer medios de comunicación y coordinación eficaces y permanentes entre la organización y la contratista, así como supervisar periódicamente la eficiencia de las actividades preventivas del contratista, y el garantizar que este cumpla los procedimientos y disposiciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo¹⁵⁰.

Ahora bien, volviendo a la LSST, esta también hace referencia a esta responsabilidad del empleador de la empresa principal, señalando expresamente que este tiene responsabilidad directa por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas tercerizadoras o intermediadoras que se encuentren en sus

¹⁴⁸ LENGUA APOLAYA, C. (2016). *Coordinación, Vigilancia y la Responsabilidad Administrativa de la Empresa Principal en la Seguridad y Salud en el Trabajo*. En: *Derecho & Sociedad*, (46), págs. 382-384. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18861>, consultado el 20 de julio de 2020.

¹⁴⁹ PUNTRIANO ROSAS, C. (2008). *Subcontratación de Trabajadores y Prevención de Riesgos Laborales*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, pág. 169.

¹⁵⁰ Cfr. SUIZA. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, ILO-OSH 2001. (13 de abril del 2002). Ginebra, 2002, pág. 15, consultado el 20 de julio de 2020.

“Numeral 3.10.5.2. Las disposiciones relativas a los contratistas ocupados en el lugar de trabajo de la organización deberían:

- a) incluir procedimientos para la evaluación y la selección de los contratistas;
- b) establecer medios de comunicación y de coordinación eficaces y permanentes entre los niveles pertinentes de la organización y el contratista antes de iniciar el trabajo. Se incluyen en las mismas disposiciones relativas a la notificación de los peligros y de las medidas adoptadas para prevenirlos y controlarlos;
- c) comprender disposiciones relativas a la notificación de lesiones, enfermedades, dolencias e incidentes relacionados con el trabajo que pudieran afectar a los trabajadores del contratista en su actividad para la organización;
- d) fomentar en el lugar de trabajo una concienciación de la seguridad y de los riesgos para la salud, e impartir capacitación al contratista o a los trabajadores de este último, antes o después de que comience el trabajo, según sea necesario;
- e) supervisar periódicamente la eficiencia de las actividades de SST del contratista en el lugar de trabajo, y
- f) garantizar que el/los contratistas(s) cumple(n) los procedimientos y disposiciones relativos a la SST.”

instalaciones desarrollando actividades, así como de los visitantes y el personal bajo modalidades formativas¹⁵¹.

Sin embargo, y tal como lo menciona Lengua:

La responsabilidad del empleador principal de garantizar la existencia de un sistema de gestión que cubra y proteja al personal de los terceros concurrentes no debería ser entendida como la sustracción de estos terceros de las tareas preventivas ni la atribución en cabeza del empleador principal de todas las obligaciones en esta materia respecto de trabajadores que le son ajenos¹⁵².

Además, como se mencionó en párrafos anteriores, el RLSST también señala expresamente algunas obligaciones del empleador de la empresa principal respecto a los trabajadores de una empresa intermediadora o tercerizadora, por lo que es claro que los deberes de prevención y vigilancia que pesan sobre el empleador de la empresa principal abarcan a todos los trabajadores que realicen labores en el centro de trabajo que este dirige, convirtiéndose en garante de la seguridad y salud de los trabajadores que se reúnen en el centro de labores.

Al respecto, es conveniente señalar también que la Ley General de Inspección de Trabajo (Ley N° 28806), en su artículo 42.2 establece que en materia de seguridad y salud en el trabajo es la empresa principal quien responde directamente de las infracciones que se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Asimismo, el Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo (Decreto Supremo N° 019-2006-TR) establece como falta grave en materia de seguridad y salud en el trabajo el incumplimiento de las obligaciones en materia de coordinación de empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo, así como también el no verificar el

¹⁵¹ Cfr. PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783. *Op. Cit.* Artículo 103°.

“Artículo 103°. Responsabilidad por incumplimiento a la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores

En materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, personas que prestan servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios, los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios responden directamente por las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones”.

¹⁵² LENGUA APOLAYA, C. *Op. Cit.*, pág. 387.

cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de las contratistas que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo¹⁵³.

Un ejemplo claro de las obligaciones impuestas al empleador principal son las establecidas con motivo de la emergencia sanitaria por la COVID-19, como la obligación de incluir disposiciones específicas respecto a estos trabajadores en el “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo”, entre otras¹⁵⁴.

5.2 Desnaturalización de la tercerización laboral por cumplimiento de las obligaciones en seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal

Con el auge de la materia de seguridad y salud en el trabajo, surgen también las controversias en nuestros tribunales de justicia al respecto. Son múltiples los litigios interpuestos ante nuestros operadores de justicia sobre seguridad y salud en el trabajo; sin embargo, actualmente se ha incrementado el número de demandas interpuestas por trabajadores de empresas tercerizadoras que alegan una desnaturalización de su contrato debido a que la empresa principal cumple sus obligaciones legales de seguridad y salud en el trabajo, argumentando que dichos actos constituyen una clara muestra de la dirección del empleador de la empresa principal y no de su empleador, solicitando entonces el reconocimiento del vínculo laboral con la empresa principal.

Al respecto, debemos tener en cuenta que el Reglamento de la Ley de Tercerización contiene en su artículo 5° las cinco causas que producen la desnaturalización de un contrato de tercerización:

- a. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales.

¹⁵³ Cfr. PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 019-2006 TR. (29, octubre, 2006). Mediante el cual se aprueba el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. Lima, 2006. Arts. 27.11 y 27.16.

“27.11 El incumplimiento de las obligaciones establecidas en las disposiciones relacionadas con la seguridad y salud en el trabajo, en materia de coordinación entre empresas que desarrollen actividades en un mismo centro de trabajo

27.16 No verificar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo realizado por encargo de la principal.”

¹⁵⁴ Cfr. PERÚ: MINISTERIO DE SALUD. Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA, *Op. Cit.*, pág. 20.

“6.5.1. El “Plan para la vigilancia, prevención y control de la COVID-19 en el trabajo” debe contener también las medidas a implementar respecto a practicantes, visitas, contratistas o proveedores; debe ser asumido en su integridad por el empleador como parte del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo. Asimismo, el profesional de salud de los Servicios de Seguridad y Salud en el Trabajo puede actualizar el Plan de acuerdo a la evidencia científica disponible.

- b. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c. Cuando exista una ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.
- d. Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal.
- e. Cuando la prestación de servicios continúe luego de la cancelación del registro.

En relación a esto, Carhuatocto precisa que los tres principales supuestos que conllevarían a determinar un fraude en la tercerización serían cuando la contratista es:

- a) Una “empresa pantalla estructural”, ya que todos sus negocios jurídicos no cuentan con un soporte empresarial básico que permita dirigir la labor de sus trabajadores, b) una “empresa pantalla coyuntural” pues tiene recursos materiales propios, pero no los utiliza en negocios jurídicos puntuales, y c) la contratista tiene elementos propios, pero esto es meramente formal, ya que deja el poder de dirección en manos de la empresa principal¹⁵⁵.

Por ello, los supuestos establecidos en el artículo mencionado anteriormente, acompañados de la verificación de lo que sucede en la realidad aplicando el principio de primacía de la realidad, permitirán a los órganos de justicia determinar si existe o no una desnaturalización del contrato de tercerización, debiendo valorar si implícitamente en esos supuestos el objetivo o justificación subyacente a la tercerización (consistente en la generación de una mayor competitividad en el mercado a través de la descentralización productiva) no ha sido el único móvil de la tercerización efectuada, teniendo como propósito subalterno el disminuir o anular los derechos laborales de los trabajadores¹⁵⁶.

Justamente, será el principio de primacía de la realidad el que permitirá al juez establecer la verdadera naturaleza de la relación contractual, privilegiando la realidad sobre lo estipulado en los documentos. Por ello, un contrato de tercerización podrá ser objeto de análisis bajo la aplicación del principio de primacía de la realidad, siempre y cuando medie discordia entre lo suscitado y los documentos que den origen a la tercerización¹⁵⁷.

Por ello, en los siguientes párrafos analizaremos tres sentencias emitidas por dos tribunales de justicia de nuestro país, las cuales versan sobre el problema planteado líneas

¹⁵⁵ CARHUATOCTO SANDOVAL, H. *Op. Cit.*, pág. 63-64.

¹⁵⁶ Fundamento 41 de la sentencia N° 045-2021 del Expediente N° 25294-2018-0-1801-JR-LA-07 del Séptimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 25 de febrero del 2021.

¹⁵⁷ Fundamento décimo de la Casación Laboral N° 8334-2017-Lambayeque, Fundamento Décimo de la Casación Laboral N° 22945-2017-Lambayeque.

arriba. Las casaciones laborales son emitidas por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. En todas estas se alega una desnaturalización de la tercerización laboral por actos del empleador de la empresa principal en cumplimiento de sus obligaciones legales de seguridad y salud en el trabajo; por lo que procederemos a analizar caso por caso para poder dilucidar si efectivamente hubo una desnaturalización del contrato de tercerización laboral o estamos ante un efectivo cumplimiento de las obligaciones legales del empleador de la empresa principal.

5.2.1 *Jurisprudencia laboral*

5.2.1.1 ¿La capacitación al personal de la empresa tercerizadora por parte de la empresa principal desnaturaliza el contrato de tercerización? Este es el hecho que se discute en la Casación Laboral N° 4278-2017-Ventanilla, en la que la parte demandante alega la existencia de una relación laboral directa con la empresa Repsol Gas del Perú S.A debido a una presunta desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre este último y Servosa Gas S.A, quien era su empleador.

El hecho que sustenta su postura es su participación en la capacitación denominada “Curso Básico I del Código Internacional para la Protección de los Buques y las Instalaciones Portuarias (Código PBIP)”, llevada a cabo en el 2017 por parte de la Instalación Portuaria del Terminal Multiboyas de Repsol YPF Comercial del Perú S.A, entregando certificados de capacitación a los asistentes a dicha capacitación, entre ellos, el demandante.

Este suceso fue determinante para que la Corte Superior de Justicia determine que existió una desnaturalización de la tercerización laboral, pues al analizar el contrato de tercerización suscrito entre ambas empresas se observó que en la cláusula quinta se establecía que Servosa Gas S.A.C era la encargada de realizar las capacitaciones de seguridad correspondientes a su personal, las cuales son requeridas para la operación de transporte, distribución y entrega de GLP a granel y, en consecuencia, es esta empresa quien debía otorgar el carnet de capacitación correspondiente.

Ahora bien, Repsol Gas del Perú en su defensa invocó que sólo cumplían una obligación legal establecida en el artículo 150° del Decreto Supremo N° 27-94-EM, que contiene el Reglamento de Seguridad para Instalaciones y Transporte de Gas Licuado de Petróleo. Este artículo indica que las empresas envasadoras otorgan carnets de capacitación, previo entrenamiento, a todo el personal que intervenga directa o indirectamente en el manipuleo o transporte del GLP; razón por la cual Repsol también incluyó a los trabajadores de la contratista ya que ellos son los encargados de transportar el GLP desde las plantas envasadoras de Repsol hasta los almacenes de los clientes de esta.

Para poder iniciar el análisis de esta Casación, debemos conocer previamente sobre qué trataba la capacitación realizada por Repsol YPF S.A. El Código de Protección de Buques e Instalaciones Portuarias (Código PBIP) es un documento normativo que tiene como propósito proporcionar un marco regulatorio y consistente para evaluar riesgos y evitar que a través de los buques, instalaciones, cargas y pasajeros se cometan atentados terroristas utilizando como vía al transporte marítimo, permitiendo a los gobiernos aumentar en forma coordinada las medidas de protección necesarias para enfrentar las nuevas amenazas. Este obliga a los puertos y compañías navieras a realizar planes de contingencia basados en evaluaciones de protección con el fin de evitar potenciales actos terroristas¹⁵⁸.

Según la Norma Técnica sobre Protección Portuaria emitida por la Autoridad Nacional Portuaria, los terminales e instalaciones portuarias que se encuentren dentro del ámbito de aplicación del Código Internacional para la Protección de Buques y las Instalaciones Portuarias (Código PBIP) deben garantizar que los servicios y actividades que se desarrollan en los puertos, terminales e instalaciones portuarias promuevan una cultura de prevención de amenazas y riesgos. Por ello, los cursos básicos de capacitación en protección y seguridad portuaria del Código PBIP están dirigidos a usuarios que realizan actividades portuarias, supervisión o gestión en la instalación portuaria, atención a la carga, el buque o el pasaje, en interfaz con la instalación portuaria¹⁵⁹.

Así, se debe tener en cuenta que el Terminal Portuario Multiboyas Refinería Repsol – La Pampilla, desde el cual se produce y transporta el GLP como gas a través del cargadero automatizado de camiones cisterna¹⁶⁰, se encuentra dentro del listado publicado por la Autoridad Nacional Portuaria de instalaciones portuarias que cumplen con los estándares de protección establecidos en el Código PBIP¹⁶¹, razón por la cual Repsol YPF debe aplicar el Curso PBIP Básico I al público en general y a toda persona que en razón de su actividad tenga que ingresar a sus terminales portuarios a nivel nacional¹⁶², en este caso, al Terminal Portuario ubicado en la Refinería La Pampilla.

¹⁵⁸ <https://www.enapu.com.pe/web/content/upload/files/spn/pdf/pbip.pdf>

¹⁵⁹ PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. RESOLUCION DE ACUERDO DE DIRECTORIO N° 044-2017-APN-DIR. (10-AGOSTO-2017). Lima, 2017. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1186617>

¹⁶⁰ <https://www.repsol.pe/es/productos-servicios/distribuidores-mayoristas-pampilla/index.cshmtl>

¹⁶¹ PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. DECLARACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE LA INSTALACIÓN PORTUARIA (DCIP) A NIVEL NACIONAL. Callao, 2019. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/753094/INSTALACIONES_PORTUARIAS_CERTIFICADAS_CON_EL_CODIGO_PBIP.pdf

¹⁶² PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. RESOLUCION DE PRESIDENCIA DEL DIRECTORIO N°014-2020-APN-PD. SÍLABO DEL CURSO PBIP Básico I. (16 de febrero del 2021).

Ahora bien, Servosa Gas S.A es una empresa especializada en el transporte y distribución de GLP a granel a nivel nacional¹⁶³. En el contrato de tercerización suscrito con Repsol YPF se estableció como objeto del contrato, en la cláusula segunda, “la contratación de la contratista para efectuar el traslado de GLP a granel, desde las fuentes de abastecimiento y/o plantas envasadoras ubicadas en distintos puntos del país hasta los destinos que Repsol YPF asigne al producto”. Entonces, se puede apreciar que Servosa es el encargado de transportar el GLP en camiones cisterna desde la Refinería La Pampilla y desde las plantas envasadoras de Repsol hacia las instalaciones de almacenamiento que esta última le indique.

Como se mencionó líneas arriba, en el presente caso Repsol argumenta que sólo cumplía lo establecido en el artículo 150° del Decreto Supremo N° 27-94-EM, el cual establece como obligación de las empresas envasadoras de GLP la capacitación a todo aquel que participe en el manipuleo o transporte del GLP.

Entonces conviene preguntarnos en este punto si el cumplimiento de esta obligación legal impuesta por un Decreto Supremo en materia de Energía y Minas contraviene lo establecido en el inciso d. del artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR que fija como causal de desnaturalización de la tercerización que los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la principal.

Para poder resolver esta situación de conflicto entre una norma y otra, debemos entender primero que significa un conflicto normativo. La sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC nos indica en su considerando 51 que la antinomia o conflicto normativo está definida como “aquella situación en que dos normas pertenecientes al mismo ordenamiento y con la misma jerarquía normativa son incompatibles entre sí, por tener el mismo ámbito de validez”.

La misma sentencia nos indica que existe en todo ordenamiento jurídico principios o criterios que permiten subsanar estos conflictos normativos, entre los que tenemos aquellos que realizan la coherencia en el momento de aplicación del Derecho, ya que versan directamente sobre las relaciones entre los distintos tipos de normas válidas y que, por tanto, operan sólo en el momento de aplicación del Derecho, especialmente en la aplicación judicial¹⁶⁴.

Lima, 2021, pág. 1. Disponible en:
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1676372/S%C3%8DLABOS%20DE%20CURSOS%20PORTUARIOS.pdf.pdf>

¹⁶³ <http://www.servosa.pe/>

¹⁶⁴ Cfr. Considerando 49 de la sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril del 2006.

En el presente caso, como ya se mencionó, las dos disposiciones que entran en conflicto son el artículo 150° del Decreto Supremo N° 27-94-EM, que fija la capacitación por parte de la empresa envasadora a todo el personal que intervenga en el manipuleo o transporte del GLP y el artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que establece como supuesto de desnaturalización la subordinación del trabajador de la empresa tercerizadora a la empresa principal.

Empezaremos el análisis indicando que ambas disposiciones normativas pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico y cuentan con la misma jerarquía normativa, razón por la cual nos encontramos efectivamente ante un conflicto normativo. Acto seguido, corresponde dilucidar cuáles serán los principios que permitan resolver esta situación de incompatibilidad entre normas. Entre los principios que permiten corregir esta situación, encontramos dos que serán aplicables al presente caso: el principio de jerarquía y el principio de especialidad.

El principio de jerarquía establece que una norma de rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, siendo válida la primera sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior¹⁶⁵, mientras que el principio de especialidad o especificidad dispone que un precepto de contenido especial prime sobre el de mero criterio general, por lo que cuando dos normas de similar jerarquía establecen disposiciones contradictorias o alternativas, pero una es aplicable a un aspecto más general de situación y la otra a un aspecto más restringido, prima la norma especial en su campo específico¹⁶⁶.

En este caso en concreto, ambos preceptos son de una misma categoría normativa, pues ambos son Decretos Supremos. Entonces, atendiendo a lo establecido en el principio de especialidad, la norma que debería primar es el artículo 150° del Decreto Supremo N° 27-94-EM sobre el artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, ya que el primero de estos aplica exclusivamente para el sector hidrocarburos, mientras que el otro aplica para el universo de las tercerizaciones.

Además, si atendemos a la especialidad de la materia objeto de la capacitación brindada por Repsol, esto es, la implementación del Código PBIP en el terminal portuario La Pampilla, cuya administración le corresponde únicamente a Repsol y que, por ello, se le imputa la responsabilidad de la seguridad de todos aquellos que concurran a este establecimiento, incluyendo a los trabajadores de la empresa tercerizadora encargados de transportar el GLP

¹⁶⁵ Cfr. fundamento 2 Caso Colegio de Abogados del Cusco y otros, Expedientes. N. 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados).

¹⁶⁶ Considerando octavo de la Casación N° 17764-2015-Lima, de fecha 13 de diciembre del 2019.

desde La Pampilla hasta los destinos indicados por Repsol, según consta en el contrato; podemos deducir que no se estaría desnaturalizando el contrato de tercerización, ya que Repsol YPF S.A sólo se encontraba cumpliendo con la normativa establecida tanto a nivel nacional como internacional en temas de seguridad en los terminales e instalaciones portuarias nacionales.

Es importante recalcar que sólo Repsol YPF podía realizar estas capacitaciones a los trabajadores que concurran al Terminal Portuario La Pampilla, sean propios, de contratistas, subcontratistas o usuarios, pues es esta empresa quien administra y es responsable de la instalación portuaria. Este tipo de particularidad que ostenta sólo la empresa principal ya ha sido declarada en otras sentencias, por ejemplo, en la Casación Laboral N° 22945-2017-Lambayeque, en la Casación Laboral N° 8329-2017-Lambayeque y en el expediente N° 31629-2013-0-1801-JR-LA-06, en los cuales se indica respecto al uso de programas de Telefónica del Perú por parte de su contratista Cobra Perú S.A, que si bien la empresa principal capacitó y le concedió el uso de alguno de algunos programas, también es cierto que se permitió que la empresa principal proporcione a esta empresa tercerizadora el uso de estos, ya que por su particularidad solo lo puede ostentar la aludida empresa principal, atendiendo a su condición de operadora del servicio de telecomunicaciones, al contar con la autorización otorgada por el Estado peruano.

De igual manera, en las sentencias de los expedientes N° 6666-2020-0-1801-JR-LA-02¹⁶⁷ y N° 21996-2019-0-1801-JR-LA-07¹⁶⁸ se señala que “sólo el titular de la actividad minera, esto es, Compañía de Minas Buenaventura S.A.A cuenta con el Certificado de Operación Minera, por lo cual no está autorizada ninguna contratista a emplear explosivos al no tener la condición exigida por ley”.

Así, nuestros tribunales de justicia laboral también indican que el sólo hecho de brindar una capacitación no implica una subordinación del trabajador de la tercerizadora hacia la principal, ya que para ello deberá acreditarse que la empresa principal haya normado reglamentariamente las labores del personal tercerizado, además de haber dictado órdenes para la ejecución de las labores o haber sancionado disciplinariamente al trabajador; por lo que en el caso concreto la realización de una capacitación en una materia especial como es Código PBIP por parte de la principal no desnaturalizaría la tercerización.

¹⁶⁷ Considerando 37 de la Sentencia del Expediente N° 06666-2020-0-1801-JR-LA-02, de fecha 19 de abril del 2022.

¹⁶⁸ Considerando 36 de la Sentencia del Expediente N° 21996-2019-0-1801-JR-LA-07, de fecha 17 de diciembre del 2021.

Al respecto, en el expediente N° 10155-2019-0-1801-JR-LA(S) se advierte que de la revisión de autos se constata que el demandante ofrece como medio probatorio las memorias anuales de los años 2013 al 2018 en las cuales la codemandada ENEL reconoció que capacitó y fiscalizó en seguridad y salud en el trabajo a todas sus contratistas, incluida la emplazada COMSA, (...), además Charlas pre/post operacional de seguridad con la finalidad de efectuar seguimiento y control de la prevención en la organización y en las empresas contratistas; acciones que constituyen coordinaciones internas bajo el contrato de locación de servicios suscrito; por lo que se constata que, por parte del actor, no se ha dirigido su actividad probatoria a acreditar que ENEL normase reglamentariamente las labores del personal de COMSA o que este se encontrase sujeto a las órdenes, jefes o supervisores de aquella, o que la primera haya sancionado disciplinariamente al actor, o que existiese alguna otra situación que dé cuenta del tratamiento del demandante como personal propio de ENEL¹⁶⁹.

Por otro lado, la jurisprudencia laboral también nos indica que la realización de capacitaciones en el lugar de trabajo de la empresa principal en donde son desplazados los trabajadores de la empresa tercerizadora no desnaturaliza la tercerización, tal y como se señala en la sentencia del Expediente N° 08433-2019-0-1801-JR-LA-10, en la que se aprecia los certificados del demandante por haber participado en el curso/taller dictado en la sala de capacitación de la Sociedad Minera CORONA - U.P YAURICOCHA correspondiente al año 2015. Sin embargo, se colige que las capacitaciones que recibió el accionante fueron llevadas a cabo en las instalaciones de la empresa principal y no que esta haya dispuesto tales capacitaciones. Además, debe tenerse en cuenta que dicha Unidad Minera era el lugar de prestación de servicios del accionante¹⁷⁰.

Por ello, y atendiendo a los argumentos planteados anteriormente, podemos concluir que en el presente caso no nos encontramos ante una causal válida de desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre Repsol YPF del Perú S.A y Servosa S.A, pues la realización de una sola capacitación por parte de la empresa principal no constituye una muestra de subordinación hacia la empresa principal, ya que nos encontramos ante un cumplimiento de una obligación legal establecida en una norma especial aplicable para la materia del contrato suscrito entre ambas empresas, esto es, el transporte y distribución del GLP; además que por la particularidad de la capacitación, esta sólo podía ser dictada por la empresa principal Repsol

¹⁶⁹ Considerando 4.29 de la Sentencia del Expediente N° 10155-2019-0-1801-JR-LA-11(S)EJE, de fecha 13 de agosto del 2021.

¹⁷⁰ Considerando 36 de la Sentencia del Expediente N° 08433-2019-0-1801-JR-LA-10, de fecha 22 de abril del 2022.

YPF S.A en atención a su condición titular de la instalación portuaria y responsable de la seguridad de los que concurran al establecimiento que administra, este es, el Terminal Portuario Multiboyas Refinería La Pampilla, desde el cual los trabajadores tercerizados transportan el GLP.

5.2.1.2 ¿La entrega de uniformes y del Reglamento Interno de Seguridad a trabajadores tercerizados por parte de la empresa principal desnaturaliza la tercerización? Esta es la pregunta que se realiza al analizar los hechos contenidos en la Casación Laboral N° 465-2018-Lima, en la cual el demandante alega que se ha desnaturalizado el contrato de distribución y/o tercerización suscrito entre las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston Sociedad Anónima Abierta y San Ignacio Sociedad Anónima debido a que, de los medios probatorios expuestos, existe un acta de reunión en la que participó Miguel Bencan Colussi, en su calidad de trabajador de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, y trabajadores de San Ignacio. El demandante sostiene que en dichas reuniones se decidía sobre personal de San Ignacio, como por ejemplo la entrega de uniformes y la entrega de Reglamento Interno de Seguridad por parte de la empresa principal.

La Corte Suprema de la República, en base a estos medios probatorios decidió declarar la desnaturalización de la tercerización y reconocer una relación laboral directa del demandante con Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston.

Entonces, aquí debemos preguntarnos lo siguiente: ¿realmente la participación de un funcionario de la empresa principal en reuniones con trabajadores de la empresa tercerizadora se puede subsumir dentro de una de las causales de desnaturalización de la tercerización? ¿Las decisiones adoptadas en dichas reuniones, como la entrega de uniformes y la entrega de Reglamento Interno de Seguridad por parte de la empresa principal también se podrían considerar causales válidas para desnaturalizar la tercerización?

Empezaremos este análisis recordando cuáles son las causales que producen la desnaturalización de una tercerización, según el artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley de Tercerización:

- a. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora no tenga por objeto desarrollar actividades principales
- b. Cuando el desplazamiento de trabajadores por parte de la empresa tercerizadora se realiza para el desarrollo de actividades que forman parte del núcleo del negocio.
- c. Cuando exista una ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

- d. Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora estén bajo la subordinación de la empresa principal.
- e. Cuando la prestación de servicios continúe luego de la cancelación del registro.

Entonces, si bien la Corte consideró que la causal aplicable en este caso es la del punto d, cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora se encuentran bajo la subordinación de la empresa principal, considero que en realidad la causal que correspondería analizar en este caso sería la establecida en el punto c, falta de autonomía de la empresa tercerizadora.

Aquí conviene recordar lo expuesto en el capítulo 3 del presente trabajo, en el que se desarrolla que implica la autonomía empresarial que debe tener la tercerizadora, la cual implica que la empresa tercerizadora debe constituirse como una unidad productiva propia¹⁷¹, es decir, que cuente con los elementos necesarios para poder realizar las actividades encargadas por la empresa principal, que cuente con recursos financieros, técnicos y materiales propios, y que además sea responsable por las ganancias o pérdidas que se generen durante la realización de sus actividades.

Al analizar si San Ignacio se constituye como una entidad empresarial propia, tenemos que San Ignacio es una distribuidora de los productos de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, la cual emitió boletas de pago a sus trabajadores, entre ellos el demandante, según el considerando 20.1. Por ello, podemos colegir que San Ignacio es una entidad empresarial que cuenta con recursos financieros propios.

Ahora, debemos analizar si la realización de reuniones en las que participaba un miembro de la principal desnaturaliza el contrato de tercerización.

Dentro de las testimoniales presentadas se encuentra la declaración del señor Bencan (el cual participaba en las reuniones con el personal de San Ignacio) en la cual señala que era una exigencia de Backus coordinar con los gerentes de la distribuidora, ya que se necesitaba que siempre existiera un representante de la operación de distribución.

Si bien en el presente caso no se tiene mayor detalle sobre las cláusulas del contrato de tercerización suscrito, de la declaración testimonial mencionada anteriormente podemos señalar que la realización de reuniones de coordinación entre ambas empresas constituía una exigencia aprobada por estas, razón por la cual estas reuniones no implicarían una falta de autonomía de

¹⁷¹ Cfr. PUNTRIANO ROSAS, C. (2008). *Subcontratación de Trabajadores y Prevención de Riesgos Laborales*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, pág. 192.

la empresa tercerizadora, pues podemos deducir que estas coordinaciones estaban pactadas por ambas partes y eran requeridas para realizar las operaciones objeto del contrato suscrito.

Este tipo de coordinaciones establecidas entre la empresa principal y la empresa tercerizadora no constituyen causal de desnaturalización de la tercerización laboral, tal y como se establece en la sentencia del expediente N° 3606-2019-0-1801-JR-LA-84 (expediente acumulado N° 14795-2019-0-1801-JR-LA-11), en la cual se indica que para el cumplimiento del servicio entre las codemandadas se necesitaban realizar coordinaciones con el personal de la empresa principal a fin de proceder con el servicio contratado y de ninguna manera acreditan un control y supervisión por parte de la empresa principal¹⁷²; por lo que respecto a este punto podemos concluir que no existe una desnaturalización de la tercerización.

Otro de los puntos tomados en cuenta es la entrega de uniformes de parte de la empresa principal. Si bien es cierto que tampoco se tiene mayor detalle sobre si la entrega constituía una obligación establecida en el contrato, quién fue el que asumió los costos de los uniformes, si la principal o la tercerizadora, quién entregó los mismos o si estos tienen el logo de la empresa principal, tampoco se detalla si este era un elemento necesario para prestar el servicio objeto de tercerización, por lo que este hecho sí constituye una muestra de falta de autonomía de la empresa principal al evidenciar la falta de recursos materiales propios de la empresa tercerizadora, quien era la encargada de entregar estos uniformes a sus trabajadores si la realización de sus actividades lo requerían, ya que la entrega de uniformes no se constituye legalmente como una obligación del empleador hacia el trabajador, mucho menos una obligación del empleador de la empresa principal.

Caso contrario sería el supuesto en que el demandante haya recibido uniformes de parte de su propio empleador pero que estos hayan contado con el logo de la empresa principal, y que en realidad en el contrato suscrito entre ambas empresas se establezca que debido al objeto de los servicios a prestar sea necesario que el trabajador de la tercerizadora sea identificado con el logo de la empresa principal, tal y como ocurre en la sentencia del expediente N°06633-2015-0-1601-JR-LA-04¹⁷³, en la que se señala 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 al público, con presencia incluso

¹⁷² Considerando 4.12.8. de la Sentencia del Expediente N° 03606-2019-1801-JR-LA-84° (Expediente acumulado N° 14795-2019-0-1801-JR-LA-11), de fecha 31 de agosto del 2021.

¹⁷³ Considerando N° 4.5 de la Sentencia del Expediente N° 06633-2015-1601-JR-LA-04, de fecha 17 de agosto del 2018.

de empresas con las cuales las usuarias compite en el mercado, por lo cual se justifica el uso de 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.

Cabe señalar que caso distinto es la entrega de Equipos de Protección Personal (EPP), lo cual si se encuentra regulado como obligación del empleador según el artículo 60° de la LSST, los cuales deberán entregarse según el tipo de trabajo y riesgos específicos cuando no se pueda eliminar en su origen los riesgos laborales.

Incluso, en materia de minería, el artículo 53° del Decreto Supremo N° 024-2016-EM establece que las “empresas contratistas, en solidaridad con el titular de la actividad minera, deberán proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal en cantidad y calidad requeridas de acuerdo a la actividad que dichos trabajadores desarrollan”. Este artículo fue el que utilizó la Segunda Sala Laboral en la sentencia del expediente N° 21846-2019-0-1801-JR-LA-14¹⁷⁴, pues en su considerando número 28 se determinó que la norma señala que de manera solidaria ambas empresas, tanto la titular de la actividad minera como la contrata, tienen la obligación de entregar de equipos de protección personal con la finalidad del bien común dentro de la actividad desarrollada; por lo que, se desestima lo alegado por el abogado del demandante referido a la desnaturalización de la tercerización.

Así, volviendo al punto de la entrega de uniformes de parte de la empresa principal Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston, este hecho sí puede encontrarse dentro de la causal d. del artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, como muestra de falta de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora San Ignacio al evidenciarse la carencia de recursos materiales propios de esta última, por lo que, respecto a este hecho, sí puede concluirse que este hecho desnaturaliza el contrato de tercerización suscrito.

Por último, tenemos el hecho de que la entrega de Reglamento Interno de Seguridad por parte de la empresa principal es validada por la Corte como causal de desnaturalización de la tercerización.

Para el análisis de este punto debemos tener en cuenta lo establecido en la normativa en seguridad y salud en el trabajo. En el artículo 75° del RLSST se establece que es obligación del empleador poner en conocimiento de los trabajadores el reglamento de seguridad y salud en el trabajo, incluyendo aquellos que se encuentran bajo los regímenes de intermediación,

¹⁷⁴ Considerando 28 de la Sentencia del Expediente N° 21846-2019-0-1801-JR-LA-14, de fecha 13 de enero del 2022.

tercerización, modalidades formativas y todos los que prestan servicios subordinados o autónomos en las instalaciones del empleador.

También debemos considerar lo establecido en el principio de prevención recogido en el Título Preliminar de la LSST, el cual es el principio rector de la materia de seguridad y salud en el trabajo. Bajo este, el empleador principal es el encargado de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de trabajo; razón por la cual el empleador principal está obligado a cumplir todas las obligaciones legales establecidas en seguridad y salud en el trabajo a fin de evitar riesgos y accidentes laborales que puedan ocurrir a trabajadores propios o a los trabajadores de sus contratistas.

Por ello, en este punto no nos encontraríamos ante una causal de desnaturalización del contrato de tercerización, sino que se trata del cumplimiento de lo establecido legalmente para el empleador principal en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues es quien detenta el control del establecimiento laboral al cual concurren los trabajadores tercerizados durante el tiempo en el que se desplazan a este para poder realizar las actividades encomendadas, no existiendo entonces razón para imputar una relación laboral directa del demandante con la empresa principal.

Para finalizar, concluimos que, respecto a la realización de reuniones de coordinación entre trabajadores de la empresa tercerizadora con trabajadores de la empresa principal, junto con la entrega de reglamento interno de seguridad no denota una falta de autonomía de la empresa tercerizadora que haga que se desnaturalice el contrato de tercerización, pues se trata de obligaciones que asume y que debe cumplir el empleador de la empresa principal.

En cambio, la entrega de uniformes si constituye una causal de desnaturalización del contrato de tercerización entre las empresas Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston y San Ignacio, ya que denota una falta de recursos materiales propios de la empresa tercerizadora, pues la entrega de uniformes no se constituye como una obligación del empleador de la empresa principal, sino más bien esta, de ser necesaria la entrega de uniformes para la realización de las labores encomendadas, le corresponde a la empresa tercerizadora en su calidad de empleador del demandante.

5.2.1.3 ¿El someter a trabajadores tercerizados a exámenes médicos ocupacionales desnaturaliza la tercerización laboral? Estos son los hechos que se discuten en la Casación Laboral N°10691-2017-Lima, en la cual la Corte Superior de Justicia declara la desnaturalización del contrato de tercerización suscrito entre la empresa Bucyrus Internacional Perú y la Compañía Minera Antamina debido a que en los actuados presentados por el

demandante se aprecian documentos denominados “recomendación médica”, “nota de evacuación”, “examen clínico auxiliar”, entre otros documentos en donde se aprecia el logo de la codemandada Compañía Minera Antamina S.A, con lo que la Corte declaró que el trabajador se encontraba bajo subordinación de la empresa principal y por ello se había desnaturalizado el contrato de tercerización suscrito. El puesto de trabajo del demandante era de soldador II, desplazado por su empleador Bucyrus a las instalaciones de la empresa principal Antamina S.A.

Empezaremos el análisis del presente caso indicando que, para establecer que existe una subordinación, debemos tener en cuenta que el artículo 9° de Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

Entonces, teniendo en cuenta lo que implica la subordinación, debemos dilucidar si es que los documentos que contienen el logo de la empresa principal y la realización de exámenes médicos al trabajador de la tercerizadora realmente constituyen una muestra de subordinación hacia la empresa principal, como indica la Corte Suprema de Justicia.

Ya que en el presente caso la codemandada es una compañía minera y los hechos se desarrollan dentro de una unidad minera, debemos remitirnos a la normativa especial que regula esta materia, a pesar que en el análisis que realizó la Corte no se tomó en cuenta esta particularidad.

Así, tenemos que las pautas para realización de exámenes médicos a todos los trabajadores del sector minería se encuentran detalladas en el Decreto Supremo N° 024-2016-EM, que contiene el Reglamento de Seguridad y Salud en Minería.

Este reglamento establece algunas definiciones importantes aplicables a esta materia. Por ejemplo, se define al titular de la actividad minera como la persona natural o jurídica, nacional o extranjera que es responsable de las actividades mineras y que cuenta con las autorizaciones requeridas por la autoridad para desarrollar las mismas. Asimismo, se señala que la definición de trabajador incluye tanto los trabajadores del titular de la actividad minera como los de las empresas contratistas mineras o de las empresas contratistas de actividades conexas.

De esta forma, el artículo 118° del referido cuerpo normativo dispone que todos los trabajadores del titular de la actividad minera y/o de las empresas contratistas se someterán, bajo responsabilidad del titular de la actividad minera, a los exámenes médicos pre-ocupacionales, anuales y de retiro de acuerdo al anexo N°16. El titular de la actividad minera

fijará las fechas de los exámenes médicos anuales. Además, los trabajadores se someterán a los exámenes médicos complementarios de acuerdo a las evaluaciones de riesgo y programas médicos promocionales de salud y preventivos que establezca el titular de la actividad minera.

Además, el artículo 26° inciso n) determina que es obligación del titular de la actividad minera el establecer y hacer cumplir que todo trabajador que labora en la actividad minera se someta a los exámenes médicos pre-ocupacionales, anuales, de retiro y complementarios.

Entonces, si la realización de los exámenes médicos para los trabajadores de los contratistas mineros debe realizarse bajo responsabilidad del titular de la actividad minera, ¿realmente constituye una muestra de subordinación de la empresa tercerizadora la realización de exámenes médicos ocupacionales requeridos por la empresa principal?

Siendo así, en el presente caso, al igual que en el primero, nos encontramos ante un conflicto normativo entre lo establecido en el artículo 5° inciso d) del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que establece como supuesto de desnaturalización la subordinación del trabajador de la empresa tercerizadora a la empresa principal, y el artículo 118° del Decreto Supremo N° 024-2016-EM, Reglamento de Seguridad y Salud en Minería, que establece que todos los trabajadores del titular de la actividad minera y de las empresas contratistas se sometan, bajo responsabilidad del titular de la actividad minera, a los exámenes médicos pre-ocupacionales, anuales y de retiro, así como a exámenes médicos complementarios y a programas médicos ocupacionales de salud y preventivos que establezca el titular de la actividad minera.

Como se señaló en el caso 1, para poder resolver estos conflictos entre normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico, tenemos que recurrir a una serie de principios para poder determinar cuál es el aplicable al presente caso. Así, para poder resolver la situación descrita anteriormente haremos uso del principio de especialidad o especificidad, que dispone que un precepto de contenido especial prime sobre uno de mero criterio general, por lo que, si dos normas de igual jerarquía establecen disposiciones contradictorias, pero una es aplicable a un aspecto más general y la otra a un aspecto más restringido, prima la norma especial en su campo específico.

Entonces, haciendo uso de este principio en el caso específico, podemos concluir que la norma que debe primar es lo establecido en el artículo 118° del Decreto Supremo N° 024-2016-EM, Reglamento de Seguridad y Salud en Minería, pues este es aplicable específicamente para el sector minero, y en el caso concreto las empresas codemandadas realizan actividades mineras y los hechos sucedieron dentro de una unidad minera administrada por la Compañía Minera Antamina.

Adicionalmente, y siguiendo con lo establecido en esta norma, en el artículo 51° se establece como obligación de la empresa contratista el cumplir con lo establecido en este reglamento, en el Reglamento Interno de Seguridad y Salud Ocupacional del titular de la actividad minera donde brinden sus servicios y demás disposiciones que les fueran aplicables, así como en el Programa de Capacitación del mismo titular de actividad minera.

De esta manera, atendiendo a la especialidad de la materia y visto lo dispuesto en los artículos que rigen en la actividad minera, podemos concluir que la realización de exámenes médicos al demandante por parte de la Compañía Minera Antamina S.A no constituye una muestra de subordinación de este hacia la empresa principal, por lo que no estaríamos dentro de un supuesto que pueda subsumirse dentro del artículo d. del artículo 5° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Si bien es cierto que los magistrados de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema que conocieron este caso señalaron que el hecho que los documentos hayan contado con el logo de la empresa principal es un indicador de subordinación del trabajador hacia esta, otros pronunciamientos emitidos por nuestros tribunales de justicia establecieron que el que existan documentos con el logo de la empresa principal no evidencia subordinación alguna, tal y como se indica en la sentencia del expediente N° 08433-2019-0-1801-JR-LA-10, que establece que:

Si bien en los actuados obra una autorización de tránsito/trabajo por túnel klepetko y el Formato IPERC Continuo, los que contienen el logo de la demandada Sociedad Minera Corona S.A, no se puede extraer dato alguno que evidencie subordinación que alega el actor, en la medida que no se aprecia el nombre de algún supervisor y/o medidas correctivas que denoten un grado de dependencia que denoten el grado de dependencia¹⁷⁵.

De la misma forma, en la sentencia del expediente N° 19764-2018-0-1801-JR-LA-14, la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima dispone lo siguiente respecto a la presentación de documentos con logos de la empresa principal:

De igual modo, del documento denominado Relación de Personal, si bien tiene el sello de recepción de vigilancia y era controlado por el personal de Forsac Perú SAC, no puede inferirse que éste lo identifique como trabajador de la empresa principal, dado que éste sirvió como identificación del personal desplazado en las instalaciones de

¹⁷⁵ Considerando 35 de la Sentencia del Expediente N° 08433-2019-0-1801-JR-LA-10, de fecha 22 de abril del 2022.

Forsac Perú, así mismo, dicho documento identifica al actor como personal de Trabajos Manuales CFR¹⁷⁶.

Asimismo, en nuestra jurisprudencia laboral también podemos encontrar otros pronunciamientos de nuestros tribunales de justicia laboral que, al analizar las particularidades y todos los medios probatorios presentados en cada caso concreto, concluyen que no existe una desnaturalización del contrato de tercerización cuando la empresa principal realiza atenciones médicas a trabajadores de la empresa tercerizadora.

Este criterio lo podemos apreciar en las sentencias de los expedientes N° 22168-2019-1801-JR-LA-02¹⁷⁷ y N° 21879-2019-1801-JR-LA-13¹⁷⁸, en donde la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima señala que las atenciones médicas brindadas a los trabajadores de la tercerizadora por la empresa principal resulta razonable estando a que por la lejanía de la zona resulta lógico que ante alguna dolencia física de menor complejidad se pueda recurrir al médico que se encuentra en la zona y no esperar un traslado a un lugar distante cuando no se trata de una emergencia sino de una urgencia médica, además que dichas atenciones fueron pagadas por la empresa tercerizadora, tal y como obran en las facturas emitidas por Compañía de Minas Buenaventura S.A.A.

Igualmente, en la sentencia del expediente N° 3413-2020-0-1801-JR-LA-14¹⁷⁹, la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima indica que:

Respecto a los contratos celebrados entre Compañía de Minas Buenaventura S.A.A y Constructores de Piques y Servicios Mineros E.I.R.L – COPSEM E.I.R.L, se puede advertir que la empresa principal Compañía de Minas Buenaventura se comprometió a cumplir a cabalidad todas y cada una de las obligaciones pactadas, dado el acceso por su ubicación geográfica, entre las que se encuentra en la cláusula 8.1.5.2 proporcionar con cargo a la cuenta del contratista el servicio de hospital y los servicios de asistencia médica de emergencia para los trabajadores de EL CONTRATISTA.

De este modo, vista la jurisprudencia presentada anteriormente, podemos concluir que ni la existencia de documentos con el logo de la empresa principal ni la realización de exámenes médicos o las atenciones médicas hechas por la empresa principal a los trabajadores de la

¹⁷⁶ Considerando 14 de la Sentencia del Expediente N° 19764-2018-0-1801-JR-LA-14, de fecha 20 de julio del 2021.

¹⁷⁷ Considerando 43 de la Sentencia del Expediente N° 22168-2019-0-1801-JR-LA-02, de fecha 30 de diciembre del 2021.

¹⁷⁸ Considerando 7.5 de la Sentencia del Expediente N° 21879-2019-1801-JR-LA-13, de fecha 10 de diciembre del 2021.

¹⁷⁹ Considerando 29 de la Sentencia del Expediente N° 3413-2020-0-1801-JR-LA-14, de fecha 06 de abril del 2022.

empresa principal se constituyen como una causal de desnaturalización de la tercerización al no ser un elemento suficiente que acredite la existencia de una subordinación de los trabajadores de la empresa tercerizadora hacia la empresa principal.

Ahora bien, en la misma Casación motivo del presente análisis, en el considerando noveno también se señala que constituye una muestra de subordinación del demandante hacia la empresa principal Compañía de Minas Buenaventura el que este cuente con un fotocheck emitido por esta empresa.

Si bien es cierto que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia concluyó que este fotocheck es una muestra clara de subordinación, opinión contraria tiene la Cuarta Sala Laboral Permanente, la cual en la sentencia del expediente N° 8346-2019-0-1801-JR-LA-01 establece que:

Los carnets o fotochecks de autorizaciones internas para operar locomotoras y winchas eléctricas otorgadas por la empresa principal CORONA no evidencian dependencia o subordinación entre el actor y CORONA, pues lo único que demuestra es que se trata de carnets que indican que el actor puede conducir maquinarias pesadas de propiedad de la usuaria (como es el caso de la locomotora), en tanto que el titular minero en cuyas instalaciones desarrollan labores mineras no sólo su personal sino también el personal de las contratistas, de conformidad con los artículos 68° y 69° de la Ley N° 29783 “Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo”, se encuentra obligado a diseñar, implementar, evaluar un sistema en gestión en seguridad y salud en el trabajo, encontrándose también obligado a prevenir la salud y seguridad, siendo responsable frente a los daños e indemnizaciones, encontrándose también obligado a disponer lo necesario para que las maquinas, equipos y sustancias no constituyan fuente de peligro y riesgo¹⁸⁰.

De similar opinión es la Primera Sala Laboral Permanente de Lima, que en la sentencia del expediente N° 22741-2019-0-1801-JR-LA-14 indica que:

De acuerdo al Principio de Prevención invocado en el Título Preliminar de la Ley N° 29783 – Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como en su artículo 68° de la citada ley, la Empresa Compañía de Minas Buenaventura S.A.A tiene como obligación garantizar la seguridad y salud en el trabajo, inclusive de los trabajadores de las empresas contratistas, pues, caso contrario, sería responsable solidaria de cualquier incumplimiento en materia de seguridad y salud en el trabajo. En ese sentido, el actor

¹⁸⁰ Considerando trigésimo segundo de la Sentencia del Expediente N° 8346-2019-0-1801-JR-LA-01, de fecha 30 de diciembre del 2021.

no ha cumplido con la carga probatoria correspondiente; siendo insuficiente el fotocheck que anexa en su demanda¹⁸¹.

Así, podemos concluir respecto a la entrega de fotocheck por parte de la empresa principal que este no acredita por sí solo una subordinación del trabajador hacia la empresa principal, ya que se necesitan otros elementos que evidencien que la empresa Compañía de Minas Buenaventura S.A ha normado reglamentariamente sus labores, ha dictado órdenes necesarias para la ejecución de las mismas o sancionado disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador de la empresa tercerizadora Bucyrus Internacional Perú, tal y como se encuentra establecido en el artículo 9° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Para finalizar el análisis de este caso, podemos concluir que el que la empresa principal realice exámenes médicos o brinde atenciones médicas a los trabajadores de la tercerizadora no desnaturaliza el contrato de tercerización, así como la existencia de documentos con el logo de la empresa principal como recomendaciones médicas o fotochecks tampoco desnaturalizan este contrato, ya que no constituyen por sí solos elementos que nos evidencien una verdadera subordinación de los trabajadores de la contratista Bucyrus Internacional hacia la empresa principal Compañía de Minas Buenaventura S.A, por lo que no debería reconocerse una relación laboral directa del demandante con la empresa principal.

5.3 Crítica a la jurisprudencia laboral

Si bien es cierto que nuestros tribunales de justicia laboral utilizan principios como el de la primacía de la realidad para poder determinar si existe una falta de autonomía de la empresa tercerizadora o una subordinación de los trabajadores de esta empresa hacia la empresa principal, también es importante que se incorporen en el análisis que realizan los principios y deberes nacidos de la descentralización productiva y de la materia de seguridad y salud en el trabajo, como por ejemplo el deber de coordinación empresarial, utilizado cuando dos empresas concurren a un mismo centro de labores y estas tienen el deber de coordinar en materia preventiva respecto a los trabajadores desplazados.

Este deber ya se puede encontrar regulado dentro de las disposiciones normativas específicas establecidas para ciertos sectores, por ejemplo en minería y también en hidrocarburos, en los que encontraremos obligaciones legales que aplicarán tanto para los titulares de las actividades como para sus contratistas, los cuales desplazan a sus trabajadores a

¹⁸¹ Considerando 32 de la Sentencia del Expediente N° 22741-2019-0-1801-JR-LA-14, de fecha 06 de diciembre del 2021.

las instalaciones de trabajo que los primeros dirigen y que, debido a la complejidad de procesos que se realizan en estos, implican una continua coordinación, cooperación y comunicación entre los empleadores de las empresas principales y de las empresas tercerizadoras con la finalidad de implementar políticas preventivas que puedan abarcar a todos los trabajadores que confluyen en un mismo espacio de labores.

Así, es de vital importancia que este deber de coordinación pueda incluirse también en nuestras disposiciones normativas que regulan la tercerización, ya que al ser esta una forma de organización empresarial muy utilizada por los empresarios peruanos, el supuesto de tercerización regulado es el que implica un desplazamiento del trabajador de la tercerizadora a las instalaciones de la principal, por lo que siempre se necesitará de la constante coordinación de ambas empresas para cumplir con los niveles preventivos mínimos establecidos en materia de seguridad y salud en el trabajo, y si así lo desean, poder aumentar estos, ya que, como vimos anteriormente, sólo constituyen estándares mínimos.

Nuestro legislador deberá por ello analizar e interiorizar la importancia de este deber para poder así establecer disposiciones específicas que regulen tanto el rol de cada empresa que participa en la tercerización laboral como las obligaciones que les corresponde cumplir a ambos conjuntamente, siempre en favor de todos los trabajadores en el centro de trabajo, sin excluir a nadie, pues lo que realmente importa es que estos tengan una protección completa frente a posibles riesgos o accidentes que se puedan presentar.

De esta manera, si logramos una inclusión en nuestra normativa laboral de este deber y que, gracias a esto, se logre una interiorización de este en nuestros operadores de justicia laboral, se podrá tener visión más específica de lo sucedido realmente en el caso concreto, analizando si realmente nos encontramos ante una desnaturalización de la tercerización o solamente ante el cumplimiento de una obligación legal impuesta en base al deber de coordinación que poseen la empresa principal y la empresa tercerizadora.

Por ello, como se ha podido apreciar en el análisis de los casos vistos anteriormente, no se trata sólo de mirar una cara de la moneda e imputar relaciones laborales directas cuando en realidad sólo se ha cumplido con un deber legal que tiene la empresa principal en virtud de algunas condiciones especiales que posee, por ejemplo cuando son titulares de concesiones mineras, o son responsables de un determinado establecimiento que tiene unas normas específicas nacionales e internacionales que deben cumplirse, o incluso cuando solamente nos encontramos ante un cumplimiento de una disposición específica de la normativa de seguridad y salud en el trabajo

Sin embargo, debemos reconocer también que existen casos en los que efectivamente se han realizado actos que desnaturalizan el contrato de tercerización, en donde se podrá observar que no existe una obligación legalmente establecida que nos permita resolver que no existe una subordinación hacia la empresa principal o que la empresa tercerizadora sí posee autonomía empresarial. En estos casos, verdaderamente nos encontramos ante una situación en la que la empresa principal se comportó como el empleador de los trabajadores desplazados, por lo que sí corresponde el reconocimiento de un vínculo laboral directo de estos con la empresa principal.

Aun cuando el principio protector del Derecho del Trabajo se establezca como criterio fundamental para establecer un amparo frente a una de las partes, como lo es el trabajador¹⁸², no se debe olvidar que lo que se busca siempre es la consecución de una verdadera justicia a través de la valoración conjunta de todos los elementos de convicción que puedan presentar ambas partes, junto con un verdadero estudio de la normativa aplicable a cada caso concreto, de manera que se pueda tener un pronunciamiento que englobe todas las materias concurrentes en el caso concreto, sin diferenciar una de otras, contemplando todas las caras de la moneda con el fin de lograr sentencias con un verdadero sentido de justicia.

¹⁸² MORALES CORRALES, P. *Op. Cit.*, pág. 39.



Conclusiones

Primera. El supuesto de tercerización laboral regulado en nuestro ordenamiento jurídico es aquel que implica un desplazamiento del trabajador hacia las instalaciones de la empresa principal. La normativa en Seguridad y Salud en el Trabajo impone una serie de obligaciones al empleador de la empresa principal respecto a estos trabajadores mientras dure el contrato de tercerización suscrito con la empresa tercerizadora, como el deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por parte de sus contratistas, o el deber de prevención de riesgos laborales respecto a todo el personal que labora en el centro de trabajo.

Segunda. Este cumplimiento de las obligaciones legales en seguridad y salud en el trabajo por parte de la empresa principal ha traído consigo el surgimiento de múltiples litigios interpuestos por trabajadores tercerizados que aducen una desnaturalización del contrato de tercerización por una falta de autonomía de la empresa tercerizadora o por una subordinación de los trabajadores de esta hacia la empresa principal, solicitando el reconocimiento de un vínculo laboral directo con la empresa principal.

Tercera. Del análisis realizado en el presente trabajo de investigación, se ha concluido que el cumplimiento de una obligación legal en materia de seguridad y salud en el trabajo por la empresa principal no constituye una causal de desnaturalización de la tercerización laboral, pues existen actos que deberá cumplir al ser obligaciones impuestas mediante mandatos legales especiales establecidos para prevenir la ocurrencia de accidentes y riesgos en el trabajo, como por ejemplo la entrega del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo a todos los que concurren al centro de labores regido por el empleador de la empresa principal o cuando se realiza una capacitación específica que sólo debe brindar el empleador de la empresa principal debido a su especial condición de titular del establecimiento o titular de la concesión otorgada por el Estado.

Cuarta. De esta manera, se deberá realizar un estudio minucioso de cada caso concreto y de cada acto que haya realizado la empresa principal en cumplimiento de la normativa en seguridad y trabajo; ya que, si bien es cierto no todo cumplimiento se constituye como causal de desnaturalización de la tercerización, si existen actos que siendo analizados bajo el principio de primacía de la realidad nos pueden llevar a concluir que efectivamente la empresa principal es quien ejerce el control de los trabajadores tercerizados al comportarse como su empleador

Quinta. Finalmente, y ante la confusión que existe para determinar cuáles son las obligaciones que debe cumplir cada empleador en el caso de concurrencia empresarial en un mismo centro de trabajo, se recomienda que se incorpore y se enfatice en la regulación de la tercerización laboral el deber de coordinación que deben tener ambas empresas con el fin de

garantizar la salud de los trabajadores desplazados, lo cual puede dar paso a regular diversas obligaciones que surjan al respecto, como por ejemplo la verificación por parte de la empresa principal de la capacitación previa al desplazamiento que debe realizar la empresa tercerizadora sobre las labores a realizar y los riesgos que pueden implicar, entre otras que obligaciones que puedan derivar de esta regulación expresa de este deber que deben cumplir las empresas que se vinculen mediante un contrato de tercerización.



Lista de referencias

- ANTOLA RODRÍGUEZ, M. y HOUGHTON SOTO, M. (2008). *Zonas Grises entre la Intermediación Laboral y la Tercerización de Servicios*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 65-73.
- ARCE ORTIZ, E. (2008). *Imputación De Cargas Laborales En La Subcontratación ¿persiguiendo un gigante o un molino de viento?* En: Alcances y Eficacia del Derecho del trabajo: tercerización, inspección y derechos colectivos. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrada del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 12-27.
- ARCE ORTIZ, E. (2013). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y Deficiencias*. 2° Edición. Lima: Palestra Editores.
- ÁVALOS JARA, O. (2008). *Incidencias en las Acciones de Subcontratación Laboral: La responsabilidad solidaria derivada de la tercerización*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 75-91.
- BOZA PRO, G. (2014). *Surgimiento, Evolución y Consolidación del Derecho del Trabajo*. En: THEMIS-Revista de Derecho (65), p. 13-26. Recuperado el 13 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10846> (consulta: 13. Enero. 2020).
- CADILLO ANGELES, C. *Ámbito de Aplicación de la Nueva Regulación sobre Tercerización de Servicios*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 93-104.
- CASTILLO PASTOR, C. (2020). *Aproximación Crítica a la Regulación de la Subcontratación de las Actividades Complementarias Vía Intermediación Laboral*. En: Revista de Derecho, (22), p. 59-87.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, H. O. (2010). *El fraude y la simulación en la contratación laboral: aplicación del principio de primacía de la realidad*. 1° ed. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
- CHIPOCO CÁCEDA, C. (1981). *La Constitucionalización del Derecho del Trabajo en el Perú*. Tesis para obtener el grado académico de Bachiller. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Facultad de Derecho, 1981.

- CORNEJO VARGAS, C. (2008). *Tercerización de Servicios: Expresión legal de una manera eficiente de hacer empresa*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 105-117.
- CORNEJO VARGAS, C. (2011). *Algunas consideraciones sobre la Contratación Laboral*. En: Derecho & Sociedad, (37), p. 138-150. Recuperado el 08 de febrero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167> (consulta: 08. Febrero. 2020).
- CRUZ VILLALÓN, J. (1994). *Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales*. En: Revista de Trabajo y Seguridad Social, (13), p. 7-33.
- DE LAMA LAURA, M. (2008). *La Responsabilidad Solidaria De La Empresa Principal En La Nueva Ley De Tercerización: Crítica a partir del principio tuitivo y del derecho a la información*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 64-69.
- ERMIDA URIARTE, O. y COLOTUZZO, N. (2009) *Descentralización, tercerización, subcontratación*. Lima: Organización Internacional del Trabajo, Proyecto FSAL.
- ESPINOZA ESCOBAR, J. (2018). *La descentralización productiva en el ordenamiento jurídico peruano*. En: Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 6 (2), p. 97-124.
- GRISOLÍA, J. A. (2011). *Manual de derecho laboral*. 7a ed. ampl. y act. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GUZMÁN ESTRADA, L.A. (2019). *¿Empresas tercerizadoras y trabajadores no registrados? A propósito de la Casación Laboral 11312 – 2016 - Junín*. En: THEMIS Revista de Derecho, 75, p. 111-119. Recuperado el 10 de febrero de 2020, de <https://doi.org/10.18800/themis.201901.009> (consulta: 03. Febrero. 2020).
- HAKANSSON NIETO, C. (2019) *Curso de Derecho Constitucional*. 3º Edición. Lima: Palestra Editores.
- LANDA ARROYO, C. (2014). *El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora*. En: THEMIS Revista de Derecho (65), p. 219-241. Recuperado el 15 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10870> (consulta: 15. Enero. 2020).

- LENGUA APOLAYA, C. (2016). *Coordinación, Vigilancia y la Responsabilidad Administrativa de la Empresa Principal en la Seguridad y Salud en el Trabajo*. En: *Derecho & Sociedad*, (46), p. 381-399. Recuperado el 20 de julio de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18861> (consulta: 20. Julio. 2020).
- MACHICADO, J. (2010). *Historia del Derecho del Trabajo*. Bolivia: Universidad San Francisco Xavier.
- MEJIA MADRID, R. (2014). *El alcance de la regulación laboral de la descentralización productiva*. En: *THEMIS-Revista De Derecho* (65), p. 97-106. Recuperado el 17 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10852> (consulta: 17. Enero. 2020).
- MORALES CORRALES, P. (2008). *Primacía De La Realidad, Intermediación Laboral Y Tercerización De Servicios; Su Aplicación En El Origen, Desarrollo y Finalización De Las Actuaciones Inspectivas*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 114-148.
- ORÉ SOSA, E. (2018). *Prevención de riesgos laborales y derecho penal*. En: *Derecho PUCP*, (81), p. 197-225. Recuperado el 11 de setiembre de 2020, de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.007> (consulta: 11. Setiembre. 2020).
- OSPINA SALINAS, E. (2011). *El Derecho a la Seguridad y Salud en el Trabajo. Principios*. En: *Derecho & Sociedad*, (37), p. 181-183. Recuperado el 20 de julio de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13170> (consulta: 12. Julio. 2020).
- PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2021). *Manual de Preguntas Frecuentes Laborales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo*. Recuperado el 20 de diciembre de 2021, de <https://www2.trabajo.gob.pe/el-ministerio-2/sector-trabajo/direccion-general-de-trabajo/manual-preguntas-frecuentes/> (consulta: 20. Diciembre. 2021).
- PUIG FARRÁS, J., GARCÍA GUZMÁN, N. y GONZÁLES, J. D. (2011). *Situación de la subcontratación en América Latina y Perspectivas para su regulación: Informe Final Proyecto Redlat*. Colombia: Escuela Nacional Sindical.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2008). *Subcontratación de Trabajadores y Prevención de Riesgos Laborales*. III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de

- la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 161-172.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2013). *Subcontratación: Apuntes Conceptuales Y Balance Legislativo*. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, p. 187-205.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2015). *La Extinción De La Relación Laboral Y La Subcontratación*. En: Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis. 1° Edición. Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L, p. 643-658.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2019). *¿Quo Vadis Iurisprudentia? La Desnaturalización en la Tercerización en el Ordenamiento Peruano*. En: THEMIS-Revista de Derecho, (75), p. 97-110. Recuperado el 17 de octubre de 2020, de <https://doi.org/10.18800/themis.201901.008> (consulta 17. Octubre. 2020).
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2021). *Descentralización Productiva y Posible Derogación o Modificación de los Esquemas Vigentes*. En: Laborem. Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (25), p. 19-43.
- QUIÑONES INFANTE, S. (2016). *Breve repaso a la evolución histórica del Derecho del Trabajo*. En: IUS ET VERITAS, 24(52), p. 258-268. Recuperado el 15 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16384> (consulta: 15. Enero. 2020).
- ROMAGNOLI, U. (1997). *El Derecho, el trabajo y la historia*. Vol.39. España: Consejo Económico y Social.
- ROSENBAUM, J. y CASTELLO, A. (2007), *Régimen jurídico de la subcontratación e intermediación laboral*. 1° Edición. Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (1996). *El Derecho del Trabajo como categoría histórica*. En: Ius et Veritas, 7(12), págs. 143-157. Recuperado el 13 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15544> (consulta: 13. Enero. 2020).
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2009). *La “Tercerización” De Actividades Productivas ¿Una estrategia para la puesta entre paréntesis de los principios tutelares del Derecho del trabajo?* En: Los principios del Derecho del trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. 2° Edición. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L, p. 152-175.

- SANGUINETI, W. (2012). *La regulación de los efectos laborales de la subcontratación: el Perú en América del Sur*. En: Derecho PUCP, (68), p. 335-353. Recuperado el 05 de febrero de 2020, de <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.012> (consulta: 05. Febrero. 2020).
- TOLEDO TORIBIO, O. (2008). *A propósito de la Reciente Aprobación de la Ley que la Regula la Tercerización en Sistema Laboral Peruano*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 173-177.
- TOVAR VELARDE, J. (2002). *Notas jurídicas sobre el contrato de outsourcing*. En: IUS ET VERITAS, 13(25). p. 61-71. Recuperado el 26 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16198> (consulta: 26. Enero. 2020).
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2004). *La descentralización de servicios laborales: entre la detracción de la intermediación y la expansión del outsourcing*. En: IUS ET VERITAS, 14 (28). p. 148-165. Recuperado el 22 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16051> (consulta: 22. Enero. 2020).
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Soluciones Laborales - Gaceta Jurídica.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2008). *Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias*. En: Derecho & Sociedad, (30). p. 84-103. Recuperado el 22 de enero de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17332> (consulta: 22. Enero. 2020).
- TOYAMA MIYAGUSUKU, J. (2009). *La Intermediación Laboral: Regulación Y Sus Relaciones Con La Tercerización*. En: Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. 2° Edición. Lima: Editorial y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., p. 540-567.
- TSUBOYAMA SHIOHAMA, L. (2008). *Implicancias de la Subcontratación en las Relaciones Individuales de Trabajo*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Celebrado del 29 al 31 de octubre del 2008 en Chiclayo, p. 179-188.
- UGAZ OLIVARES, M. (2010). *El régimen de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú*. En: Foro Jurídico, (10), p. 271-281. Recuperado el 20 de enero de 2020, de

- <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18563> (consulta: 20. Enero. 2020).
- UGAZ OLIVARES, M. y SOLTAU SALAZAR, S. (2011). *Implicancias de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo*. En: Derecho & Sociedad, (37), p. 166-180. Recuperado el 15 de julio de 2020, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13169> (consulta: 15. Julio. 2021).
- VALDES DAL – RÉ, F. (2001). *Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo*. En: Relaciones del Trabajo: Revista crítica de teoría y práctica, (2), p. 71-88.
- VÁSQUEZ CONCHA, J. (2019). *¿Estamos ya dentro de un nuevo sistema de responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo en el Perú?* En: Revista de Derecho, (20), p. 11-49.
- VILLASANTE ARANIBAR, J. (2010). *Tercerización: Algo más que sólo un tema laboral*. En: Foro Jurídico, 11 (2010), p. 286-292. Recuperado el 28 de enero, de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18596> (consulta: 28. Enero. 2020).
- VILLAVICENCIO RÍOS, A. (2010). *Tercerización/Subcontratación. Informe para OIT-ACTRAV*. Lima: Oficina Regional para América Latina OIT-ACTRAV.

Jurisprudencia

- Acción Popular N° 1607-2012-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de marzo del 2014.
- Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00047-2004-AI/TC, de fecha 24 de abril del 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02111-2012-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 04472-2016-PA/TC.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02111-2010-PA/TC, de fecha 24 de enero de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02135-2012-AA/TC de fecha 11 de junio del 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03689-2010-PA/TC, de fecha 19 de mayo de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3895-2016-PA/TC, de fecha 20 de noviembre de 2018.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0013-2014-PI/TC de fecha 10 de setiembre del 2019.

Casación Laboral N° 8334-2017-Lambayeque.

Casación Laboral N° 8329-2017-Lambayeque.

Casación Laboral N° 22945-2017-Lambayeque.

Casación Laboral N° 275-2012-La Libertad, de fecha 08 de junio del 2012.

Casación Laboral N° 1225-2015-Lima, de fecha 07 de abril del 2016

Casación Laboral N° 8983-2015-Del Santa, de fecha 19 de enero del 2017.

Casación Laboral N° 3759 – 2015 – La Libertad, de fecha 29 de marzo del 2017.

Casación Laboral N° 4278-2017-Ventanilla, de fecha 24 de noviembre del 2017.

Casación Laboral N° 10691-2017- Lima, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 02 de abril del 2018.

Casación Laboral N° 20597-2016-Lambayeque, de fecha 25 de abril del 2018.

Casación Laboral N° 11312-2016-Junín, de fecha 11 de octubre del 2018.

Casación Laboral N° 465-2018- Lima, de fecha 29 de marzo del 2019.

Casación Laboral N° 25875-2018-Tacna, con fecha 24 de octubre del 2019.

Casación Laboral N° 18486-2017-Del Santa, de fecha 07 de noviembre del 2019.

Casación N° 17764-2015-Lima, de fecha 13 de diciembre del 2019.

Sentencia del Expediente N° 31629-2013-0-1801-JR-LA-06 de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 23 de octubre del 2015.

Sentencia del Expediente N° 06633-2015-0-1601-JR-LA-04 de la Primera Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, con fecha 17 de agosto del 2018.

Sentencia N° 045-2021 del Expediente N° 25294-2018-0-1801-JR-LA-07 del Séptimo Juzgado Especializado de Trabajo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 25 de febrero del 2021.

Sentencia del Expediente N° 19764-2018-0-1801-JR-LA-14 de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 20 de julio del 2021.

Sentencia del Expediente N° 10155-2019-0-1801-JR-LA-11 (S) EJE de la Séptima Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de agosto del 2021.

Sentencia del Expediente N° 3606-2019-0-1801-JR-LA-84, Expediente acumulado N° 14795-2019-0-1801-JR-LA-11, con fecha 31 de agosto del 2021.

Sentencia del Expediente N° 22741-2019-0-1801-JR-LA-14 de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 06 de diciembre del 2021.

Sentencia del Expediente N° 21879-2019-0-1801-JR-LA-13 de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 10 de diciembre del 2021.

Sentencia del Expediente N° 21996-2019-0-1801-JR-LA-07 de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 17 de diciembre del 2021.

Sentencia del Expediente N° 22168-2019-0-1801-JR-LA-02 de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de diciembre del 2021.

Sentencia del Expediente N° 8346-2019-0-1801-JR-LA-01 de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 30 de diciembre del 2021.

Sentencia del Expediente N° 21846-2019-0-1801-JR-LA-14 de la Segunda Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 13 de enero del 2022.

Sentencia del Expediente N° 03413-2020-0-1801-JR-LA-14 de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 06 de abril del 2022.

Sentencia del Expediente N° 6666-2020-0-1801-JR-LA-02 de la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 19 de abril del 2022.

Sentencia del Expediente N° 08433-2019-0-1801-JR-LA-10 (S) de la Cuarta Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 22 de abril del 2022.

Sentencia de los Expedientes N. 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012-2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, N.º 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, N.º 0016-2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados).

Resolución de Intendencia N° 432-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 21 de marzo del 2021.

Resolución de Intendencia N° 1087-2021-SUNAFIL/ILM, de fecha 08 de julio del 2021.

Normativa peruana

PERÚ. ASAMBLEA NACIONAL. Constitución para la República del Perú (18 de enero de 1920). Lima, 1920.

https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/constituciones_ordenado/CONSTIT_1920/Cons1920_TEXTO.pdf

PERÚ. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Constitución Política del Perú (12 de julio de 1979). Lima, 1979.

<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>

PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. Resolución de Acuerdo de Directorio N° 044-2017-APN-DIR (10-agosto-2017). Lima, 2017. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1186617>

PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. Declaración de Cumplimiento de la Instalación Portuaria (DCIP) a Nivel Nacional. Callao, 2019.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/753094/INSTALACIONES_PORTUARIAS_CERTIFICADAS_CON_EL_CODIGO_PBIP.pdf.

PERÚ. AUTORIDAD PORTUARIA NACIONAL. Resolución de Presidencia del Directorio N°014-2020-APN-PD. Sílabo del Curso PBIP Básico I. (16 de febrero del 2021).

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1676372/S%C3%8DLABOS%20DE%20CURSOS%20PORTUARIOS.pdf>.

PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 27626 (08 enero, 2002). Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Lima, 2002. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H819189>

PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Dictamen recaído en el Proyecto de Ley N° 1696/2007 – CR. (06, diciembre, 2007) Que propone la “Ley que regula los servicios de Tercerización”. Lima, 2007. [https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamen20062011.nsf/069624D909EEFFF0052573AA0078243F/\\$FILE/1696_TRABAJO_2007_2008.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/ApoyComisiones/dictamen20062011.nsf/069624D909EEFFF0052573AA0078243F/$FILE/1696_TRABAJO_2007_2008.pdf)

PERÚ. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29245 (24, junio, 2008). Por la cual se crea la Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 2008. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967354>

PERÚ: CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley N° 29783 (20 de agosto del 2011). Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 2011. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1038071>

PERÚ. Decreto Legislativo N° 1038 (25, junio, 2008). Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Lima, 2008. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H967431>

PERÚ: MINISTERIO DE SALUD. Resolución Ministerial N° 1275-2021/MINSA, (01 de diciembre del 2021). Resolución que aprueba la Directiva Administrativa N°321-MINSA-DGIESP-2021, que establece las disposiciones para vigilancia, prevención y control de la salud de los trabajadores con riesgo de exposición a SARS-CoV-2. Lima, 2021. Consultado el 12 de diciembre del 2021. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2566366/RM%20N%C2%B01275-2021_1.PDF

PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 003-2002-TR. (28, abril, 2002). Decreto Supremo que establece disposiciones para la aplicación de las Leyes N° 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas

Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H824930>

PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 019-2006-TR. (29 de octubre del 2006). Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. Lima, 2006.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H930717>

PERÚ. MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 006-2008-TR (12, septiembre, 2008). Decreto Supremo que Aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N°1038, que regulan los servicios de tercerización. Lima, 2008. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H972230>

PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 005-2012-TR. (24 de abril del 2012). Por el cual se creó Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. Glosario de términos. Lima, 2012.
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1053881>

PERÚ: MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO. Decreto Supremo N° 001-2022-TR, (23 de febrero del 2022). Decreto Supremo que modifica el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. Consultado el 24 de febrero del 2022. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-modifica-el-decreto-supremo-n-006-2008-decreto-supremo-n-001-2022-tr-2042220-1/>

PERÚ: PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. (15 de marzo del 2020). Decreto Supremo que declara en Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19. Lima, 2020. <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H1257068>.

Normativa extranjera

CHILE. DIRECCIÓN DEL TRABAJO. Código del Trabajo de Chile. (16, enero, 2003). D.F.L.Núm.1. Que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código del Trabajo. Edición actualizada al 8 de octubre del 2018. Santiago, 2003. Ver en: https://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf (Revisado 05, febrero, 2020).

ECUADOR. ASAMBLEA CONSTITUYENTE. Mandato Constituyente N° 8. (30, abril, 2008). Manabí, 2008. Consultado el 10 de febrero 2020. (Revisado 10, febrero, 2020). Ver en: [https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Mandato-Constituyente-No.-](https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Mandato-Constituyente-No.-8.pdf#:~:text=%2D%20Se%20elimina%20y%20prohibe%20la,bilateral%20entre%20trabajador%20y%20empleador.)

[8.pdf#:~:text=%2D%20Se%20elimina%20y%20prohibe%20la,bilateral%20entre%20trabajador%20y%20empleador.](https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2012/08/Mandato-Constituyente-No.-8.pdf#:~:text=%2D%20Se%20elimina%20y%20prohibe%20la,bilateral%20entre%20trabajador%20y%20empleador.)

ECUADOR: CONSEJO ANDINO DE MINISTROS DE RELACIONES EXTERIORES. Decisión N° 584. (07 de mayo del 2004). Por la cual se adopta el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Guayaquil, 2004. Ver en: <http://www.comunidadandina.org/Normativa.aspx?GruDoc=07>. (Revisado 10, julio, 2020).

ESTADOS UNIDOS: CONFERENCIA SANITARIA INTERNACIONAL. Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (22 de julio de 1946). Nueva York, 1946. Ver en: https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf (Revisado 07, julio, 2020).

FRANCIA: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). París, 1948. Ver en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. (Revisado 07, julio, 2020).

NORMA OHSAS 18001 (Occupational Health and Safety Assesment Series). 2007. Sistema de Gestión en Seguridad y Salud Ocupacional. OHSAS Project Group. (Revisado el 10, julio, 2020).

PERÚ: SECRETARÍA GENERAL DE LA COMUNIDAD ANDINA. Resolución 957 (23 de setiembre del 2005). Se aprueba el Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo. Lima, 2005. Ver en: <https://www.comunidadandina.org/StaticFiles/DocOf/RESO957.pdf> (Revisado: 15, setiembre, 2020).

SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional de Trabajo (1919). Ver en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:62:0::NO::P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907. (Revisado 15, octubre, 2020).

SUIZA: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Seguridad y salud en el trabajo. Ver en: <https://www.ilo.org/global/standards/subjects-covered-by-international-labour-standards/occupational-safety-and-health/lang--es/index.htm>.

SUIZA. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). Directrices relativas a los sistemas de gestión de la seguridad y la salud en el trabajo, ILO-OSH 2001. (13 de abril del 2002). Ginebra, 2002. Ver en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_112582.pdf (Revisado: 20, julio, 2020).

SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Preámbulo de la Recomendación sobre la relación de trabajo. Núm. 198 (31, mayo, 2006). Ginebra, 2006. Ver en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument.

SUIZA. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO. Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, Núm. 155 (03, junio, 1981). Ginebra, 1981. Ver en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155#A17.

