

## **SUBCONTRATACION DE TRABAJADORES Y PREVENCION DE RIESGOS LABORALES**

**CÉSAR PUNTRIANO ROSAS<sup>(1)</sup>**

"La persona que controla un lugar de trabajo debe garantizar la existencia permanente en el mismo de aparatos cuya utilización no entrañe para la persona que allí trabaje sin ser su asalariado directo la exposición a riesgos de contraer enfermedades o de sufrir accidentes. Quien controla el lugar de trabajo debe garantizar también que la utilización de todos los demás aparatos que allí se encuentran no entrañarán ningún riesgo<sup>(2)</sup>."

### **I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN, APUNTES SOBRE LA SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJADORES**

Como lo reconoce la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las transformaciones económicas, tecnológicas y de organización que se producen en el mundo han modificado los mercados de trabajo dejando atrás el clásico esquema de subordinación patrón-empleador y orientándose más bien hacia nuevas formas de utilización de mano de obra. Esta nueva realidad impugna el modelo tradicional antes anotado "una empresa, un empleador" para centrarse en modelos laborales cuyas relaciones se generan entre una empresa usuaria y unos trabajadores, en las que la forma de la relación se caracteriza por la independencia y autonomía de las partes, siendo la misma en esencia asimétrica pues los trabajadores se hallan en una situación de subordinación respecto a la usuaria<sup>(3)</sup>.

Esta nueva modalidad de configuración de las relaciones laborales denominada subcontratación, en tanto existe la figura del intermediario entre la empresa usuaria de los

(1) Abogado laboralista por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(2) ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión, 1997.

(3) *ibid.* p.6

servicios y los trabajadores que los brindan, puede ser abordada desde dos perspectivas, (i) la subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios y (ii) la subcontratación de mano de obra.

La subcontratación de producción de bienes o servicios, o subcontratación de empresas como la denominaremos en este trabajo supone que una empresa confía a otra el suministro de bienes o servicios, debiendo esta última realizar su encargo por su cuenta y riesgo, con sus propios recursos financieros, materiales y humanos. En este esquema los trabajadores asignados al servicio permanecen bajo la subordinación de la empresa empleadora (contrata), quien es responsable del pago de sus remuneraciones, beneficios sociales y de las demás obligaciones que le incumben como empleador. El cliente (usuario, destinatario de los servicios) retribuirá sus servicios en función al resultado esperado, es decir, a la obra o al servicio contratado, no siendo relevante, en principio, el número ni la identidad de los recursos humanos que se empleen para la prestación del servicio. En este esquema lo fundamental son los resultados. El sistema legal regula peruano la subcontratación de bienes y servicios en la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo N° 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR.

Las normas en mención disponen que una real tercerización de servicios<sup>(4)</sup> supone que el tercero los preste por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales y con el personal bajo su exclusiva subordinación. Es interesante comentar que a partir de la norma reglamentaria solamente la tercerización de actividades ordinarias que impliquen desplazamiento continuo del personal del tercero hacia el centro de trabajo u operaciones del cliente se encuentra regulada por este régimen especial. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización se regularán por el Código Civil y la normatividad sectorial especial. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

En cambio, la subcontratación de mano de obra aparece cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria<sup>(5)</sup>. La subcontratación de mano de obra es denominada "intermediación laboral" por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados de la empresa usuaria o cliente. La intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley N° 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR. No nos detendremos en analizar la normatividad sobre tercerización o intermediación pues no es el objeto de la presente ponencia.

La recurrencia a la subcontratación laboral, a decir de Bronstein<sup>(6)</sup>, se funda en diversos motivos, (i) como la especialización, en tanto el modelo fordista de organización empresarial evolucionó hacia el modelo toyotista, en el cual la empresa tiende a concentrar sus actividades nucleares (*core business*) externalizando las consideradas periféricas, (ii) el

menor costo de recurrir a mano de obra periférica, y (iii) la rigidez de la legislación laboral que limita las posibilidades del empleador de ajustar su planilla en función de sus ciclos de actividad, entre otros.

La subcontratación laboral es sin duda una herramienta ventajosa para la empresa pues le permite ajustar su planilla, externalizar fases de producción y actividades periféricas, esto último con el objeto de concentrarse en sus actividades centrales, pero también genera desventajas para los trabajadores, siendo la más importante la desigualdad de trato con el personal de la empresa usuaria o cliente en materia de derechos colectivos (desagregación del colectivo laboral), inestabilidad en el empleo, menores salarios, seguridad y salud en el trabajo, protección en caso de insolvencia, etc.<sup>(7)</sup>. Se presenta sin duda como una opción organizativa que posee elementos a favor y en contra, ante lo cual la realidad nos demuestra que su impacto favorable ha abonado para que su uso se vuelva intensivo a nivel mundial.

En cuanto al derecho laboral se refiere, si como lo afirma el profesor Baylos<sup>(8)</sup> se produce una "huida" del Derecho del Trabajo con la descentralización productiva en la medida que se desvanece la empresa como centro de imputación de responsabilidades laborales, creemos que ello no debe ser visto como un obstáculo para la legitimidad de la descentralización en tanto se mantenga un respeto a los derechos fundamentales de los trabajadores involucrados en este fenómeno en general, y se propenda a un ambiente de trabajo seguro, en particular.

Justamente de la consecución y mantenimiento de un ambiente de trabajo seguro en la descentralización productiva es de lo que nos ocuparemos en la presente ponencia, para lo cual, en primer lugar, abordaremos la relevancia superlativa del trabajo seguro y su relación con el trabajo decente, para luego analizar algunas medidas necesarias en el marco de la descentralización productiva para asegurar la seguridad ocupacional del personal involucrado. En el presente trabajo, nos referiremos a la empresa que subcontrata mano de obra o servicios como el "cliente", o "empresa principal", y a la empresa que los presta como la "contratista" o "prestadora de servicios"

## II. EL TRABAJO SEGURO COMO MANIFESTACIÓN DE LA DIGNIDAD DEL TRABAJADOR

Como lo señaló el Director General de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su Memoria a la 89° Conferencia Internacional del Trabajo llevada a cabo en Ginebra en junio de 1999, el trabajo decente es aquel que se realiza en un ámbito que respeta los derechos laborales fundamentales, recibe un ingreso suficiente o digno, permite acceder a la protección social y seguridad en el trabajo y se enmarca en el diálogo social.

El trabajo decente supone básicamente el cumplimiento y aplicación de los ocho convenios fundamentales en el trabajo<sup>(9)</sup>, buscando asegurar que el trabajo se realice en

(4) Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación de bienes o servicios.

(5) Ibid. p.7.

(6) BRONSTEIN, Arturo. La subcontratación laboral. Fuente <http://www.oit.or.cr/oit/papers/subcontrat.pdf>

(7) Ibid. p.12.

(8) BAYLOS GRAU, Antonio. El paradigma productivo de la descentralización: La subcontratación de servicios como forma de organización empresarial. En: <http://baylos.blogspot.com>.

(9) Los citados convenios son los siguientes: (i) Libertad sindical: Convenio N° 87, Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación. Año 1948, y

condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana<sup>(10)</sup>. Es importante tener en cuenta que la consecución del trabajo decente, visto como una meta, no solamente depende de las políticas de Estado, sino también de la internalización por parte de los empleadores de la importancia que significa otorgar adecuadas condiciones de empleo a su personal, partiendo como mínimo de los principios y derechos fundamentales que deben estar presentes en toda relación laboral, apuntando a su permanente mejora.

Siendo así, el mantenimiento de condiciones de trabajo seguras es una clara manifestación del trabajo decente. En otras palabras trabajo decente es trabajo seguro.

Consideramos que la garantía de un ambiente de trabajo seguro debe ser entendida como una inversión y no como un gasto por el empleador pues permite a los trabajadores concentrarse en sus labores y a la larga ser más productivos. Sobre el particular es interesante citar a Berg<sup>(11)</sup>, quien afirma que la consecución de un ambiente laboral seguro, generan beneficios al empleador, pues “su desarrollo e implementación le permite tener, entre otras ventajas, una gestión más ordenada, una administración más eficiente, un mejor aprovechamiento de los recursos, una disminución de costos (ya sea medido en unidades de tiempo o en dinero); y además, contar con trabajadores más informados, con mayor preparación y con más incentivos en su desempeño y en relación con la empresa”.

De lo anteriormente expuesto podemos afirmar que, en tanto los trabajadores tienen derecho a un ambiente laboral seguro, donde puedan trabajar sin que exista riesgo alguno contra su vida o integridad personal, será evidente que la seguridad laboral tiene como sustento último a la dignidad de la persona humana<sup>(12)</sup>, pues esta es un principio-derecho que surge como un imperativo orientador de nuestro ordenamiento jurídico y de las actuaciones de los operadores del mismo, con el fin de garantizar la supremacía de la persona, tanto individualmente considerada como en el aspecto social.

Sobre el particular, Tapia afirma que “(...) la idea de trabajo decente, considera las particularidades de cada país, de las economías y de las personas, pero a la vez, envuelve en sí, un concepto básico dado por la necesidad de resguardar la dignidad humana (...)”<sup>(13)</sup>.

Convenio N° 98: Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva. Año 1949. (ii) Abolición del trabajo forzoso: Convenio N° 29, Convenio sobre el trabajo forzoso. Año 1930 y Convenio N° 105, Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso. Año 1957. (iii) Igualdad: Convenio N° 111, Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación). Año 1958 y Convenio N° 100, Convenio sobre igualdad de remuneración. Año 1951. (iv) Eliminación del trabajo infantil: Convenio N° 138, Convenio sobre la edad mínima. Año 1973 y Convenio N° 182, Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil. Año 1999.

(10) Fuente: ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Perú: Propuesta Nacional de Trabajo Decente. 2004-2006. Informe preliminar. Oficina Subregional de la OIT para los países andinos. Lima. 18 de diciembre de 2003.

(11) BERG M., HUMBERTO. Rentabilidad de las buenas prácticas laborales. Oficina Internacional del Trabajo. Santiago de Chile. 2003. p.17

(12) El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1417-2005-PA/TC, en el proceso de amparo seguido por Manuel Anicama Hernández contra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), señaló en cuanto a la dignidad de la persona humana, que: “Si bien el reconocimiento positivo de los derechos fundamentales es presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar del Estado y de los propios particulares, también lo es su connotación ética y axiológica, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado”

(13) TAPIA, FRANCISCO. “Seguimiento del grado de cumplimiento de las normas fundamentales y de las relaciones laborales y el impacto de las políticas económicas en el sector público en la zona del Mercosur más Chile”. Organización Internacional del Trabajo. Abril 2003.

Nuestra normatividad nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo, Decreto Supremo N° 009-2005-TR y su modificatoria, el Decreto Supremo N° 007-2007-TR, disposiciones que aprueban y modifican el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante “el RSST”), no es ajena a este sustento pues recoge en su articulado al Principio de Prevención, el cual, señala que “los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores promuevan condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y social. Dichas condiciones deberán propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable y b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales del trabajador”. (subrayado nuestro).

En consecuencia, no queda ninguna duda que el deber del empleador de otorgar seguridad a su personal (trabajo seguro) se inspira en el respeto a la dignidad del trabajador como persona humana, y es una manifestación del trabajo decente. En el siguiente acápite determinaremos qué estrategia se debe adoptar en la descentralización productiva para garantizar condiciones de trabajo seguro.

### III. EL DEBER DEL EMPLEADOR EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO EN UN ESQUEMA DE SUBCONTRATACIÓN DE TRABAJADORES

El título de este trabajo “prevención de riesgos laborales” no es antojadizo pues parte del supuesto comprobado que la prevención es a todas luces la mejor posición que puede asumir el empleador en materia de seguridad y salud en el trabajo, prevenir antes que lamentar reza un popular adagio.

La regulación sobre seguridad y salud en el trabajo plasma como eje fundamental de la misma a la prevención, estableciendo que, “el empleador garantizará, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que no teniendo vínculo laboral prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores”. En la descentralización productiva, ya sea subcontratación de servicios o de personas, los riesgos laborales no se encuentran ausentes, teniendo este esquema de organización empresarial la presencia de más de un empleador responsable de la seguridad ocupacional del personal involucrado en el servicio.

Antes de iniciar el análisis concreto debemos dejar por sentado que la pluralidad de empleadores responsables de la seguridad ocupacional del personal se presenta cuando la empresa cliente o principal contrata a un tercero para que le provea un servicio con desplazamiento de personal a su lugar de trabajo o simplemente para que le intermedie mano de obra.

Aquellos casos de tercerización externa (outsourcing) o de prestación de servicios sin destaque de personal no generan, a nuestro entender, un esquema distinto en materia de seguridad y salud en el trabajo a aquel que se presenta en toda relación laboral típica, salvo que, el personal se desempeñe laboralmente fuera del lugar de trabajo<sup>(14)</sup> del cliente pero

(14) Nos parece más apropiado emplear el término “lugar de trabajo” en vez de centro de trabajo pues, de acuerdo al artículo 3 c) del Convenio N° 155 de la OIT, establece que esta expresión abarca

utilizando herramientas e implementos proporcionados por este. En el esquema de la subcontratación laboral con destaque o desplazamiento de personal, como es sabido, tenemos dos empleadores en escena, por un lado el empleador que suministra el servicio o la mano de obra y por otro lado el empleador-cliente que recibe al personal en su lugar de trabajo. Así, se generan dos ámbitos de responsabilidad en seguridad y salud en el trabajo:

### Responsabilidades de quien destaca o desplaza personal

Un primer ámbito que se presenta en este esquema es el deber del empleador contratista de otorgar adecuadas condiciones de seguridad ocupacional a sus trabajadores desplazados. Este deber, emanado como consecuencia de la subordinación del trabajador y de la titularidad del poder de dirección del empleador, debe fundarse principalmente en la dignidad del trabajador.

Corresponderá al contratista verificar que su personal realice sus labores en el lugar de trabajo del cliente debidamente capacitado para el trabajo a realizar y provisto de los equipos de seguridad idóneos para las funciones que le sean requeridas.

Es indispensable, pues, que el empleador verifique que el trabajador posea información teórico-práctica suficiente respecto al puesto de trabajo a ocupar, de no ser así, deberá facilitarle la formación en forma previa a la prestación de servicios<sup>(15)</sup>. Creemos que esta obligación formativa recae tanto en el empleador que intermedia personal (destaque o provisión de mano de obra), como en el empleador que provee servicios (subcontratación de servicios), requiriéndose la participación activa en ambos casos del empleador cliente que recibirá al personal. Es posible inclusive, que el empleador cliente realice esta formación con cargo al empleador que presta servicios. Aunada a esta obligación formativa el empleador deberá vigilar la salud de su personal mediante la realización de exámenes médicos periódicos.

Sobre el particular, el artículo 70° del RSST dispone que, los trabajadores que mantengan vínculo laboral con el empleador o con contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que hayan celebrado contrato con el empleador, tienen derecho a través de sus empleadores respectivos al mismo nivel de protección en seguridad y salud en el trabajo. Esto significa que el empleador contratista deberá replicar en su personal aquel nivel de protección que el cliente posea para el suyo, en tanto, sin duda, exista similitud en los riesgos laborales a los que se encuentren expuestos los trabajadores.

Asimismo, el artículo 79° del RSST señala que si el trabajador desplazado o destacado sufre algún tipo de accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa cliente o se produce algún incidente peligroso, el empleador contratista deberá notificarlo a la autoridad laboral. Es importante precisar que el conjunto de obligaciones para aquellas empresas que desplazan o destacan personal, en tanto empleadoras, se encuentra contenido en el RSST (marco general), y en los siguientes dispositivos sectoriales:

(15) todos los sitios donde los trabajadores tienen que permanecer y adonde tienen que acudir por razones de su trabajo y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador.  
(15) LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ María Piedad. Presencia de trabajadores puestos a disposición en la empresa usuaria y prevención de riesgos laborales. Comentarios a la Ponencia Temática I presentados en el X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. p.522.

- Sector Construcción:
  - Norma G 050 - Seguridad durante la construcción aprobada por Resolución Ministerial N° 290-2005-Vivienda.
  - Normas Básicas de Seguridad e Higiene en Obras de Edificación, aprobadas mediante Resolución Suprema N° 021-83-TR.
- Sector Industria
  - Reglamento de seguridad industrial aprobado por Decreto Supremo 42-F.
- Sector Minería
  - Ley y Reglamento de Fiscalización de Actividades Mineras, Ley N° 27474, y Decreto Supremo N° 049-2001-EM.
  - Reglamento de Seguridad e Higiene Minera aprobado mediante Decreto Supremo N° 046-2001-EM.
- Sector Electricidad
  - Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo de las Actividades Eléctricas, aprobado por Resolución Ministerial N° 167-2007-MEM-DM.
- Sector Hidrocarburos
  - Reglamento de Seguridad para las Actividades de Hidrocarburos, aprobado por Decreto Supremo N° 043-2007-EM.

Creemos necesario añadir que, de detectarse el incumplimiento por parte del empleador de alguna de sus obligaciones contenidas en el RSST o en las normas sectoriales, el empleador será pasible de ser sancionado económicamente. Es más, si se produce algún infortunio laboral, el trabajador involucrado o sus familiares legitimados podrán activar al aparato jurisdiccional para verse resarcidos económicamente mediante una demanda de pago de indemnización por daños y perjuicios, en tanto el empleador no pueda demostrar que actuó en forma diligente. Tengamos en cuenta que al tratarse de un deber de seguridad propio de la relación laboral, su infracción y posterior daño, generan la posibilidad de que el empleador sea condenado a pagar una indemnización por daños derivados de su responsabilidad contractual, o mejor dicho irresponsabilidad<sup>(16)</sup>.

### Responsabilidad del usuario o cliente de los servicios

Por parte del empleador cliente o usuario de los servicios, la doctrina considera que se genera una obligación de seguridad y salud adicional o añadida a la que como propia empresa, y prescindiendo de su condición de principal, le corresponde, respecto de sus propios trabajadores<sup>(17)</sup>, pues deberá cumplir con un deber *in vigilando*, de verificar que quienes le desplazan personal cumplan con la normatividad en materia de seguridad ocupacional.

(16) Esta responsabilidad derivada de un incumplimiento laboral deberá ventilarse en un proceso laboral aplicando las normas del Código Civil sobre inexecución de obligaciones.

(17) NICOLAS BERNAD, Alberto. La descentralización productiva y la responsabilidad empresarial en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo. Comunicación a la Ponencia General presentada en el X Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999. p.235.



Como lo afirma López Romero<sup>(18)</sup>, existen cuatro ejes fundamentales sobre los que se cimienta la responsabilidad del empresario cliente:

**Información.-** La empresa usuaria o cliente deberá informar al trabajador desplazado o destacado sobre los riesgos derivados de su puesto de trabajo, a través de su empleador. Los riesgos que requieren ser informados son aquellos que concurren de manera general en la empresa, como los específicos en el puesto de trabajo y las tareas a desarrollar, así como las medidas y actividades de prevención y protección.

Asimismo la usuaria o cliente debe recabar información necesaria del empleador contratista para asegurarse que el trabajador destacado: (i) ha sido considerado apto a través de un reconocimiento médico adecuado para realizar los servicios que deba prestar, (ii) posee las calificaciones, capacidades y formación requeridas para desempeñar las tareas que se le encomienden en las condiciones que vayan a efectuarse.

No deberá permitirse el inicio de prestación de servicios del trabajador hasta que no se tenga constancia de que se han cumplido las mencionadas obligaciones. En otras palabras, el contrato de prestación de servicios entre las empresas solo será posible si previamente se ha realizado una evaluación de riesgos laborales por parte de la empresa cliente y se ha cumplido con el deber de información indicado.

Debemos anotar que, así se trate de una contratación de servicios, ella no se ve desvirtuada por el hecho que el cliente cumpla con proporcionar al personal del contratista la información antes señalada. Si el servicio se llega a despersonalizar debido a la cantidad de operadores involucrados, el cliente podrá asegurarse que el contratista cumpla con su deber de información, mediante la plasmación del mismo en el contrato, sujetando el incumplimiento a ciertas penalidades, así como a través de la realización de auditorías periódicas.

**Formación.-** El cliente deberá verificar, como se señaló anteriormente, que el trabajador a ser desplazado se encuentre debidamente calificado para las actividades a desarrollar. Este deber de formación recaerá en su empleador.

**Vigilancia de la salud.-** La vigilancia de la salud es responsabilidad de la empleadora contratista, siendo altamente recomendable su verificación por parte de la empresa cliente.

**Igualdad de trato.-** Debe existir un trato equitativo en cuanto a seguridad y salud en el trabajo por parte de la empresa cliente entre su personal y el perteneciente al contratista, en tanto se encuentren expuestos a riesgos laborales similares.

La importancia del rol del empresario cliente en la seguridad y salud del personal desplazado en sus instalaciones nos lleva a afirmar que el personal de la empresa contratista o sub contratista por el hecho de trabajar en el centro de trabajo del empresario principal parece adquirir los mismos derechos de seguridad de los propios trabajadores, sin embargo, enfatizamos que la obligación del empresario principal no exime de responsabilidad al contratista de cumplir con sus obligaciones respecto a sus propios trabajadores. En efecto, el contratista no puede de ninguna manera desentenderse de su deber de otorgar seguridad a sus trabajadores.

(18) LOPEZ-ROMERO, ibid. p.518-522.

En cuanto a las obligaciones de la empresa cliente, el RSST establece en su artículo 61° que 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) La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales.
- b) La seguridad y salud de los trabajadores.
- c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Asimismo, el empleador vigilará la puesta en marcha de la normatividad 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.

Advertimos que nuestra norma nacional recoge el deber *in vigilando* del empleador cliente o principal, y le exige el garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de terceros, para lo cual deberá no solamente proveer de una instalaciones seguras en las cuales los trabajadores laboren sino también comprobar que las empresas empleadoras cumplan con sus deberes relativos a la seguridad y salud en el trabajo. Si bien la norma no lo señala expresamente, creemos que en caso de que el tercero (contratista) no cumpla, el principal podrá asumir las obligaciones y luego repetir contra su prestador de servicios para cobrarse el costo de las mismas. Adicionalmente, el artículo 17° del RSST dispone que los registros de accidentes de trabajo e incidentes y enfermedades ocupacionales deben ser llevados por la empresa usuaria o cliente para los trabajadores que desarrollan labores de intermediación laboral, así como para los contratistas, subcontratistas, siempre que las actividades se desarrollen en sus instalaciones.

Hasta aquí podemos advertir que nuestra legislación fija el ámbito del deber de seguridad del empleador cliente en tanto las actividades de los trabajadores del tercero se desarrollen en sus instalaciones. Creemos que podría ampliarse este ámbito si se recogiese la definición oitiana de "lugar de trabajo", pues abarca todos los sitios donde los trabajadores tienen que permanecer y adonde tienen que acudir por razones de su trabajo y que se hallan bajo el control directo o indirecto del empleador, por lo que, si los trabajadores del tercero prestan servicios fuera de las instalaciones del cliente, a pedido de él, pero adicionalmente, empleando máquinas, útiles o productos del cliente, entonces el cliente deberá también ser responsable de que dicho personal realice sus labores con seguridad.

Ahora bien, si el empleador cliente incumple con ese deber de protección que le exige su condición de receptor de trabajadores de terceros, nuestra legislación prevé en el artículo 42.2 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, Decreto Supremo N° 019-2006-TR, que, la empresa principal o cliente responderá directamente de las infracciones que, en su caso se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones.

Si concordamos esta disposición con el artículo 61° antes citado del RSST, podemos colegir que, si el tercero no cumple con alguna obligación en materia de seguridad ocupacional relativa al personal que ha desplazado en el centro de trabajo de un cliente, ese cliente será quien responda frente a la autoridad inspectiva laboral. Recordemos que el RSST regula un deber de vigilancia por parte del cliente, por lo que, si cumple con dicha responsabilidad no debería ser sancionado. Añade el artículo 42.2, que las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios, responderán directamente de las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

En suma, nuestro dispositivo que regula la seguridad y salud en el trabajo, es muy escueto en cuanto a las obligaciones de la empresa cliente en este rubro, resulta ser bastante drástico si el cliente incumple con su deber de vigilancia. Creemos apropiada esta consecuencia.

Finalmente, anteriormente indicamos que, de presentarse algún infortunio laboral, en tanto el mismo fuese producto de la "irresponsabilidad contractual" del empleador contratista, el trabajador afectado o sus familiares legitimados podían recurrir a la vía judicial para ser indemnizados, estas mismas personas podrán involucrar extracontractualmente a la empresa cliente, si se presenta algún daño por dolo o culpa del cliente o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa<sup>(19)</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

La subcontratación de trabajadores se presenta como una forma flexible de organización empresarial que permite a la empresa ser más eficiente al concentrarse en su núcleo esencial (core business) y encargar (descentralizar o externalizar) a terceros actividades periféricas e inclusive alguna parte del propio core (núcleo). Esta flexibilidad de ninguna manera exime a las empresa involucradas en esta externalización de sus responsabilidades en materia de seguridad y salud en el trabajo, pues, como se ha visto en la presente ponencia, se exige que el empleador que desplaza o destaca personal cumpla con sus obligaciones como tal, es decir, de otorgar seguridad y condiciones adecuadas de trabajo a su personal, así como al empleador dueño del lugar de trabajo a asegurarse que el espacio físico donde los trabajadores del tercero sea lo más seguro posible e inclusive, que el propio tercero cumpla con sus deberes de seguridad y salud en el trabajo.

Este deber *in vigilando* permanente en cabeza de la tercera empresa genera una responsabilidad adicional a la que ya posee en relación a sus propios trabajadores.

Si bien, la subcontratación de mano de obra hace más evidente el contacto entre el cliente (usuario) y el personal destacado, en tanto aquel asume algunos aspectos del poder directivo del empleador contratista, por lo que garantizar la seguridad y salud en el trabajo de este personal resultaría más sencillo en términos prácticos, en el caso de una subcontratación de bienes o servicios, donde el contacto es casi nulo pues no existe subordinación por parte del personal desplazado respecto al cliente, el cliente podrá, sin conocer personalmente a

(19) Esta responsabilidad deberá dilucidarse en un proceso civil aplicando las normas del Código Civil sobre responsabilidad extracontractual.

cada trabajador, coordinar con el encargado del contrato, jefe de equipo, supervisor, o como se le denomine, en tanto empleador del contratista, la existencia de medidas concretas de seguridad y el acatamiento de las mismas por el personal.

Es más, somos de la opinión que deberá incorporarse en el contrato de servicios una cláusula relativa a las obligaciones de ambas partes en relación a la seguridad y salud del personal, las consecuencias del incumplimiento (penalizaciones o resolución del contrato), así como la potestad del cliente de realizar inspecciones o verificaciones del acatamiento de las reglas legales por parte del contratista y de sus trabajadores. Estas medidas, que tienen su justificación positiva en el RSST no deben significar la desnaturalización de la subcontratación de servicios, verificación (vigilancia) no significa poder de dirección<sup>(20)</sup>. Tengamos además en cuenta que, si es detectado algún incumplimiento relativo a la seguridad y salud en el trabajo, el cliente responderá directamente ante la autoridad inspectiva laboral.

El contratista, en forma previa al destaque, como vimos, deberá asegurarse que el trabajador haya recibido la formación necesaria para desempeñarse en el puesto al cual va a ser asignado, en tanto el cliente debe verificar la adecuada información y destrezas del trabajador en forma previa a la puesta en marcha del contrato. En general, se ha señalado que existen dos empleadores involucrados, cada uno con una serie de obligaciones claras que deben ser puestas en práctica. Nuestro ordenamiento, sin embargo, no le dedica mucho detalle a ello, no precisa los cuatro ejes fundamentales antes indicados y se limita a señalar en forma muy general la obligación *in vigilando* de la empresa cliente, siendo drástico en caso de una infracción a la misma.

Nuestro sistema legal podría verse enriquecido, a nuestro entender, si se incorpora lo siguiente:

- La obligación del proveedor de servicios o de mano de obra de capacitar al personal en las labores a realizar en forma teórico-práctica e informarle detalladamente de los riesgos que entrañan sus actividades. Esto deberá realizarse en coordinación con la empresa cliente, la que se encontrará obligada de proveer dicha información. La información en mención deberá actualizarse si existe algún cambio en las condiciones de trabajo.
- La prohibición de desplazar personal si no ha existido una debida capacitación, la cual deberá acreditarse por el empleador.
- La obligación del empleador contratista de monitorear periódicamente la salud de su personal, previo consentimiento de este. El cliente deberá apoyar en dicho monitoreo informando qué exámenes son los más apropiados de acuerdo a los riesgos laborales.
- La exigencia de una estrecha coordinación entre el empleador contratista y el cliente en relación a las medidas de seguridad y salud en el trabajo a adoptar.
- La capacitación continua del personal desplazado o destacado para hacer frente a los nuevos riesgos laborales que pudieran generarse en su lugar de trabajo.

(20) Advirtamos que nuestras normas sobre tercerización establecen que la misma se entiende desnaturalizada si existe subordinación del personal destacado respecto a la empresa cliente.

- La posibilidad que el personal desplazado o destacado participe en el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo formado en el cliente, pues a ellos les es aplicable el reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo del cliente.
- Se debería modificar el capítulo de sanciones previsto en el Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo incluyendo las consecuencias de incumplir con los deberes anotados (cuya incorporación se sugiere) así como los y existentes.
- En consecuencia, creemos que nuestras normas internas deben precisar las obligaciones de ambas partes, quedando claro el ámbito de las mismas y que al final el objetivo del sistema es garantizar un ambiente de trabajo seguro y digno para quienes se desempeñen laboralmente en él.

## A PROPÓSITO DE LA RECIENTE APROBACIÓN DE LA LEY QUE LA REGULA LA TERCERIZACIÓN EN SISTEMA LABORAL PERUANO

OMAR TOLEDO TORIBIO<sup>(1)</sup>

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (*services*) y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del *outsourcing* o la tercerización de servicios. Sin embargo, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR –reglamento de la citada ley– ha efectuado un inventario de un conjunto de figuras que según la misma norma no constituyen intermedición laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior se puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la *tercerización de servicios* con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho la mala

(1) Magíster en Derecho (UNMSM). Vocal Superior Titular de la Segunda Sala Laboral de Lima. Estudios de Maestría en Magistratura en la Universidad de Buenos Aires-Argentina (UBA) y de Formación Judicial Especializada en el *Aula Iberoamericana*, La Coruña, España- en el año 2000. Post título en Derechos Fundamentales (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura. Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres