

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

Supuestos de Solidaridad Laboral

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
RELACIONES LABORALES**

AUTORA

SARA ROSA CAMPOS TORRES

ASESOR/A

LUIS ERWIN MENDOZA LEGOAS

Junio, Año 2021



AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial al doctor Jorge Toyama Miyagusuku quien hizo posible la realización de esta tesis

RESUMEN

La tesis trata los principales casos de solidaridad en relaciones de tercerización de servicios intermediación laboral así como los casos de seguridad y salud en el trabajo, riesgos laborales, grupo de empresas, entre otros. El objetivo de la tesis es dar a conocer en qué casos es aplicable la solidaridad laboral teniendo como punto de partida un análisis constitucional y civil, ya que actualmente no contamos con una regulación específica sobre esta materia.

Para ello, la tesis está sustentada en el análisis doctrinario, legal y sustantivo de la solidaridad laboral, así como de la jurisprudencia sobretodo en lo referido a grupo de empresas. Se resalta la aplicación de la solidaridad en materia de riesgos laborales y accidentes de trabajo, por cuanto se preserva la vida e integridad del trabajador. También, se han considerado los principios laborales para el sustento de la solidaridad laboral.

Por ello, consideramos que la tesis desarrolla con mayor profundidad los distintos casos de solidaridad laboral teniendo como base lo regulado por la legislación civil, lo que permitirá identificarla en los distintos ámbitos de la relación laboral.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

7

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD LABORAL 14

I. Breves Apuntes sobre el Estado Constitucional y los Derechos Laborales	14
1. El Estado Social en nuestras Normas Constitucionales	17
2. Los Derechos Sociales y los Instrumentos Internacionales.....	21
II. Los Principios Laborales: Garantías Internacionales y Derechos Constitucionales.....	24
1. El Principio Protector del Trabajo.....	27
2. El Principio de Primacía de la Realidad	34
3. El Principio de Continuidad	37
III. La Protección Constitucional del Derecho al Trabajo: Relación entre la Remuneración y la Solidaridad Laboral.....	40
1. Características de la Remuneración.....	43
1.1 El Carácter Contraprestativo	43
1.2 La Libre Disponibilidad	44
1.3 Posibilidad de Pago en Dinero o en Especie.....	45
1.4 Que la Ley no le haya sustraído el Atributo Remuneratorio.....	46
2. Herramientas de Protección Salarial.....	47
2.1 Prioridad de Pago.....	48
2.2 Carácter Persecutorio.....	49
2.3 Intangibilidad.....	51
2.4 Primacía de la Realidad Salarial	52
IV. La Solidaridad Civil y la Solidaridad Laboral: Aspectos Afines	55
1. La Obligación Solidaria.....	55
2. Tipos de Solidaridad.....	56
3. Requisitos	58
4. Características.....	59
5. Consecuencias de la Solidaridad Pasiva Civil.....	64
6. El Punto de Quiebre: La Solidaridad Pasiva	66
7. Relación entre la Solidaridad Civil y Laboral: La Necesidad de una Regulación Legal Específica de la Solidaridad Laboral.....	71

CAPÍTULO II. SOLIDARIDAD LABORAL EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL	76
I. A Modo de Introducción: La Subcontratación Laboral	76
II. La Intermediación Laboral en el Ordenamiento Legal Peruano	83
1. El Objeto en la Intermediación Laboral: Actividades que pueden ser Intermediadas .	84
2. Sujetos que intervienen en una Actividad de Intermediación Laboral	91
3. Breve Alcance sobre los Requisitos para la Operatividad de las Empresas de Intermediación en el Mercado	93
III. Teoría de la Solidaridad Laboral en la Intermediación	93
1. Alcances de la Solidaridad Laboral en la Intermediación ante Beneficios Laborales Impagos	101
2. La Solidaridad Laboral y la Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad	103
3. Efectos de la Solidaridad Laboral tras la Desnaturalización de la Intermediación	107
IV. Conclusiones	109
CAPÍTULO III. SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS	111
I. A modo de Introducción	111
II. La Tercerización Laboral en el Ordenamiento Legal Peruano	113
1. Requisitos y Características	115
2. El Objeto de la Tercerización Laboral	118
3. Sujetos que intervienen en la Tercerización de Servicios	120
4. Diferencia con la Intermediación: Tercerización de Servicios Complementarios y Especializados.	121
III. La Solidaridad Laboral en la Tercerización de Servicios	125
1. La solidaridad en el Ámbito de las Contratas y Subcontratas de Obras o Servicios .	127
2. Alcances de la Solidaridad Laboral en la Tercerización de Servicios	131
3. Supuestos de Desnaturalización	136
IV. Conclusiones	140
CAPÍTULO IV. SOLIDARIDAD LABORAL EN EL GRUPO DE EMPRESAS	144
I. La Complejidad de la Figura del Empleador en el Derecho del Trabajo Actual	144
II. Hacia una Definición del Grupo de Empresas	149
1. Pluralidad de Empresas con Autonomía Jurídica	151
2. Dirección Unitaria	154
III. Diferencia entre el Grupo de Empresas y la Transmisión de Empresas	156
1. Elementos de la Transmisión de Empresas	156

2. Consecuencia de la Transmisión de Empresas.....	158
IV. La Solidaridad Laboral en el Grupo de Empresas	162
1. Primacía de la Realidad.....	164
2. El Empleador Complejo	165
3. La Solidaridad Laboral ante un Supuesto de Grupo de Empresas.....	167
V. Conclusiones	171
CAPÍTULO V. SOLIDARIDAD LABORAL EN LOS RIESGOS LABORALES	174
I. Introducción	174
II. Salud y Trabajo	177
III. Solidaridad Laboral en los Riesgos Laborales	200
1. Solidaridad Laboral en Materia de Seguridad y Salud en el Trabajo.....	202
2. Solidaridad Laboral en Materia de SCTR.....	209
IV. Obligación de adoptar Medidas Preventivas	211
V. Responsabilidad Conjunta de Entidades Estatales.....	212
IV. Los Riesgos Laborales y su Importancia Constitucional.....	216
CAPÍTULO VI. OTROS SUPUESTOS DE SOLIDARIDAD LABORAL	218
I. Seguridad Social.....	218
II. Seguro de Vida Ley	220
III. Hostigamiento Sexual.....	221
IV. Protección de Grupos de Trabajadores Vulnerables	222
CONCLUSIONES	226
BIBLIOGRAFÍA	231

RESUMEN EJECUTIVO DE LA TESIS

En la actualidad, observamos que las empresas pertenecientes al régimen laboral de la actividad privada recurren cada vez más a la contratación de empresas tercerizadoras o intermediarias para la realización de sus actividades. Al respecto, son varias las razones, tales como: trasladar el riesgo, asumir menos costos laborales, evitar conflictos, entre otros.

En este nuevo escenario en la que se desplaza o destaca trabajadores de una empresa tercera, se pueden presentar situaciones de incumplimiento relacionados a beneficios laborales, seguridad social, o seguridad y salud en el trabajo, lo que genera la necesidad de establecer si uno o más empleadores deben asumir estas obligaciones, lo que se conoce en el Derecho Laboral como “solidaridad laboral”.

Hasta el momento, la solidaridad en el Perú tiene como base principal lo regulado en el Código Civil de 1984, y solo se ha encontrado en nuestra legislación laboral algunos alcances de esta figura, específicamente en las normas que regulan la intermediación laboral, la tercerización de servicios, la seguridad y salud en el trabajo, y otros supuestos, es decir, en materia laboral tenemos una regulación dispersa, siendo necesaria una regulación especial que desarrolle los aspectos más importantes de esta figura.

Al respecto, es importante anotar que en el Pleno Jurisdiccional del año 2008 se hizo mención a la necesidad de desarrollar una teoría sobre la solidaridad laboral que unificara los criterios a nivel jurisprudencial y del mismo modo se ha buscado que un proyecto de Ley General de Trabajo también desarrolle algunos supuestos referidos a la solidaridad laboral. Lamentablemente hasta la fecha no se ha concretado ni lo acordado en el Pleno, ni ha sido aprobado dicho proyecto.

Ahora bien, para poder construir una regulación sobre la solidaridad laboral es importante recurrir a las normas constitucionales que regulan el Derecho al Trabajo y los principios laborales, así como a las normas de Derecho Civil, que en buena cuenta han desarrollado y establecido determinados elementos o características para que se configure un supuesto de solidaridad; y finalmente a la jurisprudencia y la doctrina.

De esta manera, en primer lugar desarrollaremos el fundamento constitucional de la solidaridad laboral partiendo del desarrollo histórico del surgimiento de los derechos laborales y el Estado Constitucional; la variación de la figura del empleador en el tiempo; la relación entre la solidaridad y los principios laborales constitucionales involucrados; la relación entre la solidaridad y el derecho a la remuneración; y el análisis de la solidaridad como institución jurídica para el Derecho Civil.

En segundo lugar, los dos siguientes capítulos desarrollan con detalle los principales supuestos de solidaridad laboral regulados por nuestra legislación, como son: la intermediación laboral y la tercerización de servicios que, a nuestro modo de ver, no han recibido un adecuado tratamiento, ocasionándose serios perjuicios para la parte trabajadora en sus derechos laborales de naturaleza individual o colectiva.

En tercer lugar, en un capítulo especial se ha desarrollado la solidaridad laboral en el grupo de empresas, construcción creada por la jurisprudencia laboral y que, sin embargo, es confusa porque no se han establecido rasgos o elementos claros que determinen casos en los que exista vinculación entre empresas que se prestan servicios y que trasladan personal entre ellas, ni tampoco cuáles deberían ser las consecuencias en estos casos, es decir, si responden solidariamente todas las empresas involucradas en calidad de empleador, o aquella que en los hechos actuó como un único empleador, con lo cual es importante unificar los criterios que han servido para resolver casos de esta naturaleza de tal forma que se pueda elaborar una teoría de solidaridad laboral en estos casos.

En cuarto lugar, en los dos últimos capítulos de este trabajo, se desarrollará la solidaridad laboral en los casos de riesgos laborales, materia que implica los casos de seguridad y salud en el trabajo; y otros supuestos de solidaridad laboral.

Por tal motivo, este trabajo tiene por finalidad fundamentar la regulación y unificación de criterios de la solidaridad laboral como una institución propia y necesaria para la protección del trabajador en el desenvolvimiento de las relaciones laborales que se sostienen con más de un empleador, independientemente del tipo de relación que establezca un empleador - cliente o principal- con una empresa tercera a la cual requiere la prestación de un servicio. De esta manera, se propone una norma laboral que regule ampliamente distintos supuestos de solidaridad laboral así como todo acto en el que se evidencie el ánimo de evitar las

obligaciones laborales hacia un trabajador, para lo cual será indispensable el aporte del Derecho Civil, el fundamento constitucional, la jurisprudencia y la doctrina.



INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por finalidad construir una aproximación sobre un concepto único de la institución de la solidaridad laboral desde un punto de vista estrictamente sustantivo, que permita abarcar distintos supuestos de solidaridad (simulación, elusión, fraude, etc.) que se vienen presentando en nuestro país y que ameritan una protección a favor del trabajador estableciéndose reglas propias y distintas a las reguladas por el Código Civil. Actualmente, se han establecido solo algunos supuestos¹, a nivel legal, de solidaridad laboral en materia de intermediación laboral, tercerización de servicios, seguro complementario de trabajo de riesgo y seguridad y salud en el trabajo; y, a nivel jurisprudencial, cuando la solidaridad laboral se aplica en el caso de grupo de empresas, entre otros casos aislados. Ahora bien, para estudiar los temas descritos, utilizaremos en primer lugar algunos conceptos provenientes de la doctrina civilista, a fin de verificar si pueden ser aplicados de forma supletoria a la solidaridad laboral, los principios del derecho laboral que resulten aplicables, como líneas directrices que contribuyen a la formación de esta institución y posteriormente trataremos los casos de solidaridad laboral que se presentan actualmente.

Sobre la solidaridad laboral, podemos tomar como punto de partida, los primeros rasgos o características establecidos en la jurisprudencia, principalmente, para los casos de grupos de empresas, los cuales debían responder de forma conjunta, al probarse que existía vinculación económica entre ellos o se evidencie la existencia de actos de fraude con el objeto con la finalidad de evadir el pago de sus obligaciones laborales. Al respecto, como veremos en el desarrollo de la tesis, la jurisprudencia ha venido estableciendo más características o elementos que identifican distintos supuestos de solidaridad laboral que luego han sido recogidos por la legislación laboral como es el caso de la tercerización o la intermediación laboral, y que sin embargo, aún resultan insuficientes.

¹ Es importante resaltar que la realidad supera los supuestos establecidos por nuestra legislación laboral en lo que respecta a la aplicación de la solidaridad. Podemos citar algunos ejemplos, como la apertura de una nueva línea de negocio de una empresa en la que son trasladados un grupo de trabajadores donde el vínculo laboral continúa y donde se requiere una mayor protección, o los casos de cesión de posición contractual como consecuencia de una fusión, en donde está en riesgo el reconocimiento de derechos laborales adquiridos.

Por otro lado, como antecedente normativo de regulación de solidaridad laboral en el Perú, tenemos que mediante Ley N° 4916², se reguló en el año 1924 uno de los primeros supuestos de solidaridad laboral en el caso de fallecimiento del trabajador durante el cuarto año de relación laboral sin opción a haberse beneficiado con la póliza de seguro de vida, así como cuando aconteciera un accidente de trabajo o adoleciera de una enfermedad profesional. Asimismo, en la actividad de construcción civil se reguló de forma expresa un supuesto de responsabilidad solidaria, en el año 1958³, entre el propietario de la obra junto con los contratistas, subcontratistas en el cumplimiento de las obligaciones salariales y económicas del personal a su cargo. Es más, en aquél entonces con el ánimo de proteger al trabajador, se tenía además la obligación de ofrecer una garantía suficiente para responder por tales obligaciones así como incluir cláusulas en los contratos de los constructores de la obra y contratistas que garanticen el goce de los beneficios sociales de los trabajadores que intervenían en la obra. Pese a su antigüedad, dicha norma se encuentra vigente y ha sido complementada por normas especiales posteriores en materia de seguridad y salud en obras de construcción civil, así como por la nueva normatividad que regula la seguridad y salud en el trabajo (Ley N° 29783 y D.S. N° 005-2012-TR) como veremos más adelante.

Posteriormente, en el año 1998, para las empresas dedicadas a la realización de actividades riesgosas, el Estado estableció como obligación que la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR), sea a través de una entidad pública o privada, con la finalidad de proteger al trabajador ante la ocurrencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional. De cierta manera, se estableció una forma de solidaridad laboral entre el empleador y el Estado, la cual calificaría como subsidiaria e implicaría que en los casos en los que la entidad empleadora no contrata dicho seguro, es el Estado el obligado a atender al trabajador ante la ocurrencia de alguno de los sucesos en mención, para luego repetir contra la entidad empleadora infractora que no cumplió con esta obligación. Esta norma sigue vigente, pero consideramos que, en lo que respecta a la solidaridad laboral, debería ampliarse el supuesto ya regulado, en beneficio del trabajador

² Ley N° 4916. Diario Oficial de la República del Perú, 29 de febrero de 1924.

³ Resolución Subdirectorial N° 27. 15 de marzo de 1958.

afectado, estableciéndose mecanismos de protección y de control por parte del Estado a fin de garantizar la contratación de un seguro que proteja al trabajador contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Ahora bien, debido a la flexibilización, la globalización y a la necesidad del empresario de descentralizar más de una actividad o parte de un proceso productivo, surgen nuevas relaciones laborales en las que se distorsiona la figura de un único empleador de tal modo que un trabajador presta un servicio a más de uno, como se da en el caso de la intermediación laboral, figura en la cual el personal destacado tiene un empleador formal, que es la entidad de intermediación laboral, y un empleador real, que es la empresa usuaria o cliente; por su parte un trabajador también podía ser contratado por una subcontratista, y esta a su vez por una contratista quien, a su vez, ha sido contratada por el dueño de una obra de construcción. En este caso, el trabajador podía recibir órdenes de un representante del subcontratista, contratista o del dueño de la obra. Toda esta situación significa, en buena cuenta, que se ha transformado el modelo tradicional de empresa en el cual existe un único empleador que tenía a su cargo solo personal propio.

Ante este nuevo escenario, el legislador laboral empieza a regular algunas situaciones en las que podían presentarse situaciones de fraude o elusión. Es así que en el año 2002 se aprueban la Ley y el Reglamento que regulan la Intermediación Laboral, normas que además de establecer qué tipos de actividades podían ser intermediadas, prevén una solidaridad de tipo subsidiaria, esto es, en caso incumpliera la entidad de intermediación con el pago de sus obligaciones, la responsable por las mismas era la empresa usuaria o cliente donde el trabajador había sido destacado; asimismo, se prevé el establecimiento de garantías suficientes que permitan garantizar la solvencia y estabilidad del trabajador. Posteriormente, esta norma fue modificada respecto a las actividades que podían ser intermediadas, manteniéndose la solidaridad laboral entre la empresa usuaria y la entidad de intermediación laboral.

Ante el surgimiento de empresas “fantasmas” que prestaban sus servicios sin contar con personal para hacerlo y ante la constatación de que el personal propio de una empresa

prestaba un servicio que a la vez era prestado por una empresa tercera con menores beneficios, situaciones que reflejaban situaciones de desigualdad, el Gobierno promovió la Ley y el Reglamento de Terceización de Servicios, en donde se estableció una solidaridad laboral directa entre la empresa principal o cliente y la tercerizadora, con la finalidad de garantizar el cumplimiento del pago de los beneficios al trabajador que fuera desplazado. Al respecto, si bien la norma recibió muchos cuestionamientos, aún está vigente y se espera con este trabajo proponer algunos aspectos que debieron ser regulados por su normativa en relación a una única institución de solidaridad laboral.

Otros casos en los que podría tratarse normativamente la solidaridad laboral, dada su relevancia, se verifica cuando los empleadores y la Autoridad de Trabajo no acatan u omiten hacer cumplir la obligación de trasladar a una trabajadora gestante a otro puesto de trabajo, cuando la actividad pone en peligro el desarrollo del embrión o feto; o de situaciones en las que se ponga en peligro la integridad física o la vida de un trabajador, o se vulnere su dignidad (como en los casos de hostigamiento sexual, donde existe una responsabilidad compartida entre el hostigador y el empleador que por su inacción permite la continuidad de actos no permitidos por la legislación laboral), entre otros.

La propuesta de una institución de la solidaridad laboral ha sido un tema tratado con anterioridad, pero solo en el marco de alguna de las materias antes señaladas, sin que se haya tratado un fundamento de orden constitucional que permita una mayor garantía al trabajador que es desplazado o destacado de una empresa a otra. Así, en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2008 se estableció una solidaridad laboral pasiva amplia no solo en los supuestos previstos en el Código Civil, sino también en distintos casos de vinculación económica, grupo de empresas o situaciones en las que se evidenciara la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores; postura que evidencia la falta de una institución de la solidaridad laboral que permita resolver de mejor manera los conflictos de esta naturaleza.

De esta forma, el presente trabajo estará dividido en seis capítulos, cada uno de ellos desarrollado con el correspondiente fundamento constitucional que se expone en el primer

capítulo. Así, en el primer capítulo, trataremos los principales aportes en materia de solidaridad que realiza la normativa y la doctrina civil, en tanto resulte aplicable a la teoría laboral que se pretende construir, y los principios laborales que resulten aplicables en esta materia.

Reiteramos, la tesis será desarrollada desde un enfoque sustantivo; sin embargo, para efectos de determinar los elementos de la solidaridad laboral, será importante señalar cómo es que históricamente el Estado tiene un rol importante en el desarrollo social, el establecimiento de derechos laborales y en garantizar el cumplimiento efectivo de los derechos, a partir del análisis de algunos artículos de la Constitución Política del Perú y los Tratados Internacionales. En esa primera parte también nos referiremos a los principios laborales y el derecho a la vida e integridad física, así como el derecho a la remuneración como fundamentos constitucionales para el desarrollo de una institución de la solidaridad laboral.

Concluiremos esta primera parte explicando, cómo lo hemos hecho respecto de la solidaridad civil, cuáles serían los requisitos, características y consecuencias de la misma en el ámbito laboral. Mostrando de esta forma el punto de partida de las líneas directrices que seguiremos en el desarrollo de nuestra aproximación a una institución de solidaridad laboral a lo largo de los siguientes capítulos, de esta manera, sustentaremos la necesidad de una regulación a nivel legal de la solidaridad laboral.

En el segundo capítulo desarrollaremos aspectos importantes de la actividad de intermediación laboral que merecen nuestra atención, pues a partir de ellos podremos establecer los principales rasgos de la solidaridad laboral que no han sido incluidos en la normativa que regula esta materia. De esta forma, trataremos las actividades que pueden ser intermediadas, en las que es válido el destaque del trabajador a un centro de trabajo distinto para el que fue contratado, las garantías que actualmente contempla la legislación especial, si son o no suficientes para cubrir las acreencias del trabajador destacado, los supuestos de intermediación laboral prohibidos, tipos de solidaridad laboral que se aplica, hasta dónde alcanza esta y qué obligaciones comprende, por cuánto tiempo está obligado

a responder la empresa usuaria, en quién recae la figura del empleador, entre otros aspectos de interés, como los anteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia que enriquecen el presente trabajo.

En el tercer capítulo, reseñaremos los principales rasgos de solidaridad laboral en la actividad de tercerización de servicios y al igual que el capítulo anterior siempre teniendo como fundamento o base lo establecido en el primer capítulo. En materia de tercerización, trataremos los principales elementos que determinan la solidaridad, que afectaría a la empresa principal a efectos de cubrir los beneficios del trabajador cuándo se desnaturaliza esta figura y, por ende, la empresa principal, pasa a ser el único empleador, hasta dónde alcanza la solidaridad laboral, porqué tiempo, qué obligaciones comprende, entre otros, considerando también los criterios fijados por el Tribunal Constitucional sobre la materia.

En esa misma línea, desarrollaremos en el capítulo cuarto los casos de solidaridad laboral establecidos por la jurisprudencia como se advierte con la conformación de grupos de empresas, situaciones de vinculación económica o empresas vinculadas, cómo los principios laborales sirven de fundamento de la solidaridad laboral ante las vicisitudes provocadas por este tipo de organizaciones económicas, qué tipo de obligaciones se protegen, los elementos que podrían considerarse como casos de solidaridad laboral, cómo se configuran la autonomía en la gestión y dirección, autonomía técnica, si existe confusión patrimonial o no, si hay situación de fraude, etc. Asimismo, trataremos los elementos o criterios ya establecidos por la jurisprudencia en esta materia, refiriéndonos también a la compleja figura del empleador en el marco de esta nueva realidad económica regida por la competencia feroz y la descentralización productiva, fruto de la globalización.

En el quinto capítulo se desarrollarán los casos de solidaridad laboral que se generan a partir de una inacción por parte del empleador que está obligado a adoptar medidas preventivas, así como a informar a los trabajadores las situaciones de riesgos existentes en el centro de trabajo, en cuyo caso se generan situaciones de solidaridad laboral no solo

ante una pluralidad de empleadores, sino también por parte del empleador y del Estado, quien debe velar porque se cumplan dichas medidas. Tal es el caso de las obras de construcción en las que fallecen trabajadores y que, pese a no contar con los implementos de seguridad necesarios que garanticen la seguridad y salud del trabajador, han sido autorizadas por los municipios. En dicho supuesto, es posible imputar responsabilidad a la empresa que lleva a cabo la obra, a las contratistas y subcontratistas que intervienen, así como al Estado, por haber autorizado dicha construcción. Para abordar dichos temas, haremos una breve referencia a los tipos de responsabilidad solidaria establecidos por la nueva normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo, en la que se resalta la responsabilidad penal con pena privativa de libertad para el empleador que no adoptó las medidas preventivas en esta materia.

Finalmente, trataremos brevemente algunos casos especiales que consideramos que deberían ser especialmente consideradas para el desarrollo de una teoría de la solidaridad laboral, ya sea porque en esos supuestos se vinculan derechos constitucionales o por las particularidades propias de dichos supuestos. Nos referimos a los casos de hostigamiento sexual, la no contratación del seguro de vida ley, casos en los que no se establezcan las modificaciones necesarias para garantizar el derecho al trabajo del personal con discapacidad, o a supuestos en los que nos encontramos frente a trabajo adolescente o madres gestantes. En estos casos resaltaremos los motivos por los cuales consideramos apropiada la existencia de una regulación especial de solidaridad laboral.

En ese sentido, como podemos apreciar, estamos ante un trabajo que tiene como principal aporte sostener una institución de la solidaridad laboral constitucional a partir de lo establecido por la doctrina, la normativa civil y los principios laborales, diferenciándose pero sin dejar de lado lo ya establecido por la legislación laboral en determinadas actividades (intermediación o tercerización) y la jurisprudencia (en caso de grupo de empresas).

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA SOLIDARIDAD LABORAL

I. BREVES APUNTES SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS LABORALES

Como lo recalca Blancas Bustamante, la revolución industrial, ocasionada por la invención de la máquina a vapor y favorecida por la caída del antiguo régimen y el triunfo del liberalismo en la revolución francesa (que eliminó las trabas jurídicas y administrativas que impidieron el desarrollo de un mercado libre) ocasionaron “la gran cuestión social” del siglo XIX⁴. Se produjo así la creación de una gran masa de asalariados que laboraban en grandes fábricas, subordinados a la autoridad inmediata de sus propietarios, bajo condiciones laborales denigrantes, como consecuencia de los nuevos escenarios económicos y sociales de la producción capitalista; condiciones que no sólo implicaban la realización de trabajo con jornadas extensas de trabajo (que en muchas ocasiones se realizaba durante la noche, sin medidas apropiadas para su ejecución), sino que también implicaba la prestación de servicios bajo situaciones sanitarias deficientes, donde la mujer y los niños eran laboralmente explotados⁵. Era frecuente el acontecimiento de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, como el raquitismo infantil, las deformaciones de columna, la tisis y el reumatismo en las hilanderías de lino; situaciones que no encontraban protección por ordenamiento legal alguno, al no existir preocupación ni obligación legal para adoptar medidas de higiene y seguridad y salud en el trabajo⁶.

Por otro lado, los axiomas del liberalismo, según el cual los precios debían ser fijados por el mercado, sin intervención Estatal (siendo el salario el precio del trabajo), impedían la

⁴ Cf. Blancas Bustamante. “La cláusula del Estado Social en la Constitución”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011. P. 23

⁵ *Ibid.* P. 23

⁶ *Ibid.* P. 56

existencia del establecimiento de un salario mínimo y condiciones mínimas de trabajo⁷; lo que contribuía a la deficiencia de las condiciones laborales de aquella época. Todo ello generó que en los países donde tuvo lugar la revolución industrial, espontáneamente, surgiera un fenómeno social a inicios del siglo XIX llamado “sindicatos de trabajadores”, con la finalidad de unir fuerzas para exigir a los patrones acabar con las situaciones laborales denigrantes, como respuesta a las injustas condiciones de trabajo⁸. Sin embargo, tanto la formación de sindicatos, como la manifestación de sus métodos de lucha fueron inicialmente reprimidas por leyes que se emitieron en distintos países (Francia, Prusia, Gran Bretaña, Alemania, Estados Unidos, etc.); lo que no impidió el crecimiento y expansión de los movimientos sindicales⁹. Una vez derogada la legislación represiva, los movimientos sindicales encontraron un marco legal favorable, lo que desembocó en su desarrollo vertiginoso; surgiendo así:

“(...) un nuevo factor o elemento social que, en adelante, no podrá ser ignorado y adquirirá decisiva influencia en el curso de los acontecimientos sociales y políticos. A través del sindicato, la nueva clase social engendrada por la revolución industrial y el capitalismo - la clase trabajadora -, encontrará una forma propia de organización apta no sólo para la defensa de sus intereses ante la clase de los propietarios de los medios de producción, sino para su participación colectiva en la vida del Estado, siendo esta una de las notas características del ‘Estado Social’”¹⁰.

No debe perderse de vista que las grandes masas de trabajadores, que antes se encontraban excluidas de la participación y decisiones políticas, tuvieron un papel protagónico en el tránsito del Estado Liberal al Estado Social, como consecuencia del sufragio universal, la democracia y el surgimiento de los partidos políticos; situación que empieza a hacerse predominante al concluir la primera guerra mundial, cuando los partidos socialistas acceden a los parlamentos y a los gobiernos. De esta forma,

“la incorporación de grandes masas de electores se tradujo en la presencia de nuevas clases sociales, especialmente la clase trabajadora, en la vida del

⁷ *Ibid.* P. 25

⁸ *Ibid.* P. 27

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.* P. 28

Estado, lo que les otorgó una capacidad de presión, e incluso decisión, orientada, como es lógico, a la defensa de sus intereses y al cambio de la situación socioeconómica y política en la que estos apenas eran considerados o simplemente ignorados”¹¹.

Entonces, siendo la causa principal de “la cuestión social” la injusticia y degradación de los trabajadores, se tornó necesario que el Estado actúe sobre ellas, ya sea para corregir o mitigar los aspectos más abusivos; por ello, es posible afirmar que una de las principales características del Estado Social es el surgimiento de la legislación laboral y el posterior desarrollo de un “derecho del trabajo” debidamente estructurado (y, en muchos casos, codificado), tanto en Europa como en América¹². Ello, evidentemente transgredía uno de los principales dogmas del Estado Liberal, según el cual el Estado se encontraba prohibido de intervenir en la economía, pues esta debía estar sujeta a la oferta y la demanda.

Otro aspecto importante del tránsito del Estado Liberal al Estado Social surgió en Alemania durante el gobierno del príncipe Otto von Bismark, con la creación del seguro de enfermedad (1883), que tenía carácter obligatorio para los obreros cuyas rentas no superaban los 200 marcos anuales; el seguro contra accidentes (1884), que eran aportes patronales administrados por asociaciones de patronos; y, el seguro de jubilación (1889), que también era obligatorio y era financiado en partes iguales por los trabajadores y por los empresarios. De esta forma, la seguridad social es la creación institucional más significativa del Estado Social, desplazando así la asistencia tradicional a los pobres y constituyendo la principal forma de previsión y asistencia al individuo¹³.

En virtud de ello, en el siglo XX, el paso hacia la Constitucionalización del Derecho presupuso un cambio en los modelos normativos. De esta manera, desaparece el nivel de

¹¹ *Ibid.* P. 30

¹² *Ibid.* P. 27 -32

¹³ Cf. Ritter, Gerhard A., “El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional”. Traducción de Joaquín Abellán. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991. P. 83.

jerarquía máximo que ostentaba la ley frente a todos los demás ordenamientos jurídicos, cediendo paso a la constitución, convirtiéndose ésta en el escalafón más alto dentro de un ordenamiento jurídico. Así, en este contexto, se introducen cláusulas normativas de lo que hoy se denomina constitucionalismo social: los derechos sociales y el Estado Social de Derecho; fenómeno jurídico mediante el cual las constituciones de los Estados incorporan en la numeración de sus derechos fundamentales a un nuevo grupo de derechos de contenido social, otorgándole la titularidad de los mismos a determinados sectores sociales que hasta el momento habían sido postergados¹⁴. Este proceso se inició con la Constitución mexicana en 1917 y se concretó con la inclusión de las cláusulas que consagran la formalización de ciertos derechos y, en algunas ocasiones, deberes, referidos a los trabajadores, considerados el núcleo más importante de la población¹⁵.

1. EL ESTADO SOCIAL EN NUESTRAS NORMAS CONSTITUCIONALES

La primera vez que una de nuestras constituciones reconoció las ideas e instituciones del Estado Social fue en el año 1920, mediante el establecimiento de algunos derechos laborales en el que se regularon algunas “Garantías Sociales” (denominación del Título IV de la Constitución de 1920), como la obligación de legislar sobre la organización y la seguridad del trabajo industrial, así como sobre las garantías que debían brindarse en el trabajo industrial a efectos de proteger la vida, la salud y la higiene. Así, observamos que en los artículos 47°, 48° y 49°¹⁶ de la Constitución de 1920 se dispuso una reserva legal

¹⁴ Blancas Bustamante. *Op. Cit.* P. 56 esta no es la página

¹⁵ Cf. Cabanellas, Guillermo, “Tratado de derecho laboral. Doctrina y legislación iberoamericana”. Tercera Edición. Tomo II. Buenos Aires: Claridad. 1987. P. 62

¹⁶ Art. 47°.- El Estado legislará sobre la organización general y la seguridad del trabajo industrial y sobre las garantías en él 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 de los accidentes del trabajo en las industrias y se hará efectiva en la forma que las leyes determinen.

Art. 48°.- Los conflictos entre el Capital y el Trabajo serán sometidos a arbitraje obligatorio.

para el establecimiento de las condiciones de trabajo, salarios mínimos e indemnización obligatoria por accidentes de trabajo; así como para la organización de tribunales de conciliación y arbitraje que debían resolver los conflictos entre el capital y el trabajo. Como observa Pareja Paz Soldán, pese a la limitada regulación constitucional de los derechos sociales de índole laboral en la Constitución de 1920, se refleja la influencia de los acontecimientos que ocurrían en aquella época (la conquista de la jornada de ocho horas en 1919, por ejemplo)¹⁷.

Para Blancas Bustamante, la Constitución de 1933 *“representó un paso más en la aproximación hacia las instituciones del Estado Social, ya que no solo mantuvo y acentuó las normas laborales y sociales de la Constitución de 1920, sino que también incorporó nuevas disposiciones”*.¹⁸ En efecto, mediante los artículos 43°, 44° y 46°¹⁹, la Constitución de 1933 estableció la obligación del Estado de legislar sobre los contratos colectivos de trabajo, siendo éste el primer reconocimiento constitucional a la negociación colectiva; prohibió la inclusión de estipulaciones que restrinjan derechos civiles, políticos y sociales en los contratos de trabajo; así como derivó a la ley la obligación de regular sobre la

Art. 49°.- La ley establecerá la forma cómo deben organizarse los Tribunales de conciliación y arbitraje para solucionar las diferencias entre el Capital y el Trabajo y los requisitos y condiciones para los efectos obligatorios de los fallos.”

¹⁷ Cf. Pareja Paz-Soldán, José. “Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Segunda Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. P. 117.

¹⁸ Blancas Bustamante. Op. Cit. P. 116

¹⁹ “Artículo 43.- El Estado legislará el contrato colectivo de trabajo.

Artículo 44.- Es prohibida toda estipulación en el contrato de trabajo, que restrinja el ejercicio de los derechos civiles, políticos y sociales.

Artículo 45.- El Estado favorecerá un régimen de participación de los empleados y trabajadores en los beneficios de las empresas, y legislará sobre los demás aspectos de las relaciones entre aquellos y éstas, y sobre la defensa de los empleados y trabajadores en general.

Artículo 46.- El Estado legislará sobre la organización general y las seguridad del trabajo industrial, y sobre las garantías en él de la vida, la salud y la higiene.”

organización; seguridad y salud en el trabajo industrial, las condiciones máximas de trabajo, la indemnización por tiempo de servicios, por accidentes de trabajo, y salarios mínimos. De la misma forma, se estableció la obligación de regular mediante ley un sistema de previsión de las consecuencias económicas de la desocupación, edad, enfermedad, invalidez y muerte, promoviendo el fomento de las instituciones de solidaridad y similares.

Más adelante, es la Constitución de 1979 la que recoge por primera vez de forma explícita su adhesión al Estado Social en el artículo 4^o²⁰, así como en sus artículos 79^o y 80^o ²¹ al establecer que el Perú era una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo, siendo uno de los deberes primordiales del Estado el eliminar toda forma de explotación del hombre por el hombre y del hombre por el Estado. Asimismo, se reconoció al trabajo como fuente principal de la riqueza y objeto de protección por el Estado dentro de un régimen de igualdad; siendo el trabajo un derecho y un deber social.

La Constitución de 1979 también prohibió que la relación laboral implique condiciones que impidieran el ejercicio de derechos constitucionales o que desconociera o rebajara la dignidad del trabajador; estableciendo una larga lista de derechos individuales laborales (a una remuneración justa que procure el bienestar material y espiritual del trabajador y su familia, a remuneraciones mínimas reajustadas periódicamente, a la jornada máxima de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, al pago de horas extras, normas especiales para trabajo nocturno y en condiciones insalubres, a las vacaciones anuales, al

²⁰ “Artículo 4.-La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.”

²¹ “Artículo 79.-El Perú en una República democrática y social, independiente y soberana, basada en el trabajo. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado.

Artículo 80.-Son deberes primordiales del Estado defender la soberanía nacional, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, promover el bienestar general basado en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado del país, y eliminar toda forma de explotación del hombre y el de hombre por el Estado.”

descanso semanal remunerado, a medidas especiales para la protección del trabajo de mujeres y menores, etc.), así como la relación de derechos colectivos vinculados a la sindicalización sin autorización previa, derecho a la negociación colectiva, la fuerza vinculante del convenio colectivo y el derecho de huelga ejercido conforme a ley. Respecto de la seguridad social, estableció que el sistema previsional estaría administrado por una institución autónoma y descentralizada, con fondos propios que derivarían del aporte del Estado, los empleadores y asegurados; así como gobernada de forma tripartita. Cabe recalcar que es la Constitución de 1979 la que por primera vez enuncia algunos principios típicos del derecho laboral, como son los principios a la irrenunciabilidad de derechos y el principio *in dubio pro operario* (sobre los cuales trataremos más adelante); y, asimismo, fue la que extendió al campo laboral el principio de la retroactividad benigna que rige en el derecho penal.

Nuestra Constitución Política de 1993 establece que la República del Perú es democrática, social, independiente y soberana; fórmula que, al igual que la Constitución de 1979, expresa su adhesión al modelo del “Estado Social”. Sin embargo, se omitió establecer que nuestro Estado Social se basaba en el trabajo y que promovía toda forma de explotación del hombre por el hombre, así como del hombre por el Estado. Coincidimos con Blancas Bustamante cuando afirma que “(...) *la Constitución de 1993 conserva, básicamente, el enunciado de los derechos sociales contenido en la Constitución de 1979, pero, por un lado efectúa recortes en dicho catálogo y por otro modifica la formulación de alguno de ellos, limitando sus alcances y efectos de mayor contenido social*”²². Por ejemplo, con la Constitución de 1993 el principio de irrenunciabilidad de derechos alcanza solo a los derechos reconocidos por la Constitución y la ley (dejando de lado los provenientes de los convenios colectivos); de la misma forma, se eliminó el derecho a la estabilidad laboral para – en su lugar – conceder adecuada protección contra el despido arbitrario; entre otros.

²² Blancas Bustamante. *Op. Cit.*. P. 56

Es preciso recalcar la contradicción que encierra la Constitución de 1993 al establecer en su artículo 43^{o23} un Estado o República Social y, a la vez, establecer un régimen económico neoliberal, en su Título III; contradicción que generó una interpretación por parte de nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC en la que armonizó ambos conceptos sobre la base de la finalidad que buscan conseguir un Estado Social y una Economía Social de Mercado²⁴. Así, se indicó en los fundamentos 12 y 13 que la Economía Social de Mercado es una condición importante del Estado Social y democrático de derecho, la cual se encuentra caracterizada por: (i) la existencia de empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso; (ii) el respeto de la propiedad, a la iniciativa privada y a la libre competencia -regida, en primera instancia, por la oferta y la demanda – así como la eliminación de oligopolios y monopolios; y (iii) acciones estatales directas que sean subsidiarias, solidarias, auxiliares, complementarias y temporales. En efecto, la intervención del Estado en la economía no debe interpretarse como su fin en sí mismo, sino como un mecanismo para alcanzar los objetivos sociales, corregir situaciones de injusticia y desigualdad (inherentes a toda relación laboral) o suplir la inacción de grupos sociales²⁵.

2. LOS DERECHOS SOCIALES Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El reconocimiento de los derechos sociales trasciende el ámbito estatal, pues en el ámbito internacional también se ha dotado de especial trascendencia a los derechos sociales, mediante la adopción de diversos instrumentos internacionales, ya sean de carácter general o especial, de ámbito universal o regional. El surgimiento de estos instrumentos deriva también de acontecimientos históricos como la Primera y Segunda Guerra Mundial.

²³ “Artículo 43°.- Estado democrático de derecho.

Forma de Gobierno La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.”

²⁴ *Ibid.* P. 130

²⁵ *Ibid.* P. 131

En 1948 se adoptó en París la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con ámbito universal, que establece el derecho a la seguridad social, al trabajo, a percibir igual salario por igual trabajo, a una remuneración equitativa y satisfactoria, a la conformación de sindicatos y su afiliación, al descanso, a la limitación de las jornadas de trabajo y vacaciones remuneradas, entre otros; siendo los mencionados derechos sociales de naturaleza laboral. Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) estableció el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) estableció el derecho al trabajo propugnando la ocupación plena y productiva, reconoció el derecho a un salario equitativo que se rige bajo el principio de igual valor por igual trabajo, a la igual oportunidad de ser promovido, al descanso, al tiempo libre, a una jornada de trabajo adecuada, a la fundación de sindicatos y su afiliación, a la seguridad social, etc.

En el ámbito regional, tenemos que la Carta de la Organización de Estados Americanos señala el compromiso de promover la igualdad de oportunidades, alcanzar salarios justos, promover oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables, entre otros. Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” establece la obligación de los estados parte de adoptar medidas que permitan progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura recogidas en la Carta de la Organización de Estados Americanos. Posteriormente, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” reconoció al derecho de trabajo, estableciéndose que este comprendía el derecho a la remuneración que asegure condiciones de subsistencia digna para el trabajador y su familia, a la seguridad e higiene en el trabajo, la prohibición del trabajo nocturno en condiciones insalubres o peligrosas para menores de 18 años, al descanso, al tiempo libre, a las vacaciones pagadas, entre otros.

Sin embargo, los instrumentos internacionales con mayor impacto y relevancia jurídica para los derechos sociales vinculados al ámbito laboral han sido los emitidos en el marco de la

Organización Internacional de Trabajo (OIT), organización especializada de las Naciones Unidas que fue creada en 1919, mediante el Tratado de Paz de Versalles, tras la Primera Guerra Mundial, bajo la convicción de que la justicia social es esencial para alcanzar la paz permanente y universal. Desde entonces, la OIT ha emitido diversos instrumentos jurídicos estableciendo principios y derechos básicos laborales en diversos Convenios que son vinculantes para los Estados que los ratifiquen, así como recomendaciones para la aplicación de dichos convenios.

El Estado Peruano ha ratificado setenta y cuatro (74) convenios, vinculados a temas sindicales, trabajo forzoso, trabajo infantil, igualdad de oportunidades, inspección de trabajo, salarios, tiempo de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, trabajadores portuarios, etc.; obligándose a cumplir y a procurar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en cada uno de los convenios ratificados. En efecto, el artículo 55° de nuestra Constitución Política ha establecido que, forman parte del derecho nacional los tratados internacionales ratificados por el Perú, teniendo además rango constitucional cuando versan sobre derechos humanos (como es el caso de los instrumentos internacionales mencionados), conforme lo indica el artículo 3° de la Constitución²⁶; de otro lado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria ha reforzado tales disposiciones, y en relación a este último, Neves Mujica señala que:

“Lo que la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución establece es lo siguiente: si un precepto de la Constitución reconoce un derecho, que es objeto de regulación también por un tratado de derechos humanos, aprobado y ratificado por el Perú, aquel precepto se interpreta de conformidad con dicho tratado. Se ha fijado, pues, un criterio hermenéutico que sujeta el sentido de los preceptos de la parte dogmática de la Constitución -en la que se reconoce derechos- al que se dé en los tratados referidos a la misma materia, que estén incorporados a nuestro derecho interno.”²⁷

²⁶ Sentencia 00025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento 30.

²⁷ Neves Mujica, Javier. (1999). La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y los Derechos Laborales. Ius Et Veritas, vol. 19, 197.

De esta forma, nuestra carta magna contiene un conjunto de artículos que regulan la entrada de los convenios mencionados líneas atrás en nuestro sistema jurídico (rango) y su forma de operar en el mismo; asimismo se reconocen directamente derechos de un listado que no es taxativo.

Finalmente, es necesario resaltar que los instrumentos internacionales que versan sobre derechos humanos (laborales) forman parte del bloque de constitucional, es decir, tal como solo señala el Tribunal Constitucional, éstos integran el conjunto de normas que contienen disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución formal, de tal forma que el bloque de constitucionalidad goza de una fuerza normativa tal que irradia todo el ordenamiento jurídico²⁸.

II. LOS PRINCIPIOS LABORALES: GARANTÍAS INTERNACIONALES Y DERECHOS CONSTITUCIONALES

Con el objeto de encontrar el basamento sólido y especial que sustente una institución propia de la solidaridad en el seno de las relaciones laborales, creemos indispensable recurrir a los principios laborales, los cuales -en muchos casos- cubren vacíos o dudas que surjan en el ordenamiento a partir de una situación que se presenta en la realidad. De entrada, habría que anotar que los principios laborales son las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones en el desenvolvimiento de las relaciones laborales, promueven y encauzan la aprobación de nuevas normas, orientan la interpretación de las existentes y resuelven los casos no previstos²⁹. De esta manera, los principios en general cumplen las siguientes funciones:

²⁸ STC. 03361-2004-AA/TC, Fundamento 47.

²⁹ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho Laboral. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2009. p. 103.

- **Informadora:** La función informadora se manifiesta al inspirar al legislador, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo a Podetti,

“en las leyes laborales todas las virtualidades ínsitas en cada principio se infundan, otorgándole una eficacia operativa en la materia y con los alcances regulados por aquéllas. Esos principios puede que estén recogidos entre los derechos sociales constitucionalmente declarados, sea que conformen políticas a concretarse en el tiempo, según criterios de factibilidad. En el sentido de lo que antecede, es al legislador al que compete la aplicación del respectivo principio; y también al funcionario u órgano administrativo en el dictado de actos administrativo laborales”³⁰.

- **Normativa o integrativa:** El rol normativo de los principios laborales les permite actuar *“como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley (...) función que se encarrila cuando así lo prevé expresamente el respectivo ordenamiento jurídico nacional, sin que la ausencia de una remisión tal impida al intérprete aplicarlos para integrar el derecho”*.³¹
- **Interpretativa:** La función interpretativa permite que los principios sean utilizados por los jueces al momento de sentenciar y establecer jurisprudencia; así como por los abogados. Es decir, son empleados

“cuando debe efectuarse la operación lógica-valorativa del alcance de las normas aplicables —en qué consiste la interpretación—, las situaciones no previstas y la virtualidad de las previstas se resolverán aplicando el respectivo principio. Esa aplicación compete al intérprete, que en definitiva en los casos contenciosos será el juez o tribunal; pero también al abogado defensor; fuera de los litigios concretos, el doctor y el jurista y primordialmente hay una aplicación por parte de los sujetos de las

³⁰ PODETTI, Humberto A. Los principios del Derecho del Trabajo. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio. Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Primera Edición. Universidad Autónoma de México. Lima, México. p. 144.

³¹ Ídem.

*respectivas relaciones de trabajo cuando acomodan a ellos el ejercicio de sus derechos y obligaciones*³².

En esa línea, observamos que los principios son utilizados para la producción de las normas, en cuyo caso se aplica el “principio protector del derecho del trabajo”; para la interpretación de normas, mediante la aplicación del principio *in dubio pro operario*; para la aplicación de normas, en cuyo caso se pueden emplear principios como el de la norma más favorable, así como los métodos de integración; y, para salvaguardar a los trabajadores ante la afectación de derechos: la primacía de la realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la condición más beneficiosa³³.

Vale decir que, en el esquema de las relaciones laborales, los principios cumplen una función de “igualación compensatoria” frente a la asimetría de la relación laboral, pues como lo señala el Tribunal Constitucional³⁴,

“la relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte fuerte e imponente y el trabajador en la parte débil e impotente. (...) En efecto, en el campo jurídico sustancial el rasgo más característico de la relación de trabajo es la subordinación y los deberes imputables al trabajador; y en el campo jurídico procesal se constata la capacidad intimidatoria que se puede crear para impedir los reclamos en vía litigiosa y la extensión de la posición predominante en materia de prueba. Asimismo, en el campo económico, la nota más específica es que frente a la propiedad del medio de producción, el trabajador sólo puede exponer su fuerza de trabajo”.

³² Ídem.

³³ NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit. p. 101.

³⁴ Exp. N° 0008-2005-AI, Data 35 000. G.J.

Es frente a esta asimetría que surgen los principios, para cumplir las funciones expuestas, como la tutela de derechos laborales justiciables, a fin de promover por la vía constitucional y legal la búsqueda de un equilibrio entre los sujetos de la relación laboral.

Ahora bien, para efectos de la presente investigación expondremos los principios laborales que, desde nuestra perspectiva, podrían identificar los supuestos de solidaridad laboral, pues el contenido de cada uno de ellos implica un sólido soporte para una regulación adecuada de responsabilidad compartida, de obligación conjunta, propendiendo con esta figura a la protección de la parte débil la relación empleador – trabajador. Así también, expondremos los requisitos y características establecidas para la solidaridad civil a fin de determinar si sería necesario que de forma complementaria sean considerados tales para el desarrollo de la solidaridad laboral, o en todo caso, si con los principios sería suficiente.

1. EL PRINCIPIO PROTECTOR DEL TRABAJO

Este principio es la matriz de todos los principios del Derecho del Trabajo, pues nace producto del devenir histórico de las relaciones trabajo y capital. Recordemos que, previamente a los albores del Derecho Laboral, las relaciones jurídicas puestas luego a su cuidado, fueron reguladas como pertenecientes al campo del Derecho Privado. Eran relaciones jurídicas que nacían de los contratos de arrendamiento de servicios y de obra. En ese contexto, estas relaciones eran sometidas a los principios de igualdad de la partes y libre contratación que permitían a la partes convenir los derechos y obligaciones que debían regir.

Esta libertad en el ámbito del Derecho Civil es fundamental para el desarrollo de la relaciones de mercado y comercio, porque permiten una mejor regulación de los precios y la traslación de bienes, pero que no resulta aplicable en el Derecho del Trabajo por ser perjudicial si tenemos en cuenta que lo único que ofrece el trabajador es su fuerza de

trabajo, es decir, supone una relación contractual de carácter patrimonial que implica de modo directo a la persona, la personalidad y la libertad misma del trabajador, en tanto tiene la calidad de deudor de trabajo.

En efecto, quedaba claro que los caracteres propios de tales relaciones jurídicas no encontraban similitud integral con el principio de la autonomía de la voluntad que regían las relaciones civiles, por lo que resultaba imprescindible encauzar tales características en una teoría propia que respondiera a los problemas doctrinarios y prácticos que se venían suscitando ante esta nueva realidad jurídica.

Es en este contexto jurídico que se estructura una rama jurídica proteccionista o tuitiva que permitiera reducir las diferencias a favor del trabajador. De esta manera el principio protector encuentra su razón de ser en el mismo origen del Derecho del Trabajo, la cual, antes que buscar la igualdad entre las partes, busca establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador³⁵. En ese sentido, este principio es la esencia misma del Derecho Laboral; por lo que, todas las normas jurídicas que lo componen están dirigidas a ese sentido. Así, por este principio es que el Derecho Laboral abandona el viejo y muy superado principio de la igualdad de derecho en el que estaban formados los códigos anteriores (entre ellos, el civil) para acercarse a la igualdad de hecho con la protección del contratante económicamente más débil, en este caso el trabajador³⁶.

De esta manera, este principio se trasluce en la tutela de los trabajadores no solo a nivel legal sino como un criterio de orientación genérica que se refleja en un primer acercamiento la interpretación a favor del trabajador de las normas laborales, ya que, si el legislador se ha propuesto establecer un sistema de protección al trabajador, el intérprete de la ley debe colocarse en la misma orientación. Pero este principio no se limita a la interpretación, sino

³⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Tercera edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.p.61

³⁶ *Ibíd.* p. 64 y 65.

que constituye “un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación. Cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza y características; pero este principio preside la actuación en cada una de las fuentes”³⁷. Es el principio matriz y la última fuente a la que debemos recurrir cuando se haga presente una desigualdad en las relaciones laborales, más aún donde la forma de ver las relaciones del Derecho ha cambiado, y donde la tendencia por la flexibilidad en la producción de mercaderías ha sido reflejada también en las relaciones de trabajo, con la aparición de figuras como la tercerización, intermediación laboral, la contratación modal, entre otras. Es por ello que, a partir de este principio, la doctrina reconoce las siguientes reglas laborales: “*in dubio pro operario*”, “norma más favorable” y “condición más beneficiosa”, reglas que permiten identificar casos en los que es aplicable este principio.

Es importante anotar que este principio no es un simple “lirismo dogmático”, sino que tiene un fundamento constitucional. Así, la Constitución de 1993 reconoce el principio protector del Derecho Laboral, a través de los artículos 22 y 23, estableciendo el derecho al trabajo –al igual que el deber– como una base para el bienestar social y la realización de la persona así como la indicación del trabajo como objeto de atención “prioritaria” del Estado, protegiendo con énfasis a la madre, a los menores de edad y al impedido que labora. Además, se asegura que dentro de la relación laboral se respeten los derechos constitucionales –específicos e inespecíficos– y se reprime toda forma de trabajo forzoso o sin la debida retribución.³⁸

Ahora bien, una vez explicado este principio, consideramos importante rescatar las razones por las cuales creemos que este principio tiene que ser considerado para justificar una supuesto de solidaridad laboral. En primer lugar, debemos indicar que este principio resulta aplicable no solo a las relaciones de trabajo sino a otro tipo de relaciones en las que están

³⁷ *Ibíd.* p. 77.

³⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Derechos Laborales Individuales y Tribunal Constitucional. En: Los Derechos Fundamentales. Gaceta Jurídica. Lima, 2010.p. 548

presentes trabajadores, como es el caso de la tercerización con desplazamiento o la intermediación laboral.

En segundo lugar, este principio protector tiene por finalidad proteger o garantizar los derechos obtenidos por un trabajador en el marco de una relación de tipo laboral o comercial en las que se reconozca el pago de acreencias laborales, es decir, qué alguien se haga responsable sin importar quién formalmente se acreditó como empleador, tal es el caso de los trabajadores que pertenecen a una cadena de contratistas.

En virtud de este principio el trabajador podrá hacer valer sus derechos laborales sobretodo en situaciones en las que no se pueda identificar quién es el empleador o el responsable de sus acreencias laborales.

La Irrenunciabilidad de Derechos Laborales

Este principio tiene por finalidad garantizar que el trabajador disfrute de forma irrestricta de los derechos que le asigna la Constitución y la Ley, por estar pensados dentro de un marco de protección dado a la posición débil dentro de la relación laboral. Nuestra Constitución Política regula este principio en el numeral 2 del artículo 26, en el que se establece que “*en la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley*”. Lo señalado apunta a impedir que el trabajador renuncie, en su perjuicio, de los derechos reconocidos por la Carta Magna y por la ley.

Es decir, la irrenunciabilidad de derechos laborales está referida básicamente a la imposibilidad jurídica de que el trabajador se prive voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho en su beneficio; se trata de un principio que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en

normas imperativas y sanciona con invalidez la trasgresión de esta regla. En este contexto, el principio de irrenunciabilidad se aplica cuando existe una renuncia, es decir, cuando el titular de un derecho reconocido por una norma imperativa lo abandona voluntariamente; por ejemplo, este principio se aplicará ante la renuncia por parte del trabajador del derecho a recibir la asignación familiar por acuerdo con el empleador. Los actos de renuncia son sancionados con la nulidad, es decir se consideran sin efecto jurídico alguno, como si no se hubieran realizado³⁹; por lo que, en el ejemplo propuesto, la renuncia a recibir la asignación familiar sería un acto sancionado con la nulidad.

Ahora bien, habría que precisar que resultarán derechos irrenunciables no solo aquellos provenientes de disposiciones que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada, es decir, cuando se traten de derechos originados en normas imperativas, sino también de las cláusulas normativas de los convenios colectivos, que tienen el mismo rango.

A efectos de entender completamente lo reseñado en el anterior párrafo consideramos, importante señalar que el principio de irrenunciabilidad de derechos opera ante los siguientes tipos de normas:

- a. **Normas de derecho necesario absoluto.**- Los derechos irrenunciables surgen de disposiciones que excluyen por completo la presencia de la autonomía privada, no permiten actuar en ninguna dirección por resguardar intereses generales; tal es el caso de los derechos constitucionales en todas sus manifestaciones.

³⁹ Al respecto, es importante diferenciar el acto de renuncia de un acto de disposición. Un acto de disposición usualmente es coordinado con el empleador quien generalmente obtiene un legítimo beneficio (por ejemplo la reducción consensuada del descanso de treinta a quince días naturales), sin que el trabajador se perjudique. La disposición normalmente versa sobre normas dispositivas, en cambio, en el acto de renuncia es el empleador el único que se beneficia y versa sobre normas imperativas, esto es, que el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, será un acto de renuncia.

- b. Normas de derecho necesario relativo o normas mínimas.**- Son normas que establecen mínimos o “pisos” a la autonomía privada, debajo de los cuales la intervención de esta queda prohibida, dada la presunción de desventaja del trabajador en la contratación laboral. Es decir, estas normas fijan mínimos debajo de los cuales no se puede actuar, pero que sí se pueden mejorar; tal es el caso de la remuneración mínima legal o vital, la asignación familiar (que se calcula en función del 10% de la remuneración mínima vital⁴⁰) para trabajadores que no están dentro del ámbito de la negociación colectiva, la jornada de trabajo, etc. Cabe rescatar que por la desigualdad característica que existe entre las partes laborales este tipo de normas abundan en nuestro ordenamiento jurídico laboral.
- c. Normas de máximo derecho necesario o topes.**- Son las que establecen máximos o topes a la autonomía privada; es decir, fijan máximos sobre los cuales no se puede actuar, pero que se pueden empeorar en resguardo de intereses generales. Estas normas suelen presentarse en el sector público, cuando se establecen topes a los sueldos de los funcionarios o en el establecimiento de escalas salariales; así como en el sector privado, cuando se ponen topes o porcentajes máximos de cantidad y remuneración a la contratación de trabajadores extranjeros o cuando se establece límites a la provisión de personal bajo modalidad temporal a través de empresas de intermediación laboral.
- d. Normas de derecho dispositivo.**- Estas normas permiten la presencia de la autonomía privada en la regulación de una materia; por lo que su libre juego de mejora o disminución de derechos serán plenamente disponibles. Es decir, permiten a las partes llegar a un acuerdo en cualquier dirección

⁴⁰La denominación utilizada en la ley N° 25129 es “ingreso mínimo legal”.

(mejora o desmejora); tal es el caso de las normas que permiten la “venta” de 15 días de vacaciones.

Tras este análisis, se concluye que solo resultarán derechos irrenunciables, los derechos que gozan de protección constitucional, los que surgen tanto de las normas de derecho necesario absoluto como de las normas de derecho necesario relativo. Por lo que, encontrándonos frente a este principio, cabría la posibilidad de que la aplicación de la solidaridad laboral resulte también imperativa en el caso de que su contenido y preceptos busquen proteger aquellos derechos con carácter o naturaleza irrenunciable, lo que en consecuencia devendría en que el trabajador no pudiese renunciar a la solidaridad a la cual están sujetos los obligados de los créditos laborales. Recordemos que, en este campo jurídico, el rasgo tuitivo o protector se traduce, entre otros aspectos, con la postulación de la nulidad de todos aquellos actos de disposición de derechos reconocidos por la Ley y la Constitución.

En efecto, el principio de irrenunciabilidad, tal como lo hemos señalado líneas atrás, sirve como otro de los sustentos para establecer los supuestos de la solidaridad laboral, debido a la íntima y estrecha relación que guarda con los derechos fundamentales de la remuneración, de los beneficios sociales del trabajador, así como los derechos vinculados a la seguridad y salud del trabajador que no deben quedar desprotegidos cuando ponen a disposición del empleador su fuerza laboral. Queda claro que, en el ámbito laboral, la solidaridad no distinguirá de disposiciones de estos derechos por parte de sus beneficiarios pues el goce de aquellos no admite renunciaciones a favor de uno o más empleadores.

Un ejemplo para identificar la aplicación de este principio es que dos empresas contratistas pacten la exclusión de responsabilidad en materia de beneficios en virtud de las normas contractuales, en este caso no sería de aplicación por el principio de irrenunciabilidad toda vez que un trabajador que preste servicios para estas contratistas no podría renunciar a sus derechos laborales.

2. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Este principio se constituye como un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de 1993. Dispone que el Juez, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad; pues, el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto es, se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación. Significa que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos⁴¹.

Vale decir, aun cuando exista un contrato, lo que determina la naturaleza de una relación contractual entre las partes es la forma como, en la práctica, se ejecuta dicho contrato, es decir se da preeminencia a la realidad sobre lo estipulado contractualmente. De esta manera, este principio tiene como sustrato el principio protector del Derecho Laboral ya que, en muchos casos, las reales condiciones de trabajo no están en los documentos, o estando, no se traducen con lo sucedido en la realidad, por lo que resulta necesario que los jueces deban verificar directamente los hechos mismos. Debemos precisar que este desajuste entre lo que ocurre en la práctica y lo que se produce en los hechos puede tener distintas procedencias⁴². Pasamos a reseñar algunas de ellas:

- Puede resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real. Esta es el principal supuesto que se aprecia en la realidad. Este sería el caso típico de una simulación relativa, es decir, cuando se encubre el contrato real sustituyéndolo documentalmente por un contrato distinto. Las

⁴¹ Cas. N° 476-2005 Lima y STC N.° 1944-2002-AA/TC. Data 35 000. G.J.

⁴² GARCIA MANRIQUE, Álvaro. ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Gaceta Jurídica. 2010. p. 17.

diferencias entre el contrato simulado y el efectivo pueden versar sobre todos los aspectos: las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones, etc.

- Puede provenir de un error. Este generalmente es en la calificación del trabajador.
- Es posible que derive de una falta de actualización de los datos.
- Puede originarse en la falta de cumplimiento de requisitos formales.

Es ese sentido, el principio de primacía de la realidad se aplica únicamente en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito.

En la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, hallamos dicho principio en el artículo 4°, donde se señala que, *“en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”*. Nótese que más que encontrarnos ante una definición del contrato de trabajo, en la LPCL hay una alusión a la primacía de la realidad, al referirse, esencialmente, a una presunción de un contrato por tiempo indeterminado de comprobarse la existencia de un contrato de trabajo.

El Tribunal Constitucional ha indicado que el principio de primacía de la realidad se encuentra implícitamente reconocido en los artículos 22 y 23 de la Constitución y, sobre ellos, ha declarado lo siguiente:

“El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social, y medio de la realización de la persona (artículo 22) además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado

(artículo 23"). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos".⁴³

En el caso de la solidaridad laboral la aplicación del principio de primacía de la realidad es aplicable en situaciones donde se acredite la existencia de un fraude en la contratación de trabajadores con el ánimo de eludir obligaciones laborales⁴⁴, Otro supuesto en el cual se ha establecido solidaridad en el pago de beneficios laborales a empresas de un mismo grupo empresarial en razón a que todas se beneficiaron en los hechos con los servicios de un trabajador⁴⁵

En todos estos casos la Corte Suprema ha concluido que en el caso de grupo de empresas cada empresa conformante responde por sus deudas y que la solidaridad laboral es aplicable si se demuestra el fraude, con lo cual el solo hecho de conformar un grupo empresarial no aplica per se a una solidaridad automática, sino las situaciones de hecho que se presentan a su alrededor.

Finalmente, tenemos la Casación 15953-2015-Lima, la cual en virtud de la aplicación del principio de primacía de la realidad aplicó la solidaridad entre una empresa principal e intermediadora por cuanto el contrato de servicios suscrito por el trabajador se había desnaturalizado razón por la cual reconoció la existencia de un vínculo laboral de naturaleza indeterminada y la obligación de ambas empresas de hacerse responsables del pago de los beneficios laborales generados.

En ese sentido, en aplicación de este principio se activa la solidaridad laboral para mejorar los niveles de tutela de los trabajadores frente a procesos complejos como el de externalización de servicios (tercerización o intermediación).

⁴³STC. Expediente No. 991 -2000-AAITC. Fundamento 3.

⁴⁴ Así lo dispuso la Casación Laboral 328-2012-Lima

⁴⁵ Así lo dispuso la Casación Laboral 10759-2014-Lima

3. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD

Existen diversas denominaciones de este principio, entre ellas tenemos que también es conocido como “de permanencia” o “de estabilidad”; sin embargo, preferimos el título de “continuidad” porque esta denominación tiene una connotación sumamente apropiada, ya que *“alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo, a lo que continúa. Y esa es la idea central que se quiere evocar con este principio”*⁴⁶.

El doctor Américo Plá afirma que, *“para comprender este principio debemos partir de la base de que el contrato de trabajo es un contrato de tracto sucesivo, o sea, que la relación laboral no se agota mediante la realización instantánea de cierto acto, sino que dura en el tiempo. La relación laboral no es efímera sino que presupone una vinculación que se prolonga”*⁴⁷. En esa línea, mérito de este principio se postula que la modalidad que adopta normalmente un contrato de trabajo es de duración indeterminada, resistente a las vicisitudes que pueden presentarse dentro de la relación laboral y que pudieran devenir en el desenvolvimiento de la relación laboral, otorgándole la mayor seguridad, dentro de la racionalidad de la relación jurídica laboral, al trabajo humano, entendiendo que tal seguridad redundará en beneficio no sólo del trabajador y su desarrollo personal y familiar, sino también en beneficio del empleador para quien trabaja, todo lo cual tiene una proyección indudable en términos económicos y de promoción social⁴⁸. De esta forma, Plá sostiene que:

“todo lo que tienda hacia la conservación de las fuentes de trabajo, al darle seguridad al trabajador, no sólo constituye un beneficio para él, en cuanto le transmite una sensación de tranquilidad, sino que redundará en beneficio de la propia empresa y, a través de ella de la sociedad, en la medida que

⁴⁶ PLA RODRIGUEZ, Américo. Op. cit. p. 219

⁴⁷ *Ibíd.* p. 215.

⁴⁸ DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso. Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción? En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Doctor Américo Plá Rodríguez. Grijley. Lima, 2009. p.283.

*contribuye a aumentar el rendimiento y a mejorar el clima social de las relaciones entre las partes*⁴⁹.

Queda claro entonces que, a través de este principio, se busca la conservación de la relación laboral más allá de las vicisitudes que pueden presentar a lo largo de su duración, como son las nulidades del contrato de trabajo, las suspensiones de la relación laboral, las subrogaciones subjetivas en la persona y los derechos del empleador, entre otras. Es un principio que, si bien es cierto, se desarrolla a favor del trabajador, no obliga al trabajador a ligarse indefinidamente al contrato de trabajo; pues, como sabemos, en ejercicio de su libertad de trabajo, el trabajador puede optar por extinguir el vínculo laboral. De esta manera, como lo indica Plá Rodríguez, al principio de continuidad pueden atribuírsele las siguientes proyecciones⁵⁰: (i) preferencia por los contratos de duración indefinida; ii) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; iii) facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; iv) resistencia a admitir la rescisión unilateral el contrato, por voluntad patronal; v) interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; vi) prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador;.

En resumen, este principio fue creado con el fin de imponerse sobre al fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución. La prevalencia de la relación laboral está por encima de toda vicisitud porque este principio va de la mano del Derecho del Trabajo, porque no habría una forma de protegerla si la dejamos a merced de la anomalías que puedan presentar en el tiempo de la prestación.

Si nos fijamos, dentro de los efectos referidos en el párrafo anterior, que trae consigo este principio, hemos reseñado aquel relacionado con la prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador por cesión de posición o por la apertura de una nueva línea de

⁴⁹ PLÁ RODRIGUEZ, op.cit. p.216.

⁵⁰ PLÁ RODRÍGUEZ, Op.Cit. p. 223.

negocio, supuestos que implicarían no solo la continuación del vínculo de trabajo sino también la solidaridad por los adeudos laborales entre las entidades inmiscuidas en un proceso de transmisión de empresas siempre que dicha sucesión empresarial tenga como finalidad desatenderse de sus obligaciones laborales. En la misma línea, las normas que regula fusión y escisión, contenidas en los artículos 344⁵¹ numeral 2), y 367⁵² de la Ley General de Sociedades también ingresan también en los supuestos de sujetos obligados al crédito laboral, específicamente en la transmisión de empresas, y por lo tanto en estos casos también son de aplicación por el principio de continuidad.

Finalmente, así como la doctrina laboral ha desarrollado los principios antes señalados, la jurisprudencia también ha creado otros principios como el *despersonalización del empleador*, aun cuando se produzca una novación subjetiva en la relación laboral, por cuanto el cambio de empleador no extingue necesariamente la relación laboral, ni lo modifica por el contrario, en virtud de este principio se transfiere al adquirente la obligación de asumir como nuevo titular todas las obligaciones laborales que se hayan generado incluso en forma retroactiva, esto es, a la fecha que asume la condición de empleador.⁵³

Es por esto último que, a modo de ejemplo, resulta ilustrativa la Casación N° 2310-2011 ICA, por la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República concluyó que:

«la cuestionada resolución N° 32 de fecha veintitrés de diciembre de dos mil ocho, ordena proseguir la ejecución con la empresa Fábrica de Tejidos Pisco Sociedad Anónima Cerrada, privilegiando los principios del carácter

⁵¹ Art 344 “La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas (...)”.

⁵² Art. 367 “Por la escisión una sociedad fracciona su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley”.

⁵³ La jurisprudencia que explica este principio es la Casación N° 951-2005-LIMA.

persecutorio del negocio, despersonalización de la persona jurídica y de sucesión procesal, que en dicho caso se ha estimado producida, así como en aplicación de los principios de continuidad, primacía de la realidad y principio protector, no resulta lesiva del derecho a la cosa juzgada ni el de defensa, en tanto debe entenderse que la obligación laboral ordenada en este proceso pasa a formar parte de la empresa demandante en mérito de la escisión parcial antes referida».

He aquí donde encontramos la utilidad del principio de continuidad a efectos de encontrar más bases para la institución de la solidaridad laboral. Se observa que no importa el motivo o causa de la subrogación en la figura del empleador cuando se mantienen los recursos patrimoniales y los recursos humanos; lo que le interesa es que los trabajadores no se vean afectados por la implementación de esta figura en la relación laboral por lo que les permite mantener los derechos adquiridos y reclamarlos accionando contra cualquiera de las empresas involucradas.⁵⁴ En ese sentido, la institución de la solidaridad laboral se apoya en otro de los principios laborales que como líneas directrices nos permiten fundamentar dicha institución, pues implica que la continuidad laboral, como herramienta de esta, permita exigir la asunción de derechos y obligaciones de la empresa en el caso de la cesión temporal de trabajadores de una unidad productiva a otra, en la sucesión de empresas o en los casos de fusión y escisión.

III. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL TRABAJO: RELACIÓN ENTRE LA REMUNERACIÓN Y LA SOLIDARIDAD LABORAL

A nivel Constitucional, el artículo 24° de la Constitución declara a la remuneración como un derecho a través de una fórmula de contenido general y de preceptividad o eficacia diferida o programática, al señalar que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente que procure para él y su familia bienestar material y espiritual. Este precisamente

⁵⁴ Toyama Miyagusuku, Jorge. Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral. Ius Et Veritas. Lima, 2010. p. 157-158.

es el carácter social de la remuneración, pues es un ingreso que está destinado a atender las necesidades personales y familiares del trabajador. Como lo señala Rendón Vásquez,

“casi todas la totalidad de las familias de trabajadores depende de ese ingreso para subsistir, [por ello] a la remuneración se le ha atribuido un carácter alimentario, por su finalidad semejante a la de los alimentos previstos por el Derecho de Familia. (...) No es, el salario, sin embargo exactamente igual a los alimentos del Derecho de Familia; pero sus afinidades son evidentes, y de allí que con toda propiedad se hable de un carácter alimentario de la remuneración que ha dado lugar a normas propias diferentes a las que rigen los alimentos”⁵⁵.

Esta relación entre la remuneración y su carácter alimentario guarda relación con la protección y el respeto de la dignidad de toda persona, conforme lo establece el artículo 1° de la Constitución Política del Perú de 1993, constituyendo así uno de los pilares básicos del estudio de la teoría de la solidaridad laboral. La importancia de la remuneración también se evidencia en el hecho que la Constitución indica que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Evidentemente, la cobranza y su enunciado tienen su base en el carácter protector del Derecho Laboral, de tal manera que el crédito laboral tiene preferencia sobre una acreencia civil más antigua y pública (como puede ser una hipoteca inscrita en Registros Públicos)⁵⁶.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional ha considerado que la remuneración es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador. Su consagración como derecho fundamental encuentra su razón de ser en su naturaleza alimentaria, lo cual le permite encontrar una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Como consecuencias de este derecho, se derivan otros, como son: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio

⁵⁵ RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Derecho del Trabajo Individual. Quinta Edición. Edial. Lima, 2000.p.300.

⁵⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. p. 550.

de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones truncas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales⁵⁷.

Sobre este tema, quienes defienden el sistema económico del Derecho sostienen que el privilegio laboral no puede imponerse sobre garantías reales que son públicas y denotan un comportamiento diligente del acreedor, máxime si las deudas laborales suelen quedar ocultas y generarse al cese de la relación laboral. Al respecto, consideramos que el crédito laboral debe ser protegido, pues estamos ante acreedores más débiles, con un poder de información reducido y los créditos tienen carácter alimentario y esencial para el trabajador. En tanto no exista un sistema que tutele al personal (como un fondo de garantía salarial), no resulta posible que el crédito laboral ceda ante uno civil⁵⁸.

Estas características han encontrado traducción a nivel legal. En efecto, en el artículo 6 de la LPCL se señala que es remuneración *“para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, **siempre que sea de su libre disposición**”* (el resaltado es nuestro). A ello, habría que agregar lo expresado en el artículo 10 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo (en adelante, LFE), aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR que establece que *“el concepto de remuneración definido por los artículos 39 y 40 de la Ley [artículos 6 y 7 de la LPCL] es aplicable para todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas”*.

En esa línea, la jurisprudencia ha recogido en sus diferentes pronunciamientos lo mencionado anteriormente. Así, la Casación N° 625-2002 LIMA ha señalado lo siguiente:

⁵⁷ Vid. Fundamento jurídico 6 de la sentencia recaída en el Exp. N.° 04922-2007-PA/TC

⁵⁸ *Ibíd.*

“la remuneración está definida como todo lo que recibe el trabajador por sus servicios en dinero o en especies, es decir que la remuneración es el resultado de una contraprestación entre el servicio que se presta y el pago de este servicio, salvo las excepciones determinadas expresamente por ley como las vacaciones, suspensión imperfecta de labores, nulidad de despido, licencia con goce de haberes”.

En el mismo sentido puede apreciarse lo reseñado en la Casación N° 740-2002 PUNO, donde se señala que *“se define como remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, es decir, constituye un derecho del trabajador que configura la contraprestación a que está obligado el empleador por el servicio prestado por él.”* El carácter alimentario de la remuneración ha sido puesto en relieve también mediante la Casación N° 924-2001 LAMBAYEQUE, donde se ha precisado que *“el pago de la remuneración es la contraprestación a cargo del empleador por el servicio prestado por el trabajador y tiene un carácter alimentario, pues dicha prestación, está dirigido a cubrir sus necesidades vitales y familiares.”*

A partir de lo expuesto en la LPCL, en el Reglamento de la LFE y en la jurisprudencia citada, podemos apreciar que estamos ante una definición genérica, abierta y amplia sobre los alcances del concepto remunerativo. Así, remuneración, en términos latos, es la retribución otorgada en el contrato de trabajo, y que en nuestro ordenamiento se considera como tal al íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de libre disposición. De esta definición resulta importante resaltar sus aspectos más importantes.

1. CARACTERÍSTICAS DE LA REMUNERACIÓN

1.1 EL CARÁCTER CONTRAPRESTATIVO

En principio la remuneración tiene un carácter contraprestativo, es decir, el pago corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad. Sin embargo para ciertos casos, el legislador ha considerado como remuneración, los pagos recibidos, por el trabajador en algunos casos especiales ya que la inactividad temporal del trabajador originada en ciertas causas, no conlleva la suspensión de la remuneración. Así, tenemos supuestos en los cuales se recibe a pesar de que el trabajador no ejecuta su prestación personal, como por ejemplo, la que recibe por descanso vacacional, por licencia por enfermedad, la gratificación por fiestas patrias o navideñas, etc.

1.2 LA LIBRE DISPONIBILIDAD

La remuneración *per se* es de libre disposición, lo cual en términos genéricos podría entenderse como que el pago que recibe el trabajador por sus servicios es dispuesto por éste a su libre arbitrio o decisión, sin condicionamiento de ninguna clase. Sin embargo pueden presentarse algunas situaciones que permitirían colegir que en realidad algunos beneficios que el empleador entrega a sus trabajadores no son de libre disponibilidad de éstos dado que están destinados a una finalidad específica, determinada desde un principio por el mismo empresario. Es el caso de una persona de provincia que es contratada para desempeñarse en la capital de manera permanente, que es beneficiada por su empleador con un departamento para efectos de su vivienda y la de su familia, con la condición de que no la arriende o subarriende. En la situación planteada se verifica que pese a que hay un beneficio del trabajador, éste no es de su libre disponibilidad dado que se condiciona la entrega a su no alquiler o sub arrendamiento. En este caso entonces habría que acudir al criterio relacionado con la llamada ventaja patrimonial que le concede el empleador a su trabajador cuando le otorga ciertos beneficios pese a que no se tenga la libre disponibilidad sobre éstos. Esta pauta parte de lo preceptuado en el artículo 19 del TUO de la Ley de

CTS⁵⁹, el cual estipula que todo concepto remunerativo comprende también una ventaja o beneficio patrimonial para el trabajador⁶⁰.

En este sentido, regresando al ejemplo proporcionado, se puede concluir que el inmueble concedido al trabajador le genera una ventaja patrimonial al mismo, dado que le permite dejar de gastar su propio dinero, en búsqueda de una vivienda para sí mismo y para su familia, por lo que dicho departamento se configura como una remuneración en especie. Veamos a continuación, brevemente, de qué se trata este tipo de retribución:

1.3 POSIBILIDAD DE PAGO EN DINERO O EN ESPECIE

La remuneración puede ser retribuida de dos formas: en dinero (se abona la remuneración en moneda nacional o extranjera) o a través del pago en especie, que no es otra cosa que la entrega de bienes o de algún beneficio valuable en dinero que le genera una ventaja patrimonial al trabajador, y que, a su vez, supone el disfrute, utilización, consumo de los mismos.

Si bien es cierto, no hay norma alguna que restrinja o regule el pago de remuneración en especie, no es usual que se recomiende el pago íntegro de la remuneración de este modo. En este sentido se dirige el Convenio N° 95⁶¹ de la OIT, el cual pese a no estar ratificado por el estado peruano, señala algunos criterios sobre el particular que resulta preciso destacar. Así, indica que mediante negociación colectiva se podrá permitir el pago parcial

⁵⁹ **Artículo 19.-** No se consideran remuneraciones computables las siguientes: (...) Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuario y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y **no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador** (...)

⁶⁰ Vid. MORALES CORRALES, Pedro. "Remuneraciones". En: *Actualidad Laboral*. Lima. Junio 1999. Pág. 9.

⁶¹ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 95 - Convenio relativo a la protección del salario. Adopción Ginebra, 32ª reunión CIT (01 julio 1949). Art. 4

del salario con prestaciones en especie en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente a causa de la naturaleza de la industria u ocupación de que se trate. Asimismo se precisa que en los casos en que se autorice el pago parcial del salario con prestaciones en especie, se deberán tomar medidas pertinentes para garantizar que: (i) las prestaciones en especie sean apropiadas al uso personal del trabajador y de su familia, y redunden en beneficio de los mismos; (ii) el valor atribuido a estas prestaciones sea justo y razonable.

1.4 QUE LA LEY NO LE HAYA SUSTRÁIDO EL ATRIBUTO REMUNERATORIO

Este aspecto es muy importante, pues existen conceptos que por naturaleza calificarían como remuneración, pero que la ley los excluye de dicha condición, como los señalados en los artículos 19 y 20 del TUO de la Ley de CTS, Decreto Supremo N° 001-97-TR (LCTS), o el artículo 3 de la Ley N° 29351. Al ser ésta una regla excepcional los conceptos que, por naturaleza son remunerativos, pero que por mandato legal dejan de ser apreciados de tal forma, deben ser interpretados estricta y limitadamente. Ello implicaría que en caso que surja alguna duda respecto de la consideración de un monto dentro de los alcances de dichas exclusiones remunerativas, habría que concluir que el concepto analizado califica como remuneración. Esta conclusión encuentra vinculación estrecha con aquella presunción de salariedad que se deriva de la definición amplia y genérica que profiere el legislador a la remuneración en el artículo 6 de la LPCL.

Consideramos que el carácter alimentario y demás implicancias que se derivan del carácter de derecho a la remuneración, le confieren, junto con los principios laborales referidos, entidad suficiente para sustentar y promover una teoría propia de la solidaridad laboral. Concluido con el conciso repaso de las bases constitucionales y los caracteres propios de la remuneración, habría que anotar que este desarrollo no tiene sino la intención de reafirmar las bases propias de la solidaridad laboral, la cual, naturalmente, encuentra lazos íntimos con el derecho fundamental tratado en este punto.

En efecto, esta figura jurídica servirá básicamente como mecanismo habilitante que permitirá a un trabajador realizar el cobro de sus acreencias remunerativas y sociales (beneficios sociales) a cualquiera de sus “empleadores”, incluso cuando este hubiera adoptado una figura compleja.

El fundamento constitucional de la solidaridad, como hemos señalado anteriormente, nace del principio protector que tiene el Derecho Laboral, de manera que se proteja la remuneración en tanto es necesaria para la subsistencia de la persona, el desarrollo de su personalidad, en pro de su dignidad. Así, su fundamento está en el principio tuitivo de esta rama jurídica que le provee a la parte más débil de la relación de trabajo un nivel de protección especial en aras de proteger su dignidad y en la protección de la remuneración, teniendo como base constitucional el artículo 24 de nuestra Constitución de 1993; pero no en el hecho de que la empresa usuaria se aproveche de la labor del trabajador, porque en este caso la solidaridad no debería ser subsidiaria ni sólo cuando existan adeudos, pues debería operar desde el momento del destaque hasta el final, en cualquier momento del destaque, y por todos los beneficios, como veremos más adelante.

2. Herramientas de Protección Salarial

El derecho laboral, en el ordenamiento jurídico peruano, tiene una clara vocación de tutela y protección del trabajador. El principio de protección o tuitivo se fundamenta en las relaciones sociales donde se crean vínculos, y uno de los más intensos es probablemente el de las relaciones de trabajo. Podríamos señalar que el principio de protección es la razón de ser del derecho del trabajo.

Como consecuencia de tal carácter protector o tuitivo, el legislador dispone reglas a favor del trabajador, como normas de orden público, que establece mínimos irrenunciables, como es el caso en materia de remuneraciones; y de esta forma, tales reglas convergen herramientas de protección salarial. A continuación desarrollaremos cuatro (4) herramientas

de protección salarial que también formarán parte del sustento de la institución de solidaridad laboral que proponemos con este trabajo.

2.1 Prioridad de Pago

La prioridad del pago es aquel que, basado en la necesidad de equilibrar, la desigualdad de las acciones del empleador contra el trabajador, cumple la función de proteger el derecho de los trabajadores del cobro en primera instancia de sus créditos laborales respecto de un concurso de acreedores.

En normas internacionales encontramos que también se ha optado por la protección de los créditos laborales; así, el artículo 11⁶² del Convenio N° 95 de la OIT señala que los créditos laborales tienen preferencia en los casos de quiebra o liquidación de una empresa frente a otro acreedores; lamentablemente, solo tiene alcance de recomendación pues no ha sido ratificado en el Perú a la fecha.

⁶² “**Artículo 11**

1. En caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa, los trabajadores empleados en la misma deberán ser considerados como acreedores preferentes en lo que respecta a los salarios que se les deban por los servicios prestados durante un período anterior a la quiebra o a la liquidación judicial, que será determinado por la legislación nacional, o en lo que concierne a los salarios que no excedan de una suma fijada por la legislación nacional.

2. El salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar la parte del activo que les corresponda.

3. La legislación nacional deberá determinar la relación de prioridad entre el salario que constituya un crédito preferente y los demás créditos preferentes.”

En el marco de del ordenamiento peruano, a nivel constitucional, el artículo 24 de la Constitución de 1993, indica que el pago de las remuneraciones y beneficios sociales tienen prioridad sobre cualquier obligación del empleador. A nivel legal, el artículo 2 del Decreto legislativo N° 856, establece que *“los créditos laborales a que se refiere el artículo anterior tienen prioridad sobre cualquier otra obligación de la empresa o empleador. Los bienes de éste se encuentran afectos al pago del íntegro de los créditos laborales adeudados. Si éstos no alcanzaran el pago se efectuará a prorrata.”*

En relación a la relevancia de la prioridad de pago como herramienta de protección de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores, esta formará parte de nuestra propuesta de una institución de la solidaridad laboral en el sentido de que su función está encaminada a reclamar **en primer orden los créditos laborales**. (El resaltado es nuestro).

2.2 Carácter Persecutorio

El sistema jurídico peruano, a consecuencia de eventuales maniobras de empleadores para evadir el cobro de adeudos de los trabajadores, busca evitar tal situación a través de la imposición de un periodo en el cual se presume que toda transferencia es calificada como evasión en el cumplimiento de las obligaciones laborales, o en todo caso, se analiza las actitudes del empleador de no abonar las remuneraciones y/o beneficios sociales.

Para asegurar que los trabajadores puedan cobrar sus deudas laborales se ha establecido un derecho persecutorio respecto de los bienes del empleador. En el artículo 3° del D.Leg. N° 856 se han regulado los supuestos en los cuales esta preferencia o prioridad en el cobro de los créditos laborales se ejerce con carácter persecutorio, y son solo los siguientes:

“a) Cuando el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su

declaración judicial de quiebra. La acción alcanza a las transferencias de activos fijos o de negocios efectuadas dentro de los seis meses anteriores a la declaración de insolvencia del acreedor;

b) En los casos de extinción de las relaciones laborales e incumplimiento de las obligaciones con los trabajadores por simulación o fraude a la ley, es decir, cuando se compruebe que el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo. ⁶³

Toyama Miyagusuku señala que, en el primer supuesto, si el empleador ha sido declarado insolvente, y como consecuencia de ello se ha procedido a la disolución y liquidación de la empresa o su declaración judicial de quiebra, cabe que los bienes transferidos a terceros puedan ser rematados por los trabajadores para efectos de la cobranza de adeudos laborales. De otra parte, el autor en mención, señala que, en el segundo supuesto se aprecia una regulación centrada en las actividades del empleador cuando: a) se ha extinguido el contrato de trabajo; y b) existe simulación o fraude (el empleador injustificadamente disminuye o distorsiona la producción para originar el cierre del centro de trabajo o transfiere activos fijos a terceros o los aporta para la constitución de nuevas empresas, o cuando abandona el centro de trabajo)⁶⁴.

Cabe señalar que la regulación normativa del Decreto Legislativo 856 es taxativa; por lo que en su oportunidad, haciendo uso de su control difuso, la Corte Suprema resolvió en un caso declarar inaplicable los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 856, donde señaló que existía incompatibilidad con el artículo 24 de la constitución por cuanto la ley restringía el derecho persecutorio en la prioridad del cobro de los beneficios sociales. ⁶⁵

⁶³ Decreto Legislativo N° 856. En vigencia desde el 4 de octubre de 1996.

⁶⁴ Toyama Miyagusuku, Jorge. Remuneraciones y Beneficios sociales. Gaceta Jurídica. Lima, 2016.p. 114

⁶⁵ Casación N° 2335-2003-Lambayeque, considerando sétimo.

De tal forma, el carácter de persecutoriedad del pago de las remuneraciones y beneficios sociales de los trabajadores, resulta indispensable en nuestra propuesta de una institución de la solidaridad laboral en el sentido de que su formulación legal y jurisprudencial la encaminan al reclamo en primer orden los créditos laborales y a anular cualquier acto del empleador para evadir tal pago.

2.3 Intangibilidad

La intangibilidad de la remuneración es una garantía frente a las situaciones en las que se afecta o reduce la remuneración. El Tribunal constitucional, en el Caso Ley de Reforma Magisterial ha tenido oportunidad de referirse a la estructura del derecho fundamental a la remuneración y ha identificado su contenido esencial que es “absolutamente intangible para el legislador” y uno accidental, “claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca”.⁶⁶

En la misma línea, el Tribunal constitucional también ha determinado que el contenido esencial del derecho fundamental de la remuneración presenta un elemento de vital importancia, siendo este:

“(…) La Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza el trabajador y a su familiar su bienestar. (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).”⁶⁷

De lo señalado, entendemos que la intangibilidad de la remuneración constituye el fundamento de garantía mínima del bienestar del trabajador por cuanto

⁶⁶ STC 0020-2012-PI/TC. Fundamento N° 8

⁶⁷ STC 0020-2012-PI/TC. Fundamento N° 16

jurisprudencialmente, se han admitido excepciones de supuestos de reducción de remuneraciones consensuada cuando forma parte un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador, sin ir más allá de los mínimos establecidos por nuestro ordenamiento⁶⁸. En la misma línea, también se ha admitido cuando tal reducción no es consensuada, pero sí legitimada en virtud de lo que autorizada expresamente la ley o una decisión de la autoridad judicial.

2.4 Primacía de la Realidad Salarial

Hemos mencionado que en muchas ocasiones un trabajador no cuenta con los suficientes medios probatorios que acrediten fehacientemente la existencia de la relación laboral, por lo que en atención a tal problema, en el Perú, los Jueces Laborales han hecho uso del Principio denominado “Primacía de la Realidad”. En virtud del cual, este principio laboral, determina que existe una relación laboral aun cuando la nomenclatura de un contrato señale uno de naturaleza civil, porque lo imprescindible es conocer cómo en la práctica se ejecuta dicho contrato, en otras palabras, es la preeminencia de la realidad sobre lo estipulado en el contrato.

A nivel, jurisprudencial, el Tribunal Constitucional del Perú ha aplicado este principio en un caso de naturaleza laboral y ha señalado lo siguiente:

“(...) en virtud del principio de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, según el cual en caso de discrepancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que aparece en los documentos o contratos, prevalecen los hechos-, resulta evidente que las labores de la recurrente, no obstante el texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto

⁶⁸ Casación Laboral. N° 5913-2013-La Libertad

considerar que la mencionada relación laboral tuvo carácter eventual o accidental”⁶⁹

Cabe señalar que, el Tribunal también se refirió al principio de primacía como uno de naturaleza general, para todos los ámbitos del Derecho Constitucional al vincular su aplicación en relación a la condición más beneficiosa para el trabajador, principio consagrado en el artículo 26º, inciso 3 de la Constitución.⁷⁰

De esta manera, teniendo en cuenta lo descrito, consideramos que un principio de primacía de la realidad salarial forma parte de las bases de la institución de la solidaridad laboral que se propone porque presupone una alternativa para la verificación o reconocimiento de créditos remunerativos o beneficios laborales de un sujeto que no haya tenido un contrato laboral con un empleador, sino de otra naturaleza como un contrato civil, pero que en la realidad haya cumplido efectivamente con todos los elementos del primer tipo mencionado.

3. La Protección Constitucional de la Remuneración

La Constitución Política de 1993 establece en el último párrafo de su artículo 23º que: *“nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”*, es decir, esto señala la garantía de la retribución de la remuneración o, dicho en otros términos, la proscripción del trabajo gratuito.

De otro lado, el primer párrafo del artículo 24º de la Carta Política establece que: *“el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y*

⁶⁹ STC EXP N° 0327-2004-AA-TC. Fundamento 2.

⁷⁰ STC EXP N° 0554-2004-AA-TC Fundamento 4 y 5.

su familia, el bienestar material y espiritual". De esta forma, el precepto en mención establece que el contenido del derecho a una remuneración se relacione directamente con el establecimiento de pisos mínimos de percepción remunerativa, esto es, el caso de la remuneración mínima vital. En ese sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza alimentaria de la remuneración al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio– derecho a la igualdad y a la dignidad, y que, al mismo tiempo, adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.⁷¹

Es necesario mencionar que, el máximo intérprete de nuestra Constitución reconoció también que:

*“El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23° in fine y segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución). La remuneración también implica una modelo de competitividad, en tanto se manifiesta como un incentivo para atraer y retener personal idóneo”.*⁷²

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 24° de nuestra Constitución, establece que: *“el pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.* De esta forma, vemos la protección constitucional del carácter prioritario de la remuneración, que como ya hemos mencionado, se sustenta “en el principio protector del derecho del trabajo, que comprende los distintos mecanismos a través de los cuales se tutela su percepción efectiva por parte del trabajador en orden superior de prelación sobre otro tipo de acreencias.

⁷¹ STC 4922-2007-PA/TC. fundamento 6.

⁷² STC 4922-2007-PA/TC. fundamento 13.

IV. LA SOLIDARIDAD CIVIL Y LA SOLIDARIDAD LABORAL: ASPECTOS AFINES

En una relación civil las partes concurren en una situación de igualdad de condiciones con lo cual tienen amplia libertad y capacidad para negociar los términos de las obligaciones contractuales a las que se sujetan. Esta situación difiere sustantiva y significativamente de una relación de naturaleza laboral, pues en esta última se presenta un escenario natural de desigualdad entre el trabajador y el empleador; por lo que, en muchas ocasiones, al trabajador solo le queda aceptar las condiciones y obligaciones establecidas por el empleador, no pudiendo ser éstas inferiores a las establecidas por los derechos mínimos que contemplan las normas internacionales y constitucionales. Por ello, a diferencia de la relación jurídica regulada por el derecho civil, la relación laboral es de naturaleza tuitiva, al establecerse una protección especial a los derechos de los trabajadores.

A efectos de construir una teoría de solidaridad laboral, resulta importante determinar si los requisitos, características y efectos de la solidaridad civil pueden ser aplicables de forma directa o supletoria, o si la solidaridad laboral debe recibir un tratamiento diferente y autónomo distinto a la solidaridad de carácter civil.

1. LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA

La solidaridad, en su acepción legal, presupone la presencia de una obligación, que en principio debería ser asumida únicamente por la persona que generó dicha obligación. En palabras de Puerta Luis, *“...la solidaridad constituye una manifestación del fenómeno de la pluralidad de personas en la relación obligatoria. Esta consta necesariamente de dos partes: acreedora y deudora; sin embargo, nada impide que cada parte esté integrada por*

*una o varias personas.*⁷³ En efecto, la existencia de una obligación nos lleva a pensar un solo obligado y en un solo beneficiario, pero tal como lo manifiesta el autor citado, es posible también que en cada lado exista una pluralidad de sujetos. Bajo estos mismos criterios, Díez Picazo, citado por Puerta Luis, señala que “...*la solidaridad es aquella situación en la cual hay varios acreedores, cada uno de ellos tiene derecho a exigir la totalidad del crédito (solidum: el entero), y cuando hay varios deudores cada uno de ellos tiene el deber de prestar íntegramente la deuda*”⁷⁴. Por su parte, Palacios Martínez, al referirse a la solidaridad, abunda respecto de la complejidad que supone para la doctrina la pluralidad de sujetos, señalando que “*la problemática de las obligaciones subjetivamente complejas se centra, entonces, en los grados de vinculación entre la pluralidad de sujetos que conforman, en conjunto y en la misma posición, cada uno de los polos de la relación obligatoria*”⁷⁵.

También en el Derecho Laboral, específicamente en la jurisprudencia, se maneja el referido concepto en términos tales que es posible demandar “de manera solidaria” a más de un empleador, a fin de asegurar la satisfacción de una acreencia laboral. No obstante, en estos casos, como veremos más adelante, será relevante determinar quién o quiénes ostentan el cargo de empleador; pues, a diferencia del Derecho Civil, en el Derecho Laboral no siempre es posible identificar con facilidad a los “obligados solidariamente” a cumplir con el pago de las acreencias laborales.

2. TIPOS DE SOLIDARIDAD

En la doctrina civil se ha establecido dos tipos de solidaridad: a) solidaridad activa y b) solidaridad pasiva⁷⁶. La primera hace referencia a la pluralidad de acreedores, resultando

⁷³ Puerta Luis, Luis “*La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado*”, Editorial Montecorvo”, Madrid 1977, Pág. 119.

⁷⁴ Puerta Luis, Luis, op. cit. Pág. 121.

⁷⁵ Palacios Martínez, Eric “Código civil comentado por los 100 mejores especialistas”. Editorial Gaceta Jurídica, Tomo VI, Lima 2004, Pág. 186

⁷⁶ Es importante anotar, que un sector de la doctrina civil, establece un tercer tipo de solidaridad denominada mixta, cuando es activa y pasiva al mismo tiempo tanto de la parte acreedora como deudora, como bien señala

activa en tanto serán estos los que reclamarán el cumplimiento de la obligación; mientras que la segunda hace referencia a quienes serán requeridos para el cumplimiento de la obligación, la cual podría suscitarse incluso sin aviso o conocimiento previo. De esta manera, los grados de vinculación o la forma como se han vinculado los sujetos dentro de uno u otro grupo es, en definitiva, determinante para el tema que nos convoca, en especial para el caso de la solidaridad pasiva, que es el tipo de solidaridad que nos interesa analizar y que, además, es el que se presenta con mayor frecuencia en el ámbito laboral⁷⁷.

En esa línea de ideas, en la solidaridad pasiva están todos obligados a una sola prestación de tal manera que el cumplimiento de cualquiera de ellos libera a los otros de su obligación. Este supuesto está regulado en el artículo 1185 del Código Civil, que en su texto señala lo siguiente: *“el deudor puede efectuar el pago a cualquiera de los acreedores solidarios, aun cuando hubiese sido demandado solo por alguno”*. Es decir, hay solidaridad pasiva cuando la prestación debida por varios deudores puede ser íntegramente exigida a cualquiera de ellos. En este caso, la solidaridad pasiva tiene como función la garantía del crédito porque favorece su aseguramiento y la rapidez en el cumplimiento del mismo.

En efecto, si bien la doctrina civil entiende que la solidaridad no solo la encontramos del lado del deudor, sino también del lado del acreedor, para efectos del presente trabajo nos centraremos en la solidaridad pasiva, en la que – para el Derecho Laboral -existe más de un empleador obligado pudiendo incluso exigirse el cumplimiento de la obligación sin su consentimiento.

Castillo Freyre (Cf. Castillo Freyre, Mario. Comodato conjunto, http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/comodato_conjunto.pdf, 13-10-2013). Sin embargo, para efectos del presente trabajo no resulta pertinente desarrollar este tipo de solidaridad.

⁷⁷ Puerta Luis, op. cit. Pág. 124. Este autor nos refiere que *“...en cuanto a la pluralidad de sujetos, es indudable que la solidaridad activa es bastante rara. En cambio, la solidaridad pasiva es muy frecuente por la gran ventaja que representa para el acreedor la posibilidad de dirigirse contra el deudor más solvente. Supone, una fuerte garantía de crédito”*.

3. REQUISITOS

A efectos de que se configure la solidaridad en el ámbito del Derecho Civil se han establecido los siguientes requisitos:

- a. **Pluralidad de los sujetos activos o pasivos:** La solidaridad supone necesariamente la presencia de varios sujetos, sea del lado del acreedor como del deudor. Es un ejemplo clásico la presencia de varios deudores (solidaridad pasiva), quienes indistintamente podrán responder íntegramente por la suma adeudada. Este requisito sí puede ser aplicado en el Derecho del Trabajo toda vez que es necesaria la existencia de más de un empleador a fin de aplicar la solidaridad laboral pasiva; tal es el caso de la intermediación laboral, donde el trabajador tiene un empleador formal (entidad de intermediación laboral) y un empleador real (la empresa usuaria) quien le da órdenes o directivas para la prestación del servicio.
- b. **La unidad de la prestación:** A efectos de aplicar la solidaridad debe existir un objeto único. Sobre el particular, Ferrero Costa⁷⁸, indica

“...que el único obligado frente a varios acreedores debe ser una única prestación que podrá exigirle cualquiera de aquellos, de igual modo que el acreedor único frente a varios deudores acredita una sola prestación que puede exigirse de cualquiera de los obligados. El contenido de la prestación es tan unitario como si solo hubiese un acreedor y un deudor, y debe cumplirse de una sola vez, aunque materialmente pudiera fraccionarse”.

Este segundo requisito no podría cumplirse de forma exacta en el Derecho Laboral porque en determinados casos el trabajador podría requerir más de una prestación u objeto (beneficios laborales, indemnización, entre otros), las cuales no necesariamente podrán ser atribuidas a un solo obligado, sino que deberá evaluarse en qué caso cada uno de los obligados puede responder solidariamente. Tal es el

⁷⁸ Ferrero Costa, Raúl, Op. Cit Pág. 102

caso de una relación de tercerización de servicios, donde el trabajador podría requerirle a ambas entidades empleadoras (tercerizadora y empresa principal) el pago de una indemnización por la desnaturalización del contrato, o de los beneficios laborales dejados de abonar, siendo así que en este supuesto nos encontraríamos ante la unidad de la prestación porque se faculta al trabajador a exigir el reconocimiento de ambos derechos; pero, resaltamos que existirán casos como los que se presentan en los supuestos de despido arbitrario o el derecho de reposición en caso de despido nulo donde solo a una de las entidades empleadoras se les requerirá el pago de la indemnización.

- c. **Pluralidad de vínculos jurídicos:** Si bien puede existir una sola prestación debida, habrá pluralidad de vínculos jurídicos debido a la diversa relación que va unir, por ejemplo, en el caso de la solidaridad pasiva, al acreedor común con cada uno de los distintos deudores; lo que, a su vez, generará una doble relación: una externa (de los deudores solidarios con el acreedor) y otra interna (de los deudores entre sí). Así, si estamos en una relación de intermediación laboral, existe solidaridad entre la entidad de intermediación y la usuaria frente al trabajador destacado (pluralidad externa), así como entre la entidad de intermediación y la usuaria (pluralidad interna); por lo que, quien satisfaga las acreencias laborales podrá repetir contra el que no cumplió con la obligación.

4. CARACTERÍSTICAS

Nuestra legislación no contempla de forma expresa las características que identifican un supuesto de solidaridad civil, sin embargo, a partir de su tratamiento en el Código Civil, se pueden referir algunas de ellas. Así tenemos:

- a. **La solidaridad debe ser establecida de forma expresa:** En efecto en nuestro Código Civil, el artículo 1183° establece que la solidaridad no se presume y que solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa (es decir, mediante

acuerdo entre las partes). De esta manera, y tal como lo manifiesta el civilista Ferrero Costa⁷⁹, “...la exigencia de que conste expresamente se funda en que la solidaridad pasiva es muy severa, por cuanto le da derecho al acreedor para cobrar el íntegro de la prestación a cualquiera de los codeudores”.

No se puede, entonces, presumir la solidaridad o, en otras palabras, no se puede atribuir (arbitrariamente) una obligación a persona distinta al obligado “principal”, originario o aparente, en tanto dicha atribución supondría un perjuicio a los derechos de la segunda persona, lo que se traduce finalmente en una afectación dineraria. En suma, generaría inseguridad jurídica obligar a una persona a asumir la responsabilidad de otra, salvo la existencia de norma, o convenio preexistente. En tal sentido, la ley no permite que la solidaridad se deduzca, a través de un proceso lógico, de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación, sino exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada⁸⁰. Lo que significaría que la prestación se dividiría de forma proporcional a fin de que cada uno de los deudores responda frente al acreedor

A estos efectos observamos que la solidaridad es una excepción dentro de la normativa civil; por el contrario, lo usual es que se establezca una relación mancomunada y no solidaria. En sentido, el Código Civil establece como regla que toda obligación, a menos que la ley, el pacto o la voluntad unilateral la constituyan en solidaria, nace mancomunada.

No obstante, dada la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo, no siempre sería indispensable que la solidaridad laboral sea establecida en forma expresa, ya que

⁷⁹ Ferrero Costa, Raúl Op.cit. Pág. 102.

⁸⁰ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Primera Edición. Palestra. Lima, 2008. p.323 y ss.

de por medio está la satisfacción de derechos laborales de carácter prioritario como sería la remuneración, los beneficios laborales, etc. Sin embargo, en determinados casos sí será necesario que la solidaridad esté regulada de forma expresa, ya sea a través de un contrato de trabajo, convenio colectivo, entre otros títulos, tema sobre el cual ahondaremos más adelante.

- b. La solidaridad tiene un alcance limitado:** El carácter expreso de la solidaridad supone además que su alcance sea limitado al supuesto de hecho previsto, es decir, que si una norma o un negocio jurídico señala que determinada obligación es solidaria, no puede suponerse que todas las situaciones jurídicas derivadas de esa relación también lo sean; a estos efectos resulta necesario e imperativo que también se contemple de manera expresa a aquellos supuestos en donde se quiera que rija la solidaridad.

Esto supone que dentro de una misma relación contractual donde exista una obligación solidaria, esta no alcanza a la demás obligaciones o situaciones jurídicas que puedan existir. En esa línea, tenemos lo regulado por el artículo 1203° del Código Civil, el cual establece que:

“las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. (...) Las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso”.

Como se observa, en el primer párrafo del artículo 1203° del Código Civil, se ha previsto una presunción legal en el sentido de que en las relaciones internas la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que hubiese sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos; vale decir, no hace extensiva la solidaridad para efectos de las relaciones internas, sino que se presume

que las mismas se rigen por la regla general que sigue nuestro Código Civil, esto es la mancomunidad.

Asimismo, la legislación civil ha establecido que las porciones de cada uno de los deudores o, en su caso, de los acreedores, se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso. En este caso, el pago se efectuará de manera solidaria por los tres deudores frente al acreedor, es decir, éste podrá exigir el total a cualquiera de ellos; pero dentro de las relaciones internas, quien pagó podrá repetir respecto de los montos que a cada uno le correspondan. El recurso procede en la medida del interés que cada uno tenga en la operación; las partes podrán ser iguales o desiguales.

En caso no existiera una comunidad de intereses, la obligación deberá ser asumida íntegramente por el deudor en cuyo interés fue contraída. Para ejercitar el recurso contra los otros codeudores se promovería la acción de subrogación prevista por el artículo 1260, inciso 1, del Código Civil. El codeudor solidario que hizo el pago se subrogaría en los derechos del acreedor; pero la subrogación no supone que perviva la solidaridad de la obligación original, en este caso, lo que surge es una obligación mancomunada donde las partes están obligadas sobre lo que les corresponde en mérito del principio de división de créditos y deudas.

En el ámbito laboral, esta característica se aplica cuando mediante la acción de subrogación de un empleador frente a otro que incumplió con el pago de los derechos de un trabajador satisface tal acreencia laboral; no obstante, lo ideal sería que la solidaridad entre los empleadores sea directa, alternativa o subsidiaria.

En ese sentido, esta característica asiste el fundamento de la institución de la solidaridad laboral porque permite que en caso exista pluralidad de deudores cualquiera pueda cumplir el pago de la totalidad de la deuda.

- c. **Distribución en caso de insolvencia:** Otra característica importante respecto a la solidaridad civil y las relaciones internas, se aprecia en el artículo 1204 del Código Civil que dice *“si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. (...) Si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”*.

El principio general, consignado en el primer párrafo del precepto, es que si algún codeudor fuese insolvente, su porción se distribuirá entre los demás, en estricta proporción a sus intereses en la obligación. El segundo párrafo analiza el supuesto en el cual la obligación se contrae en interés exclusivo de dos o más codeudores, señalando como efecto, ante la insolvencia de estos, que la deuda se distribuya en partes iguales entre el resto de codeudores.

Esta característica es básica para una institución de la solidaridad laboral, pues si bien, esta característica se viene aplicando en los casos judiciales referidos a grupos de empresas y vinculación económica con la finalidad de satisfacer la acreencia laboral – que tiene carácter prioritario y que se antepone ante cualquier obligación contraída por el empleador –, más allá de que tal distribución se disponga entre los demás empleadores para satisfacer dicha acreencia, se debe exigir su presencia en una institución para no esperar los pronunciamiento caso por caso.

- d. Facultad del acreedor de renunciar a la solidaridad a favor de uno de los deudores:** El acreedor está facultado a renunciar a la solidaridad a favor de uno de los deudores, manteniendo la acción solidaria contra los demás.

En el ámbito laboral uno de los empleadores tendría que acreditar que no está obligado a responder solidariamente a fin de que se vea liberado de la solidaridad; pero, es necesario señalar que se encuentran de por medio la garantía de derechos laborales; por lo que, en efecto, consideramos inviable que esta característica pueda ser aplicada como uno de los fundamentos de una institución de la solidaridad laboral, ya que tal y como hemos mencionado en párrafos anteriores, si un trabajador decidiese que uno de sus empleadores no le pague las remuneraciones o beneficios sociales que se le adeudan, se consideraría que dicha renuncia nunca se realizó y que el reclamo respectivo por dicho pago podrá, pese a ello, interponerse también contra el empleador a quien se trató de favorecer con la renuncia.

5. CONSECUENCIAS DE LA SOLIDARIDAD PASIVA CIVIL

Entre las principales consecuencias en caso de aplicar la solidaridad pasiva en el Derecho Civil tenemos:

- El derecho del acreedor de exigir el pago total a cualquiera de los deudores solidarios. Dicha exigencia también puede dirigirse a todos los deudores a la vez, solicitando el íntegro de la prestación. Como ya hemos advertido, en el Derecho Laboral podría darse el caso que a los deudores se les pueda requerir el pago de una prestación y solo uno de ellos una prestación distinta.
- En caso de fallecimiento de uno de los deudores solidarios, la solidaridad se transmite y, en este caso, la acreencia se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia.

- La legislación civil establece distintas formas por las que puede extinguirse la solidaridad de tipo pasiva:
 - (i) Novación: se produce la extinción de una obligación por medio de otra que la reemplaza.
 - (ii) Condonación: se da cuando el acreedor pacta con un codeudor el perdón de la deuda, con lo cual los demás deudores solidarios quedan liberados de la obligación aun cuando no hubiesen participado en el pacto.
 - (iii) Transacción: las partes realizan concesiones recíprocas y ponen fin a un hecho controvertido.
 - (iv) Compensación: los codeudores responden por su parte.
- En las relaciones internas, la obligación solidaria se divide entre los diversos deudores o acreedores, salvo que haya sido contraída en interés exclusivo de alguno de ellos. En este caso las porciones se presumen iguales, excepto que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Hemos citado algunas de las principales consecuencias de la solidaridad civil que podrían ser aplicables en el ámbito laboral. No obstante, aunque la solidaridad laboral coincida con algunos requisitos, características y consecuencias de la solidaridad civil; también presentará requisitos y características que difieren, debido a las características propias del derecho laboral; tal es el caso de la condonación como forma de extinción de la solidaridad pasiva, de la cual reiteramos que es una de las figuras jurídicas que no podrían aplicarse en nuestra propuesta de una institución de solidaridad laboral por las razones ya anteriormente expuestas.

En efecto, muchos de los postulados que sustentan la solidaridad civil presentan ciertas dificultades para encontrar una clara aplicación en el ámbito laboral, lo cual resulta ciertamente lógico en la medida que cada uno de dichos postulados responde a principios,

necesidades y situaciones propias del Derecho Común. Naturalmente, el mismo hecho de la existencia de un ámbito jurídico, donde la autonomía de la voluntad de los contratantes es desigual, la contraprestación de la parte pactante débil tiene un carácter alimenticio, y la conformación de principios protectores que tratan de equiparar dicha desventaja contractual, entre otras significativas implicancias, son elementos de suma relevancia que integran la construcción de una institución de solidaridad propia de la esfera laboral para postular una aplicación especial de la solidaridad en vista del carácter de orden público que engloban las normas laborales, antagónicas a las normas civiles, que son de origen privado.

6. EL PUNTO DE QUIEBRE: LA SOLIDARIDAD PASIVA

Queda claro que en las actuales relaciones laborales, según lo hemos anotado en un acápite anterior, el modelo tradicional de empresa lineal, en donde un solo empresario concentraba todos los niveles de producción, ha quedado desfasado ante la proliferación de diversos mecanismos de subcontratación de servicios y agrupación de empresas bajo una misma línea económica, entre otros. Esto ha provocado que la incertidumbre en el cobro de las acreencias laborales se dirija o se sustente, en todo caso, en función a una pluralidad de sujetos. Es decir, la solidaridad laboral, por definición, resulta, a todas luces, pasiva en tanto no solo un “empleador” responde por dichos créditos sino que el cobro de éstos se dirige a una pluralidad de sujetos pasivos.

La solidaridad pasiva se determina verificando, en primer lugar, el crédito que se pretende proteger. En el ámbito laboral se compone, básicamente, por la remuneración, de contenido alimentario por cierto y los beneficios sociales. Estos son exigidos, en principio, a los beneficiarios de los servicios prestados por el trabajador, que al no ser solo uno, en el contexto laboral actual, le permite al trabajador tener más de un acreedor a quien exigir el pago de su crédito.

Reiterando una idea ya esbozada, la solidaridad pasiva permite que la prestación debida por varios deudores pueda reclamarse íntegramente a cualquiera de ellos. A partir de ello, deducimos que la solidaridad pasiva tiene como función la garantía del crédito laboral porque favorece su aseguramiento y la rapidez en el cumplimiento del mismo. Es cierto que usualmente más de un trabajador está en la posibilidad de reclamar su crédito remunerativo; sin embargo, en este caso no estamos frente a una solidaridad activa dado que cada subordinado podrá reclamar solidariamente su acreencia sin que se afecte la de los demás. Es decir, en este caso, no estamos frente a una sola prestación por parte de los “empleadores solidarios” sino ante varios débitos laborales.

En el mismo sentido, no estamos tampoco frente a una solidaridad activa cuando se acciona judicialmente en conjunto o acumulativamente por el pago solidario de las prestaciones salariales, en la medida que esta acumulación subjetiva activa implica solo una facilitación procesal a efectos de que cada uno de los demandantes obtenga el pago, por parte de cualquiera de las empresas solidarias demandadas, de sus derechos. Si en el caso de la solidaridad civil, las normas respectivas no desarrollan este punto de manera expresa; respecto de su aplicabilidad en el ámbito laboral, el tratamiento ni siquiera es implícito, debido a que simplemente no hay regulación al respecto.

En todo caso, cierta jurisprudencia nos permite determinar que, hasta el momento, la solidaridad laboral se aleja de su par civil por las siguientes peculiaridades:

- a. **Que no necesariamente debe estar prevista por ley ni por acuerdo:** Es cierto que la solidaridad laboral ha obtenido un reconocimiento legal expreso para ciertos supuestos. No obstante hay algunos otros en los que esta institución no se encuentra prevista legalmente tales como en los grupos de empresa o sucesión de empresas, es más, hoy por hoy, no existe regulación que trate estas situaciones.

Por ello, ha sido la jurisprudencia la que ha establecido este criterio el cual ha sido confirmado por el Pleno jurisdiccional del año 2008, en donde se reconoció por unanimidad que

“existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.”⁸¹

En efecto, en más de un pronunciamiento jurisprudencial, la Corte Suprema⁸² ha concluido que el solo hecho de que exista un grupo empresarial no determina la aplicación de la solidaridad laboral, sino situaciones de hecho como las de fraude, desnaturalización o el beneficio de todas las empresas por los servicios de un mismo trabajador.

En buena cuenta, el argumento que sostiene esta postura deviene de los mismos principios constitucionales laborales desarrollados anteriormente y del carácter alimentario del crédito laboral reconocido por nuestra Carta Fundamental. Es decir, la solidaridad laboral no halla su fundamento en un precepto meramente legislativo, sino en un mandato del más alto rango normativo, como es el constitucional, o en la aplicación de principios laborales como el de primacía de la realidad o el principio protector del trabajo.

b. El sujeto activo (trabajador) no puede exonerar a algunos o todos los obligados solidariamente de su crédito: El 20 de enero de 2004, el Tribunal

⁸¹ Pleno Jurisdiccional Laboral 2008. Segunda conclusión plenaria.

⁸² En las Casaciones N^o 328-2012-Lima, 10759-2014-Lima, 4871-2015-Lima, 951-2005-Lima y 15953-2015-Lima la Corte Suprema ha establecido distintos supuestos de solidaridad laboral por situaciones de fraude y desnaturalización de la relación laboral.

Constitucional emitió una sentencia señalando como uno de sus argumentos, el siguiente:

“La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia –y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia, se perjudique.”⁸³

En virtud de lo citado, el supuesto de exonerar a algunos o todos los obligados solidariamente de su crédito se presentaría únicamente cuando el trabajador omitiese demandar a los mencionados por los créditos laborales que los vinculan; ya que, de acuerdo al principio de irrenunciabilidad de los derechos, es inviable que mediante un expreso acto de disposición el trabajador se renuncie a los mismos.

Es cierto que podría alegarse en contra de esta característica que existe solo una renuncia “parcial” al cobro de dicha acreencia, en la medida que los demás obligados solidarios podrían saldar aquella. No obstante habría que tener en cuenta también que ante la exoneración de un obligado solidario, se encuentra en juego un derecho fundamental cuya naturaleza traería como consecuencia natural la invalidez del acto que le desconozca.

- c. La solidaridad laboral no admite solo una forma de aplicación:** Ello en razón a que, de acuerdo al contexto en donde se configura, puede ser directa o subsidiaria. Legalmente se han tratado ambas posibilidades, pues, por ejemplo, en el caso de la intermediación laboral es residual, es decir, la solidaridad de la empresa principal opera a partir de la insuficiencia de la carta fianza otorgada por la intermediadora, no siendo posible que el trabajador pretenda demandar a la empresa cliente si es que antes no se ejecutó la carta fianza para la satisfacción de sus derechos; mientras que, en el caso de la tercerización la solidaridad es directa y el trabajador

⁸³ STC Expediente N° 2906- 2002-AA/TC. Fundamento 4.

desplazado a la empresa cliente podrá demandar solidariamente a esta última sin necesidad de que previamente requiera a su empleadora el pago de su crédito.

A nivel jurisprudencial, en el marco de un grupo de empresas, existe una tendencia que se ha inclinado por esta última de tal manera que las entidades congregadas responden solidariamente por el débito laboral. Al respecto, habría que precisar que todo indicaría que la jurisprudencia más que verdaderos grupos ha advertido la existencia de grupos aparentes o fraudulentos; es decir, ha descubierto una sola empresa con la apariencia de grupo⁸⁴. Ahora, cabría preguntarnos si, pese a que el grupo de empresas bajo análisis sea real, sostener que la solidaridad tendría que ser directa, sea lo adecuado. Ya desarrollaremos con más detalle esta inquietud y trataremos de esbozar una explicación en el capítulo quinto del presente trabajo.

d. No importa cuál de los “empleadores” responda por la totalidad del débito

laboral: Esta característica parte del hecho de que lo que importa que se satisfaga mediante esta figura jurídica, es el pago de la deuda laboral. Las consecuencias que se provoquen entre los obligados solidarios luego de dicho pago, pueden inclusive obviarse en la norma laboral que trate el particular. En todo caso este último aspecto podrá ser apreciado según las reglas civiles correspondientes en tanto en este contexto, las relaciones jurídicas se dan en un nivel paritario y las obligaciones provocadas no tienen la misma calidad que los débitos laborales.

e. Consecuencias: Básicamente, la solidaridad laboral permite, al trabajador afectado, solicitar el pago íntegro de su crédito a sus “empleadores”, directa o subsidiariamente, de acuerdo al supuesto en donde se postula su aplicación. En el primer caso, el cobro de la acreencia podrá dirigirse a cualquiera de los obligados, e inclusive en conjunto a todos ellos.

⁸⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual... Ob. cit.*, p. 118

En el caso de la solidaridad subsidiaria, usualmente el empleador primigenio ofrece a la empresa usuaria una garantía que permitirá a su trabajador realizar el cobro de sus derechos. No obstante de no ser suficiente aquella, el afectado podrá solicitar el restante a los demás empleadores.

Como comentábamos, las obligaciones derivadas del pago del crédito laboral entre los responsables solidarios poco importan dentro del ámbito laboral; sus implicancias se tratarán de acuerdo a las normas civiles.

En suma, las características de una institución de solidaridad laboral, en principio, versarían sobre las siguientes: primero, la solidaridad laboral tendría una regulación expresa, es decir, una conjunción de todos aquellos casos hallados en ciertos supuestos ya reconocidos legalmente, y aquellos casos hallados en los pronunciamientos jurisprudenciales, sin dejar de lado que en el futuro se puedan añadir más supuestos a esta regulación; segundo, que en caso de insolvencia de algún codeudor, se distribuya la deuda a los demás y porque no importa cuál de los empleadores responda por la totalidad del débito; finalmente, que se le impida al acreedor renunciar a la solidaridad a favor de alguno de los deudores.

7. RELACIÓN ENTRE LA SOLIDARIDAD CIVIL Y LABORAL: LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN LEGAL ESPECÍFICA DE LA SOLIDARIDAD LABORAL

La asignación al Estado de un rol en la vida económica y social implica el reconocimiento de nuevas funciones, mecanismos y posibilidades de acción que le permitan realizarlas eficazmente; pues la cláusula del “Estado Social” tiene como efecto directo incorporar a los fines del Estado el deber de procurar a cada persona un “mínimo existencial”, así como la construcción de relaciones sociales justas⁸⁵.

⁸⁵ Blancas Bustamante. *Op. Cit.* P. 65

Ya hemos ido adelantando, durante el desarrollo de este capítulo, los fundamentos constitucionales y las herramientas que permiten justificar una institución propia de la solidaridad laboral para asegurar los derechos laborales; sin embargo, habría que explicar también el porqué de la idoneidad de una regulación legal específica sobre el particular. Por su parte, tenemos que los jueces laborales, en su reunión plenaria del año 2008, han considerado pertinente sugerir la elaboración de una norma que regule la solidaridad laboral.

Podemos empezar, entonces, reseñando que en el medio jurídico laboral nadie podría negar la importancia de un tema como el de la solidaridad laboral, en virtud de los principios laborales desarrollados (principio protector del trabajo, irrenunciabilidad, primacía de la realidad; y principio de continuidad). Dichos preceptos de carácter basilar-constitucional y el carácter alimentario reconocido por la Constitución a la remuneración, derecho que a través de la institución de la persecutoriedad busca acreditar el crédito laboral, justifican un desarrollo a nivel infraconstitucional de los mecanismos y figuras jurídicas que permitan que estas nociones del más alto rango normativo desplieguen concretas y específicas manifestaciones. En efecto, en tanto la Constitución es una norma jurídica que se caracteriza por su tenor genérico, derivada de su finalidad de norma basilar del ordenamiento jurídico, requiere que sus postulados principistas sean desarrollados por normas de menor rango.

Ahora bien, concluir la necesidad del desarrollo legal para la aplicación de la solidaridad laboral desde el punto de vista constitucional como el cobro solidario del crédito laboral, no implica solamente un ejercicio eminentemente jurídico. Ciertamente en nuestros días, se advierte claramente que el contexto socio económico dificulta en sobremanera el cobro de la acreencia laboral pues la sinuosa figura adoptada por la parte pasiva se escabulle, se difumina entre triangulaciones contractuales, agrupaciones de empresas, transmisiones de empresas, etc. Advertida esta problemática no solo jurídica, sino también social, el legislador debe elaborar una propuesta normativa que procure englobar los supuestos que permitirán desencadenar las consecuencias de la solidaridad laboral.

El carácter constitucional de los derechos en juego y los principios jurídicos que conforman su cimiento, exigen del Estado una participación protagonista y activa que apunte a una regulación del mecanismo de la solidaridad. Considerar que las partes contratantes pacten su implementación implicaría prácticamente no advertir la relevancia del particular. Naturalmente, habría mucha resistencia al respecto por parte de las empresas lo cual generaría inseguridad jurídica sobre la aplicación de la solidaridad. Ello permite acopiar más razones que avalen la existencia de una regulación heterónoma de esta institución.

De lo anotado, se concluye que el camino legal sería la opción más acorde a efectos de precisar cuáles serían los supuestos laborales en los cuales la solidaridad entraría en acción, qué características y elementos (objetivo, subjetivo y temporal) debería contener este mecanismo en cada una de las situaciones en las que se concrete, etc. En esta línea, los magistrados laborales, en su reunión plenaria realizada el año 2008, propusieron a la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República que, en ejercicio de sus facultades, presente una iniciativa legislativa respecto a la regulación de la solidaridad en materia laboral, a propósito de si resultaba procedente disponer la solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183 del Código Civil o en forma exclusiva y excluyente en los casos regulados por esta norma,

Cabe recordar que previamente a realizar dicha propuesta, el Pleno Jurisdiccional Laboral concluyó por unanimidad que existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183° del Código Civil sino, además, en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.

Ciertamente, esta postura deviene de un tratamiento jurisprudencial que procura resolver diversas demandas de trabajadores contratados por empresas que conforman grupos

económicos o que se encuentran vinculados económicamente pese a la inexistencia de norma que trate este punto. Similar criterio se ha elaborado en torno a ciertos procesos de transmisión de empresas. Ahora bien, ante la ausencia de norma que regule, no solo la solidaridad laboral, sino también las implicancias laborales que se derivan de estos fenómenos empresariales, la judicatura ha echado mano de los principios que inspiran el Derecho del Trabajo, como la primacía de la realidad, el de continuidad y hasta del mismo principio protector. Es cierto que podría argumentarse que la solidaridad laboral no es un asunto ignorado totalmente en el entramado legal laboral peruano, dado que su presencia, aunque insuficiente como desarrollaremos más adelante, se puede advertir en los marcos normativos de la intermediación y tercerización laboral. Sin embargo, existen otros supuestos ubicados en el ámbito del Derecho del Trabajo en donde la solidaridad puede desplegar sus implicancias, como es el caso de los grupos de empresas, la transmisión de empresas, accidentes de trabajo de personal destacado o de personal que merecía una especial protección, etc.

A lo largo de este capítulo, hemos desarrollado las primeras bases de la institución de la solidaridad laboral que se propone, por lo que, se deja en claro que la razón de ser de la institución de una solidaridad laboral es que ésta sea autónoma, ya que es necesario poseer una sola institución que genere seguridad jurídica sobre su desenvolvimiento y sus consecuencias jurídicas; en tanto que a la fecha la presencia de la solidaridad laboral en el ordenamiento jurídico peruano tiene origen y desarrollo en la creación jurisprudencial, y en la regulación legal disgregada con diversas exigencias y efectos. Cabe señalar que, no hemos ahondado en los casos en los que se aplica tal institución hasta este punto más allá que para la explicación, descripción e interpretación de la aplicación de principios y figuras jurídicas que versan sobre materia laboral y civil, porque las veremos más adelante una por una y a detalle.

Apreciada la necesidad de una norma particular que trate los supuestos de solidaridad en los siguientes capítulos iremos presentando cada uno de estos, regulados por nuestra normativa, con el objeto de rescatar cómo se comporta la solidaridad en ellos, advertir las debilidades que adolece su regulación, y aportar algunos elementos que permitirán ir adelantando los aspectos propios de la solidaridad laboral.



CAPÍTULO II. SOLIDARIDAD LABORAL EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA SUBCONTRATACIÓN LABORAL

Durante las últimas décadas el contexto económico se ha visto surcado por diversas transformaciones que han motivado a los estudiosos del Derecho a buscar y procurar las alternativas adecuadas que le permitan afrontar las vicisitudes jurídico-económicas contemporáneas. En particular, las tradicionales formas organizativas de la actividad empresarial se han visto ciertamente alteradas debido a que, frente el predominante modelo centralizado de empresa, basado en el control directo por parte de la misma de la totalidad del ciclo productivo, han proliferado nuevas formas de organización empresarial caracterizadas por una mayor especialización de las distintas unidades productivas⁸⁶.

La razón principal que mueve todo esta nueva tendencia económica no es pretender destacar en un mercado cada vez más competitivo, para lo cual es necesario que se reduzcan las dimensiones y la burocracia de las empresas, medidas que, a su vez, ayuden a tales entidades a adoptar decisiones ágiles y eficaces y les permitan no hacer de todo y, más bien, concentrarse en pocas actividades a efectos de alcanzar flexibilidad y adaptabilidad al nuevo panorama del mercado⁸⁷.

⁸⁶ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "La Descentralización Productiva: ¿Una estrategia para la puesta en 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*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004, p. 409

⁸⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. "El outsourcing y sus efectos sobre la relación de trabajo". En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2004, p.

Lo descrito resulta importante para lograr entender el fenómeno de la subcontratación en tanto la intermediación y tercerización laboral se configuran como las herramientas mayormente utilizadas por las empresas actuales para trasladar a un tercero la realización de ciertos ciclos productivos que normalmente venía desarrollando, ya sea porque solamente se realiza la desvinculación de mano de obra o de un servicio completo.

Como ya se anotó, las implicancias jurídicas-laborales que supone todo este nuevo escenario económico no son del todo sencillas. En primer lugar, tenemos que partir de la siguiente premisa: los trabajadores destacados o los empleados de la empresa contratista si bien es cierto no mantienen una relación contractual directa con la empresa usuaria o principal, a partir de una perspectiva socioeconómica, la relación se torna muy estrecha debido a que el empresario principal, al fin y al cabo, termina beneficiándose de la labor de los trabajadores destacados o de la tarea desarrollada por los empleados de la empresa contratada para determinado servicio⁸⁸.

Es esta realidad socioeconómica la que ha preocupado y motivado a los estudiosos del Derecho a procurar la elaboración de medidas idóneas que permitan viabilizar adecuadamente este entramado jurídico laboral. Así tenemos que las denominadas intermediación y la tercerización de servicios ha encontrado asidero legal en nuestro ordenamiento jurídico.

De lo descrito se puede advertir la importancia que viene acaparando el fenómeno de la subcontratación en ámbitos como el económico, jurídico e incluso social. Para efectos de nuestro interés, las implicancias jurídicas de esta realidad han alcanzado a la disciplina laboral, la cual en vista de su carácter tuitivo, la obliga a buscar y/o preparar las reglas

⁸⁸ Para un mayor detalle sobre el tema, *Vid.* ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores. Lima, 2006, p.18

necesarias que impidan soslayar las vicisitudes laborales provocadas por esta arraigada y contemporánea apuesta económica.

Entre las causas que explican este fenómeno tenemos a la globalización, que debido a la saturación de competencia que se origina en los mercados suscitan la necesidad de crear estrategias de diversificación y personalización de la oferta, lo que se satisface con empresas especializadas de menor dimensión. También se ha visto impulsado por el desarrollo de las tecnologías de la información, que han privilegiado mecanismos de control a “larga distancia”.

De esta manera, podemos definir a la descentralización productiva como el proceso mediante el cual se fragmenta el ciclo productivo de la empresa, trasladando diversas partes de su ciclo hacia el exterior u otras empresas que se encargan del mismo; así, una empresa, que denominaremos empresa principal, decide desplazar algunas de sus actividades del ciclo productivo a otras empresas o personas naturales, que llamaremos empresas auxiliares, con quienes se establecen acuerdos de cooperación que favorecen dicha descentralización⁸⁹.

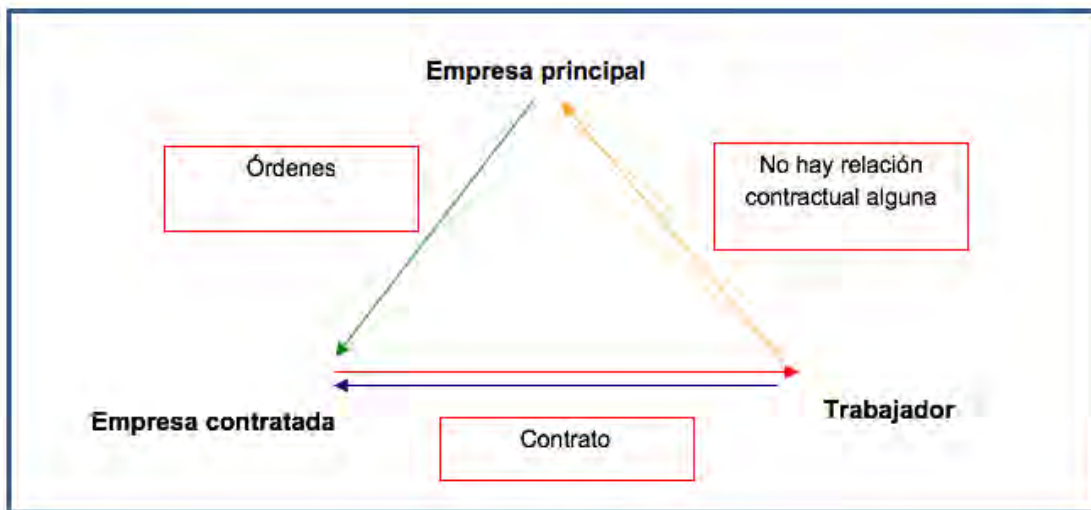
De esta definición amplia de “descentralización productiva”, es necesario señalar que una empresa no solo podría desplazar una o algunas de las actividades de un ciclo productivo a otra empresa o persona natural, sino que también podría desplazar todas las actividades del ciclo productivo hacia una empresa o persona natural a través de un contrato, de manera que la compañía o persona subcontratada desarrollará la actividad externalizada en nombre de la primera. Así, de la descentralización productiva se desprende que este mecanismo admita una serie de manifestaciones entre las cuales tenemos a la intermediación, la

⁸⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, “La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva, Madrid: Grupo Difusión, 2007, pp. 20 - 47

tercerización (outsourcing), entre otros. A partir de ahora nos referiremos a las prácticas de subcontratación previamente indicadas.

En primer lugar, habría que apuntar que pese a que cada una de ellas contiene distintas notas características, ambas suponen la configuración de relaciones laborales de corte trilateral, si cabe la expresión, ya que en ellas la intervención de tres partes contractuales rompe con la tradicional relación laboral bilateral en la que sólo se ven inmiscuidas el trabajador y el empleador sin más provocando que las partes interactúen, ya no en un circuito lineal sino triangular. Lo expresado se encuentra graficado en el cuadro 1.

Cuadro 1



Como podrá apreciarse en el gráfico, en el modelo de la subcontratación intervienen tres protagonistas muy bien definidos: una empresa principal que conviene con otra (intermediadora o contratista), mediante un ligamen jurídico civil o mercantil, el destaque de personal de esta última o la prestación de un servicio integral. Entre los trabajadores de la empresa intermediadora o tercerista y la empresa principal o contratante no existe ningún vínculo laboral, en todo caso, como veremos más adelante, podría existir un fáctico ejercicio de un poder de dirección en la intermediación laboral mediante una ficción jurídica sin más.

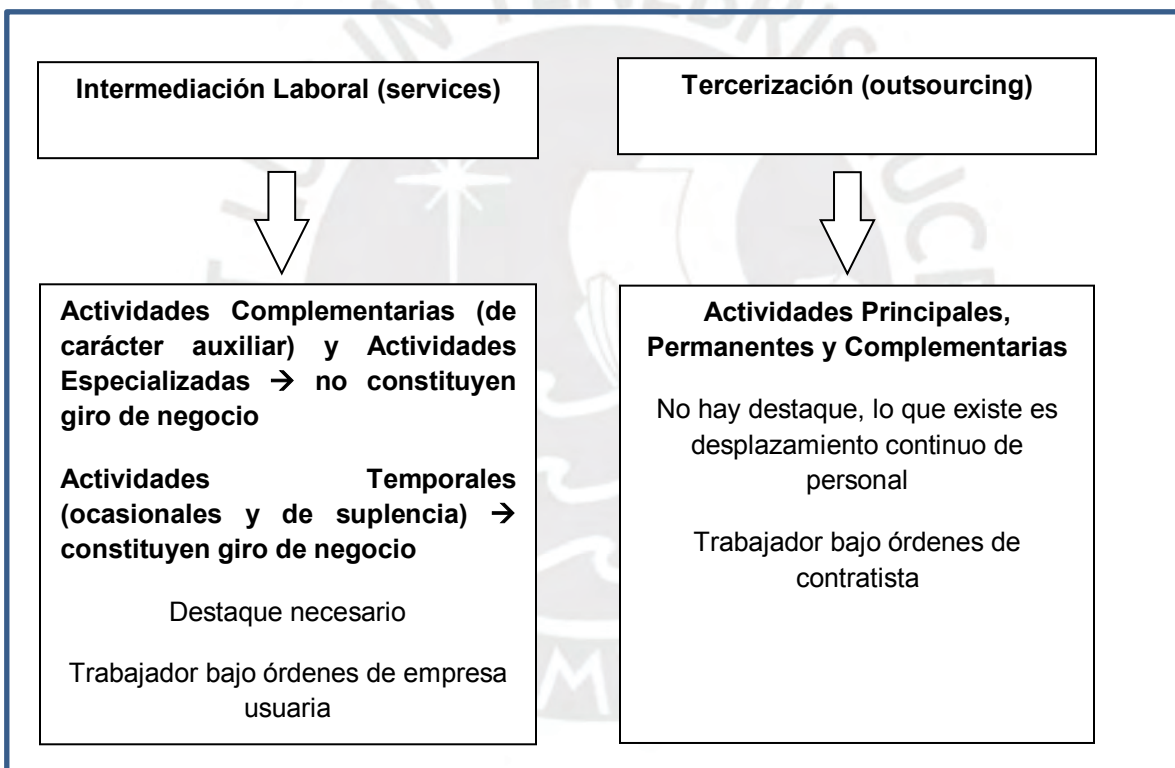
Sin embargo, cabe rescatar que la intermediación mantiene ciertas particularidades que la diferencian de la tercerización de servicios. A continuación veamos brevemente algunas de estas. El maestro uruguayo Ermida Uriarte explicaba que la intermediación laboral consistía en fenómeno de “prestamismo laboral” y se relaciona con la subcontratación de mano de obra, porque la contratación no se produce directamente entre el trabajador y la empresa beneficiaria del trabajo (empresa principal), sino a través de un tercero subcontratista (empresa de trabajo temporal)⁹⁰. En efecto, las empresas de intermediación laboral “prestan” a sus trabajadores a una empresa cliente o principal con la finalidad de que aquellos trabajen en esta última. Ello implica la repartición de potestades de dirección entre las entidades inmiscuidas en este proceso en tanto, la empresa cliente será quien dirigirá y fiscalizará las labores de los trabajadores destacados por la intermediadora mientras que éste se reserva la facultad de corregir disciplinariamente las faltas cometidas por sus trabajadores.

Por su parte, las empresas de tercerización laboral prestan un servicio integral y suficiente y los trabajadores prestan servicios bajo la dirección de la empresa contratista, sin que se configure una suerte de reparto de las potestades que comprende el poder de dirección del empleador. En tal sentido la tercerista tiene la gestión, dirección y control suficientes para prestar el servicio en forma autónoma, para lo cual debe contar con un patrimonio y una

⁹⁰ ERMIDA URIARTE, Oscar. Prólogo en ¿Empresas sin trabajadores? Legislación sobre las empresas de trabajo temporal. Cuadernos de Investigación No 10. Dirección del Trabajo de Chile. Santiago, 1999, p, 10.

organización empresarial apropiada a los servicios ofrecidos⁹¹. Justamente el hecho de que la empresa tercerista cuente con la gestión directa de sus servicios el riesgo de su negocio depende sólo de ella; por su parte, los trabajadores de las entidades de intermediación laboral prestan servicios por cuenta ajena a favor de la usuaria, y el vínculo de ajenidad importa que el riesgo de los servicios laborales prestados serán asumidos por la usuaria⁹².

Cuadro 2



⁹¹ Dichas características han sido destacadas por TOYAMA MIYAGUSUKU Y SALVADOR VARGAS en el curso, organizado por la Escuela de Negocios Dogma Laboral, "Nueva regulación sobre la tercerización" con fecha 4 de julio de 2008.

⁹² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit. pp. 165 y 166.

Otra diferencia entre ambas figuras se encuentra en el hecho de que la intermediación laboral implica en todos los casos que exista un destaque de trabajadores de la intermediadora a la empresas cliente, mientras que en el caso del *outsourcing*, el desplazamiento de trabajadores no se da siempre dado que pueden existir supuestos de tercerización totalmente externa. Es más, en caso que la tercerización solo consista una provisión de personal, esta se considera inválida y por lo tanto, los trabajadores destacados pasarán a formar parte de la planilla de la empresa principal.

Por su parte cabe destacar también, y este punto se colige desde la regulación proporcionada a cada uno de estos procesos, que otras de las distancias entre ambos se ubica en las actividades de la empresa usuaria objeto de subcontratación. En efecto, las actividades que se pueden intermediar pueden ser las principales (aunque de manera temporal), complementarias o especializadas. Entretanto, solo las primeras son susceptibles de ser tercerizadas; ya veremos este punto con más detalle en apartados siguientes.

Ahora bien, para que el proceso de descentralización se concrete es necesario que coincidan tres elementos⁹³:

- a. La empresa que se descentraliza, que deja de realizar ciertas actividades, pasando a ser realizadas por otra u otras empresas.
- b. Mecanismos de control por parte de la empresa principal a las empresas terceras, según la relación contractual que se establezca; en esencia debería tratarse de una coordinación entre diferentes empresas para lograr un interés común.

⁹³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Op. Cit. p. 30.

- c. La actividad que deja de realizarse sigue siendo necesaria para la principal, por lo que el objetivo es que lo producido retorne a la principal.

En el caso de la intermediación laboral, este último elemento no se presenta, porque se trata de servicios de naturaleza complementarios o accesorios a la actividad principal, salvo que se esté ante el caso de servicios de naturaleza temporal (por suplencia u ocasional) en cuyo caso una vez que se concluye el servicio intermediado el trabajador reemplazado vuelve a prestar la actividad principal de la empresa. No obstante, en nuestra legislación se presentan temas muy discutibles en torno a este tipo de subcontratación, toda vez que a través de ella pueden prestarse servicios de tipo complementario, temporal y especializado, que también pueden ser prestados a través de una actividad de tercerización.

II. LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO

La intermediación laboral supone que una persona contrata los servicios de un trabajador en su propio nombre pero por cuenta o en beneficio de un tercero, para la realización de actividades bajo su dirección. Asimismo, tal y como menciona Toyama Miyagusuku, las empresas deberán descentralizar actividades que sean objetivamente temporales, transitorias, ocasionales o interinas, debiendo evitarse que se recurra a esta para el reemplazo del trabajo normal, pues la ventaja de la intermediación consiste en cubrir necesidad aleatorias y ajenas al giro normal de la empresa⁹⁴. No obstante, en nuestra legislación se presentan temas muy discutibles en torno a este tipo de descentralización, toda vez que a través de ella pueden prestarse servicios de tipo complementario, temporal y especializado⁹⁵. Los servicios complementarios y especializados suponen que no exista

⁹⁴ Toyama Miyagusucu, *Op. Cit*:

⁹⁵ En nuestra legislación laboral, la intermediación se reguló con la Ley N° 27626, posteriormente reglamentada por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, estableciéndose que los servicios que podían prestar las entidades de intermediación eran los temporales, complementarios o especializados.

dirección por parte de la empresa usuaria con respecto a la actividad de los trabajadores destacados, por lo que, en principio, también pueden ser prestados por empresas tercerizadoras. Esto merecerá una mejor explicación más adelante.

1. EL OBJETO EN LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: ACTIVIDADES QUE PUEDEN SER INTERMEDIADAS

La intermediación laboral es la subcontratación de mano de obra cuya principal característica es el destaque de los trabajadores, los cuales se encuentran bajo la subordinación de la empresa usuaria (con excepción de los servicios complementarios y especializados), pero cuyo empleador es la propia empresa o cooperativa que realiza la actividad de intermediación laboral.

Así la norma regula la existencia de empresas de servicios temporales, complementarios y especializados. Además de la definición de este tipo de empresas de servicios, el reglamento define cada tipo de actividad susceptible de intermediación; asimismo, la Resolución Ministerial N° 048-2010-TR, que aprueba la Directiva que regula el “Procedimiento para la Inscripción en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral” nos brinda ciertos parámetros de calificación de tales actividades. En efecto, el ámbito de la intermediación se restringe a los siguientes supuestos:

- **Actividades complementarias, es decir, que no constituyan el giro propio de su negocio.**

Al respecto, el reglamento de la Ley N° 27626 señala que constituye actividad complementaria aquella que es de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. Respecto al enunciado de las actividades

establecidas en el reglamento de la Ley N° 26726, bajo la etiqueta de complementarias, se suscitó un debate acerca si ésta era una lista taxativa o meramente enunciativa; al respecto, nosotros opinamos que estamos frente a una lista ejemplificativa, pero dependerá de cada caso concreto el establecimiento de si una actividad constituye actividad complementaria, toda vez que, por poner un caso, en una empresa donde el giro del negocio sea la prestación de servicios de limpieza, no podrá ser objeto de intermediación complementaria la provisión de trabajadores de limpieza, por más que la norma lo prevea claramente. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria. Un ejemplo indubitable de actividad complementaria es el servicio de vigilancia o limpieza para el caso de una empresa cuya actividad económica es la fabricación de medias.

- **Actividades principales de la empresa usuaria siempre y cuando la contratación no se efectúe con vocación de permanencia sino de temporalidad**, aplicándose los supuestos de ocasionalidad y suplencia conforme a las reglas de contratación a plazo fijo establecidas por los artículos 60° y 61° del TUO de la LPCL y, además, por un número de trabajadores no superior al veinte por ciento (20%) del total de trabajadores propios de la empresa usuaria, entre empleados y obreros, en los términos del artículo 6 de la Ley N° 27626.

Por ejemplo, una empresa del sector industrial podría contratar a través de la intermediación laboral a un obrero que realice la labor de remallado destacado en el taller (centro de trabajo), que es actividad principal, siempre y cuando la contratación sirva para cubrir momentáneamente el puesto de un(a) obrero(a) permanente que esté de vacaciones, licencia médica o maternidad percibiendo subsidio de la seguridad social, u otros supuestos que hagan necesaria la suplencia o sustitución de un trabajador por un cierto tiempo. Una vez reincorporado el titular del puesto, deberá culminar inmediatamente el destaque. En el mismo ejemplo, si la empresa industrial cuenta en total con diez trabajadores entre empleados y obreros, solamente podrá recibir como máximo dos obreros sino superará el límite de 20%,

bajo apremio de aplicarse el principio de primacía de la realidad y determinar que existe vinculación directa con el trabajador destacado excedente.

Cabe hacer la aclaración que, para que proceda la intermediación laboral de actividades principales por razón de suplencia, el trabajador sustituto deberá reemplazar a un trabajador permanente (a plazo indefinido) y no a un trabajador contratado a plazo fijo. Es la lectura que razonablemente se puede hacer del artículo 61 del TUO de la LPCL, cuando menciona que el trabajador sustituido debe tener la condición de “estable” en la empresa usuaria.

Por otro lado, el supuesto de contratación ocasional se configura cuando se requiere atender necesidades transitorias distintas de la actividad habitual del centro de trabajo. Existe una limitación en cuanto a su duración, la cual como máximo será de 6 meses. En otras palabras, estamos ante un contrato que se configura cuando se pretenda cubrir una situación no habitual en relación con una actividad principal de la empresa usuaria.

En estos casos, será de vital importancia el apoyo del principio de la primacía de la realidad a efectos de determinar en qué situaciones, se emplea inadecuadamente una contratación por suplencia u ocasional para calzar en el supuesto de intermediación laboral de servicios temporales.

- **Servicios de alta especialización, no vinculados a la actividad principal de la empresa usuaria.**

El artículo 1º del Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 003-2002-TR) establece que “*constituye actividad de alta especialización, de la empresa usuaria*

aquella auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tal como el mantenimiento y saneamiento especializados”. En virtud de ello, una empresa podría intermediar la contratación de trabajadores que desarrollen e implementen un software altamente especializado en su central de sistemas.

En adición a nuestro estudio sobre aquellas actividades que pueden ser intermediadas, es importante tener en cuenta que el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-2002-TR señala en qué hipotéticos casos no se configura la intermediación laboral, sino por el contrario, la tercerización de servicios; así el referido artículo indica que *“no constituye intermediación laboral 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. Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.”*

Luego de la entrada en vigencia de la ley, el contexto era el de muchas empresas clientes a quienes se les destacaba personal para cubrir labores “aparentemente complementarias” pero que en realidad desarrollaban actividades más cercanas a su objeto principal, fácilmente detectables en una inspección laboral⁹⁶. Naturalmente, una definición superficial

⁹⁶ Nótese que pese a que no es un tema a tratar en esta tesis, resulta importante la labor de fiscalización y de control por parte de la Autoridad de Trabajo, a través de la Dirección General de Inspección, ya que a través de ella se detectó una serie de actividades de naturaleza principal que se prestaban a través de la intermediación laboral desnaturalizándose su utilización. Por ello, a través de la inscripción obligatoria de las entidades de intermediación laboral en el Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral (RENEIL) se pueden supervisar las actividades que prestan estas entidades. Los datos estadísticos sobre el número de entidades de intermediación inscritas en el RENEIL y los registros cancelados son adjuntados al final de la tesis como anexos.

de actividad principal como proponía el texto original del Reglamento, abría un abanico de posibilidades a las empresas y entidades de intermediación laboral de ofrecer servicios cuya supuesta naturaleza complementaria ciertamente generaba muchas dudas ya que se asociaban de manera directa, o por lo menos eran conexas, a la actividad principal. Y, como correlato, autorizaba a las empresas clientes a tomar esos servicios so pretexto que la incertidumbre no anulaba de plano la tesis que razonablemente podían entenderse como servicios complementarios, por lo tanto no existía prohibición expresa para que sean intermediadas ya que se adoptaba el argumento genérico de que “lo que no está prohibido está permitido”. Estas eran las zonas grises de la regulación⁹⁷.

Por ello, mediante el Decreto Supremo N° 008-2007-TR⁹⁸, se estableció qué actividades debían ser consideradas como complementarias, es decir, como aquellas de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal de la empresa usuaria y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpía la actividad empresarial. Además, se precisó que la actividad complementaria no era indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria. La promoción de esta norma tuvo por finalidad evitar que las empresas de intermediación laboral encubran relaciones laborales existentes entre la “supuesta” empresa usuaria y sus trabajadores destacados; además de prevenir la evasión de responsabilidades, como es el pago de todos beneficios laborales (legales, sociales y convencionales), obligaciones que bien pueden ser efecto o consecuencia de la solidaridad laboral a favor de los trabajadores. No obstante, es necesario mencionar que, a diferencia de la tercerización laboral, cuyo plazo de protección para la exigencia de los mencionados

⁹⁷ Al respecto, el Dr. Elmer Arce establece tres supuestos en los que la intermediación era utilizada de forma ilícita, teniendo como resultado que la entidad de intermediación laboral cede todo su poder de dirección a la empresa principal o cliente y solo se reserva para sí la firma de un contrato con sus “aparentes trabajadores”, siendo calificada por mucho tiempo por el Dr. Jorge Toyama como “prestamismo laboral” o “cesión de mano de obra”, toda vez que la entidad de intermediación laboral en ningún momento dirige a trabajador alguno, ya que contrata para ceder al trabajador a otra empresa. En ese sentido, era necesario establecer un límite a la subcontratación y no ser confundida como una cesión de mano de obra. Arce Ortiz, Elmer Guillermo. En: “Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú”. Palestra Editores. Lima – 2006, p. 27.

⁹⁸ El Decreto Supremo N° 008-2007-TR, modifica el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral.

derechos es un año (1) computable, el legislador no ha propuesto en la intermediación laboral cuestión alguna sobre la temporalidad.

Por otro lado, este Decreto Supremo también precisó que constituía actividad principal de la empresa usuaria, aquella que es consustancial al giro del negocio, y que comprende las diferentes etapas del proceso productivo de bienes y prestación de servicios como: exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización y en general toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de tal empresa. En ese sentido, se especificaron las etapas que podía comprender la actividad principal de una determinada empresa usuaria, con la finalidad de evitar que las empresas de intermediación laboral eviten la realización de labores relacionadas con tal actividad principal o las etapas del proceso productivo (antes indicadas) de la empresa usuaria. En buena cuenta, lo que se pretendió en el año 2007 fue zanjar cualquier duda o defecto que pudiera haber generado la primigenia definición de actividad principal, así como de actividad complementaria, antes de la norma modificatoria, al momento de determinar la viabilidad o no de la intermediación laboral para un caso en concreto. A decir de la propia norma, la finalidad fue “dotar de un contenido detallado a las definiciones” y así “evitar que se vulneren los derechos de los trabajadores cuando corresponda un mecanismo de contratación directa”, como sistemáticamente venía ocurriendo antes de su dación. De esta manera, la viabilidad de la intermediación laboral -además de sostenerse en elementos como mínima solvencia patrimonial de la empresa, trabajadores al día en el pago de sus remuneraciones y beneficios, registro vigente, ámbito territorial de los servicios u otros- viene dada principalmente por la naturaleza de la actividad que justamente se pretendía intermediar.

Finalmente, debemos señalar que ni la definición de actividad complementaria incorporada por el Decreto Supremo N° 008-2007-TR ni la tradicional de actividad de alta especialización mantenida desde el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, ni tampoco la Ley N° 27626, contienen listados taxativos ya que también pueden ser incorporadas otras actividades. En otras palabras, las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y

limpieza no son las únicas actividades complementarias susceptibles de ser intermediadas⁹⁹. Sobre el particular, debemos precisar que mediante Resolución Ministerial N° 012-2010-TR se trató de cerrar esta disposición, pues se señaló que **solo** se consideran actividades complementarias a las labores de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza.

A nuestro parecer, esta redacción tuvo como fundamento un informe de asesoría jurídica – no vinculante - (Informe N° 49-2009-MTPE/9.110 del 20 de enero de 2009) que ante las confusiones generadas por el concepto de intermediación extendida, respecto a los supuestos de actividades complementarias en los que los trabajadores de la empresa intermediadora no se encuentran subordinados a las órdenes de la empresa usuaria. Al respecto, cabe señalar que discrepamos con esta opinión, porque se señalaba que los supuestos de tercerización de actividades complementarias debían ser entendidos como supuestos de intermediación laboral; llegándose a la conclusión que únicamente se deberían registrar en el RENEEL las actividades complementarias que se mencionan en el reglamento de la Ley N° 27626, teniendo como fundamento la seguridad jurídica. Es decir, que las demás actividades complementarias (no incluidas por el reglamento de intermediación laboral) solo podían ser tercerizadas.

La opción regulatoria contó con la oposición de las empresas intermediadoras, las cuales señalaron que se vulneraba el derecho a la libertad de empresa, no siendo la vía idónea una norma de carácter infralegal. Así, se retornó a la anterior definición, la cual permite que a través de indicios u otros elementos se puedan calificar otras actividades distintas a las

⁹⁹ Hacemos nuestra la apreciación del doctor Jorge Toyama en el sentido que: *“si bien la normativa reseña algunos ejemplos de las actividades complementarias (limpieza, seguridad, vigilancia, reparaciones y mensajería externo), no necesariamente estos deben ser tomados como los únicos”*. En “Los Contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral”. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición. Diciembre 2008. Pág. 199.

establecidas por el reglamento de la Ley de Intermediación como de naturaleza complementaria¹⁰⁰.

Pese a ello, la distinción es importante pues nos ayuda a tratar las diferencias conceptuales entre tercerización e intermediación y la regulación legal poco afortunada que actualmente tenemos. Queda claro entonces que para efectos de determinar si puede ser intermediada o no una actividad, esta deberá ser analizada desde la óptica de la empresa cliente y no de la empresa de intermediación a fin de calificada como tal. En tal sentido, lo que para una entidad de intermediación laboral puede ser considerada como una actividad principal o parte del proceso productivo de la empresa principal, para la empresa cliente bien podría ser considerada como una actividad accesoria o complementaria.

En el supuesto de una empresa que se dedica a la venta de seguros vehiculares, cuyo giro consustancial al negocio es asegurar vehículos frente a posibles sucesos imprevistos (robo, choque, etc.), que decidiera contratar los servicios de una entidad intermediadora para que destaque personal que se dedique exclusivamente a verificar las circunstancias en las cuales se suscitan tales imprevistos (que determinarían si se aplica o no dicho seguro vehicular), para la entidad de intermediación, los servicios prestados por el personal destacado podrían ser determinantes o parte del giro consustancial del negocio, ya que están relacionados con la ejecución del seguro vehicular. Sin embargo, esta labor de “inspección” podría ser calificada por la empresa principal como complementaria, más no ser determinante para la venta de los seguros vehiculares.

2. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN UNA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

En la intermediación laboral se presenta una relación contractual que escapa a la bilateralidad y se refleja más bien en un circuito triangular, conformado a partir de un contrato civil entre la empresa prestadora del servicio y la usuaria, una relación laboral,

¹⁰⁰ Según lo establecido por una directiva anterior aprobada mediante Resolución Ministerial N° 048-2010-TR

entre la empresa prestadora del servicio y los trabajadores destacados y, finalmente, una relación de subordinación fáctica entre los trabajadores destacados y la empresa usuaria.

Al respecto, Villavicencio destaca que en este tipo de relaciones triangulares se rompe con la tradicional relación jurídica directa, a partir de la presencia de un tercer actor que se configura como empleador desde el punto de vista formal de unos trabajadores que son destacados a otra empresa para prestar servicios bajo las órdenes de ésta última¹⁰¹. De esta manera, estamos frente a una relación laboral con dos empleadores, uno de naturaleza formal y otro material; vale decir, el trabajador se encontrará en la planilla del empleador formal, sin embargo, prestará servicios para el empleador material, lo cual está permitido por la ordenamiento laboral peruano. En este sentido tenemos que las partes involucradas en la prestación de servicios de una empresa de intermediación laboral son las siguientes:

- **Empresa usuaria:** Es la empresa que necesita contar con los servicios de una entidad que realiza intermediación laboral cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.
- **Entidades de intermediación laboral:** Son las empresas o cooperativas que brindan los servicios de intermediación laboral que no comprende la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria. Se entiende por actividad principal la que es consustancial al giro del negocio y sin cuya ejecución se afectaría el desarrollo del mismo.
- **Trabajadores destacados:** Son los trabajadores que laboran en forma dependiente para la entidad de intermediación laboral, siendo destacados para realizar sus labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria, para lo cual utilizan los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia, regulados por

¹⁰¹ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "La Flexibilidad y los Mecanismos de Subcontratación Laboral: El caso de la intermediación. En: *Estudios sobre la flexibilidad en el Perú*, OIT, Lima, 2000, p. 87

el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR (27/03/1997).

3. BREVE ALCANCE SOBRE LOS REQUISITOS PARA LA OPERATIVIDAD DE LAS EMPRESAS DE INTERMEDIACIÓN EN EL MERCADO

Las entidades de intermediación laboral (empresas y cooperativas), para prestar sus servicios en nuestro país deben constituirse como personas jurídicas de acuerdo a la Ley General de Sociedades y la Ley General de Cooperativas, según la entidad que se trate, siempre que su objeto social esté destinado a brindar servicios exclusivos de intermediación laboral, debiendo inscribirse como tal en el Registro Nacional de Entidades de Intermediación Laboral (RENEIL), el cual está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE).

La importancia de este registro radica en el hecho de que permite un mayor control y fiscalización por parte de los inspectores de trabajo sobre la naturaleza de las actividades que son prestadas por las entidades de intermediación laboral. Por ello, además del registro del centro de trabajo principal, están obligadas a registrar los establecimientos anexos que apertura en lugares distintos de tal forma que se pueda verificar las circunstancias en las que se produce el destaque de los trabajadores.

Al respecto, la Dirección General de Promoción del Empleo lleva a cargo un control de las entidades de intermediación registradas en el REEAIL, así como los registros cancelados por haber incumplido alguno de los requisitos constitutivos y las obligaciones establecidas en la ley y reglamento que les resulta aplicable. En efecto, la inscripción en el Registro de Empresas y Entidades que realizan Actividades de Intermediación Laboral (REEAIL) es un requisito esencial para el inicio y desarrollo de la actividad de dichas entidades. Su inscripción las autoriza a prestar servicios de intermediación quedando su vigencia a la subsistencia del registro, mediante la renovación anual.

III. TEORÍA DE LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LA INTERMEDIACIÓN

Como hemos desarrollado en el capítulo anterior, la solidaridad es una modalidad de la obligación que permite que en caso exista pluralidad de acreedores –solidaridad activa- cualquiera pueda exigir al deudor el pago de la totalidad de la deuda, y en caso de pluralidad de deudores -solidaridad pasiva- que cualquiera de ellos se encuentre obligado a pagar la totalidad de la deuda. Entre estas dos, como es de esperarse, la que resulta relevante para el Derecho Laboral es la responsabilidad solidaria pasiva que se da en beneficio del acreedor para poder fortalecer su posición, cuando el responsable principal no puede satisfacer íntegramente el derecho del trabajador, pero dada la naturaleza constitucional del derecho afectado, es posible accionar también contra aquel solidariamente responsable. Es así que se señala que su finalidad es de garantía, la cual adquiere mayor relevancia en el campo laboral por el carácter alimentario de la remuneración y los principios que rigen esta rama jurídica, como el protector, desarrollado anteriormente.

Así, la fianza en la intermediación laboral encuentra en su condición preventiva de cara a la imposición de la responsabilidad solidaria, la cual se encuentra regulada en el artículo 25 de la Ley en la que se señala que *“en caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, estas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.”* Asimismo, el artículo 26 del reglamento precisa que *“la empresa usuaria es solidariamente responsable con la entidad que le destaca trabajadores por los derechos laborales, de origen legal o colectivo, de estos que no están cubiertos por la fianza”*.

En este sentido, nos encontramos ante una solidaridad que opera ex post de la verificación del hecho de que la carta fianza no alcance al pago de los derechos laborales. Claro, previo a ello deberán existir derechos laborales impagos por parte de la empresa intermediadora. Esto, a nuestro entender, se justifica porque la carta fianza cumple la misma finalidad que la solidaridad pasiva, la de actuar como garantía del trabajador a la que puede recurrir directamente para ver satisfechos sus derechos. En efecto, tal y como menciona el artículo 24 de la ley, su finalidad es la de garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria.

Sobre el particular, vale la pena detenernos en el análisis de la fianza como efectiva garantía del cumplimiento de las obligaciones antes mencionadas. El reglamento establece que existen dos clases de fianza: la que se otorga a nombre del MTPE; y la que se otorga a favor de la empresa usuaria, como elemento accesorio a la celebración de cada contrato de intermediación laboral.

La carta fianza a nombre del MTPE, sea individual o global, debe garantizar el pago de un mes de remuneraciones y la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales aplicables a la totalidad de trabajadores destacados, y las obligaciones previsionales respectiva, debiendo ser consignados en una declaración jurada. La carta fianza individual debe tener una vigencia mínima equivalente a la del plazo de contrato de locación de servicios celebrado entre la empresa usuaria y la entidad, más noventa (90) días adicionales posteriores. La carta fianza global no puede tener una duración inferior a tres meses, debiendo renovarse al 31 de marzo, 30 de junio, 30 de setiembre y 31 de diciembre de cada año.

En cambio, la carta fianza a nombre de la empresa usuaria se rige por lo que las partes pacten, esta desregulación se fundamenta en la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria con la intermediadora, respecto de los derechos laborales adeudados. Así, el riesgo de una débil determinación de los alcances de la misma terminará por determinar la posibilidad de que el trabajador se dirija directamente contra la empresa usuaria por el pago de sus derechos laborales.

En ambos casos, la fianza resulta ser una garantía; sin embargo, en el caso de las fianzas a nombre del MTPE se requiere que exista resolución judicial consentida o de última instancia que ordene el pago de la suma líquida; la que no se obtendrá luego de 90 días de la extinción del contrato de locación de servicios, o de los tres meses de la fianza global. Por ello, esta garantía resulta ilusoria, terminando ésta solo en la solidaridad pasiva que

recae en el empleador (intermediador) y la empresa usuaria que gestionaron la fianza accesoria a la celebración del contrato de intermediación laboral. De tal forma, es que consideramos que ninguno de los sistemas mencionados son idóneos y que finalmente es otro tipo de solidaridad el que se debe aplicar.

Sobre el particular, discrepamos con la postura del Dr. Elmer Arce, a quien sí le parece la fianza (individual o global) a nombre del MTPE una mejor garantía de las obligaciones laborales del personal desplazado en comparación con la fianza emitida directamente por la entidad de intermediación laboral a favor de la empresa usuaria, porque a su modo de ver esta fianza al no estar regulada su forma de otorgamiento, plazo y ejecución la hace un mecanismo de protección débil, en cambio las fianzas emitidas a favor del MTPE si se determinan los plazos, porcentajes, forma de ejecución, hecho que como hemos visto al exigirse una resolución judicial firme terminaría por el contrario de desproteger a los trabajadores destacados¹⁰². Sin embargo, este problema puede ser resuelto por el traslado del riesgo a favor de la empresa usuaria, la que se deberá preocupar por que la carta fianza que se le otorgue sea suficiente y tenga el alcance temporal necesario para su verdadera realización.

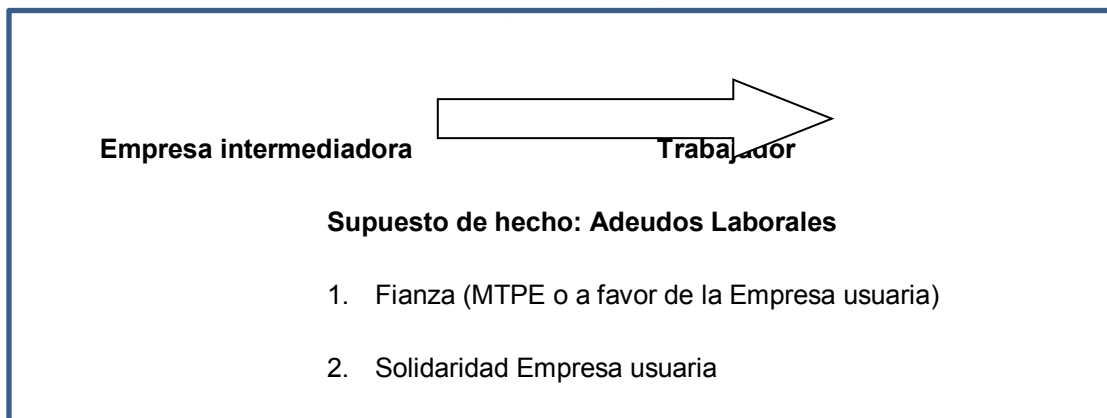
Adicionalmente, en ejercicio de la libertad contractual que tiene la empresa usuaria podrá exigir garantías adicionales, en el marco del contrato de locación de servicios que celebre con la empresa intermediadora. Este mecanismo por el traslado del riesgo que ejerce en la usuaria sería el más pertinente y el que mejor garantice las obligaciones laborales del personal destacado. Con esta insuficiencia regulatoria, alejada de la realidad, se termina por trasladar todo el peso de la garantía del trabajador sobre la empresa usuaria. De esta manera, prácticamente se trata de una responsabilidad que si bien sigue siendo subsidiaria, igual dependerá sólo del actuar diligente de la empresa usuaria, la que deberá regular adecuadamente los alcances de la carta fianza. Notemos que esto termina por vaciar la

¹⁰² ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú*. Palestra Editores. Lima – 2006, pág 68.

legislación sobre intermediación porque, finalmente, la única exigencia será la de solicitar una carta fianza sin siquiera tratar su contenido, pues esta quedaría a libre disposición de las partes. So pena de las precisiones realizadas, ahora compete analizar de cerca la “solidaridad” de la empresa usuaria y la intermediadora. En principio, debemos precisar que efectivamente se trata de una obligación solidaria cuyo fundamento es la ley, de acuerdo a lo señalado por el artículo 1183 de nuestro Código Civil. Sin embargo, esta solidaridad nace en defecto del hecho de que la carta fianza no alcance al pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores.

En este sentido, debemos precisar que se trata de una responsabilidad subsidiaria que opera en defecto de la solvencia de la fianza para cubrir los beneficios sociales adeudados. Notemos que la fianza se da a nombre de la empresa intermediadora, por lo que de no ser suficiente, es esta empresa la que está incumpliendo. Por la insolvencia, de su carta fianza, la empresa usuaria se transforma en responsable solidario por los derechos laborales adeudados. Como ya mencionamos, naturalmente se requiere que previamente existan derechos laborales impagos por parte de la empresa intermediadora.

Cuadro 3



Debemos añadir que si bien se le solicita en primera oportunidad los derechos laborales impagos a la empresa intermediadora y posteriormente a la usuaria, no se trata de una fianza solidaria, sino como se plantea en esta tesis, en virtud de una institución de la solidaridad laboral, se trataría de una responsabilidad subsidiaria y directa que en los siguientes párrafos pasaremos a detallar.

Cada uno de los niveles descritos en el párrafo anterior operará en defecto del anterior. En tal sentido la norma señala que, previamente, deberán existir adeudos laborales (ya hemos mencionado en la primera parte el carácter constitucional que tiene la remuneración) y como consecuencia de ello entra a tallar la fianza. Es interesante el análisis que realiza Elmer Arce sobre la naturaleza jurídica de la solidaridad, así habla de que en realidad existe una fianza solidaria, pues sólo se trata de remediar el supuesto del incumplimiento de beneficios laborales. Es decir que, sólo en caso de que exista adeudos laborales existirá solidaridad, como si la solidaridad de por sí, funcionara como una fianza solidaria. De no alcanzar la fianza para cubrir estos beneficios laborales impagos, entonces la empresa usuaria es responsable solidario por lo que falte pagar.¹⁰³

Ahora bien, respecto del análisis jurídico de la naturaleza de esta solidaridad subsidiaria debemos señalar que no se trata de una que nace del incumplimiento de una obligación solidaria, en la que varios deudores se comprometen a cumplir una sola prestación, más bien, se asemeja a la figura de la obligación *in solidum*, concurrente o solidaridad imperfecta, en las que existen los siguientes elementos:

- Un solo acreedor (trabajador o grupo de trabajadores)
- Pluralidad de deudores y de causas o títulos respecto de cada uno de ellos (uno en relación de trabajo y el otro por celebrar un contrato de intermediación con el deudor,

¹⁰³ ARCE ORTIZ, Elmer. “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**”. Libro editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2008. Perú. Pp. 32 y 33.

es decir empresa usuaria y empresa intermediadora, en esta la relación del trabajador con la empresa usuaria es mediata)

- Un mismo objeto debido (derechos laborales adeudados) que obliga a cada uno de ellos en forma íntegra por el todo.

Se trata de obligaciones que coinciden en el contenido de la prestación pero difieren en la causa que la genera, la finalidad es la de proteger al acreedor, ampliando el espectro de obligados al pago por la totalidad de las prestaciones. En este sentido, la responsabilidad opera de manera objetiva, por la verificación del hecho.

Al respecto, Elmer Arce, señala que no se trata de una responsabilidad solidaria si no de una fianza solidaria, que funciona también como mecanismo de garantía para el deudor. Señala que opera cuando el deudor principal (contratista) no cumpla con el pago de su deuda, momento en el cual aparece un segundo sujeto (principal) configurándose recién como deudor. A nuestro entender, se trata de una responsabilidad subsidiaria, que si bien debemos distinguir de la responsabilidad solidaria, pues ésta de por sí es originaria, nace de la pluralidad de sujetos e identidad de causas; ya que cumple con la misma finalidad. Es decir, no es que la solidaridad sea una fianza solidaria, sino que, finalmente, termina funcionando como tal, “en defecto de”.¹⁰⁴ En conclusión, se trata de una responsabilidad solidaria subsidiaria y objetiva.

Ciertamente, Jorge Toyama también se ha pronunciado sobre la regulación de la figura de la intermediación laboral, señalando que “ (...) *Con relación a la imputación de la solidaridad, consideramos que lo más adecuado hubiera sido prever una responsabilidad subsidiaria, que importa una prelación de responsabilidades, de tal manera que la empresa de servicios sea la directa y primera responsable (finalmente, es el empleador y éste deba*

¹⁰⁴ Ibid.

asumir los pagos laborales) y subsidiariamente la empresa usuaria, salvo, que exista un fraude en la contratación de parte de la empresa usuarias."¹⁰⁵

Finalmente, Cesar Puntriano añade que la regulación de la responsabilidad solidaria en la intermediación laboral no garantiza plenamente la satisfacción de los derechos laborales no cubiertos por la fianza, por ello ha merecido críticas que según el autor resultan fundadas y anota que:

- La responsabilidad solidaria solamente comprende a los derechos laborales de los trabajadores destacados, quedando sin esta protección las obligaciones de seguridad social no cubiertas por la fianza.
- La solidaridad no contempla el supuesto de encadenamiento de subcontrataciones de mano de obra, es decir, que una empresa principal contrate a una de servicios y esta a su vez a otra para que le ayude, en cuyo caso no es posible legalmente extender la solidaridad de la principal a la segunda empresa subcontratada. Si bien el encadenamiento está prohibido por la Ley 27626, vemos que la solidaridad, a diferencia de lo que ocurre en la tercerización, no alcanzaría a los demás subcontratistas.
- Existe una absurda exclusión de los organismos públicos de la responsabilidad solidaria⁴⁶. La exclusión es ilegal, pues el reglamento va más allá de lo establecido por la ley, pues la misma no hace distinciones respecto a la condición de entidad pública o privada de la empresa usuaria, y además porque dicha exclusión carece de sustento objetivo, siendo por ende discriminatoria.
- El artículo 26° del Reglamento limita a la solidaridad a los derechos laborales de origen legal o colectivo no cubiertos por la fianza, dejando de lado a aquellos derivados de la voluntad unilateral del empleador, de la costumbre o de pactos individuales entre trabajador y empleador. Esta exclusión resulta

¹⁰⁵ Toyama Miyagusuku, Jorge. 2010. Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias. Derecho y Sociedad, N°30, p. 101.

irrazonable pues se trata al fin y al cabo de derechos laborales originados en fuentes distintas.”¹⁰⁶

Es por tal respaldo doctrinal que consideramos necesario sustentar una solidaridad laboral subsidiaria y objetiva en la intermediación laboral.

1. ALCANCES DE LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LA INTERMEDIACIÓN ANTE BENEFICIOS LABORALES IMPAGOS

Como en todo supuesto de responsabilidad, es importante determinar aspectos referentes a lo que se adeuda (el objeto) a quién se extiende (el sujeto) y el límite temporal, entendido como la vigencia de la posibilidad de ejercitar el derecho de acción.

- a. Alcance objetivo:** Está referido al objeto de la relación obligatoria, lo que se adeuda. En relación a los derechos laborales adeudados, nótese que el término que emplea la norma de intermediación laboral es de amplio espectro, no precisando - como en el caso de la fianza- que esta abarca las obligaciones laborales y de seguridad social; pese a ello, consideramos que el término derechos laborales abarca no sólo al derecho al pago de los beneficios sociales y la remuneración, sino también a los aportes a la seguridad social, obligaciones directamente relacionadas con la efectiva percepción de estos. Refuerza esta posición el artículo 12 del Convenio OIT 181, que tiene carácter de recomendación¹⁰⁷.

¹⁰⁶ PUNTRIANO ROSAS, César. 2011. Los Efectos de la Subcontratación en las Relaciones Laborales: Análisis de la Responsabilidad Solidaria como Mecanismo de Tutela. Derecho y Sociedad, N°37, p. 161-162.

¹⁰⁷ Sobre el particular si bien la solidaridad debe ser establecida por ley expresa (según la normativa civil), esto no ocurre con la norma que establece una responsabilidad solidaria en materia de seguridad social, esto es, mediante Decreto Supremo N° 003-98-SA, sin embargo, como veremos en el capítulo referido a la Solidaridad en Riesgos Laborales son las normas de seguridad y salud en el trabajo las que establecen como obligaciones del empleador principal y de los contratistas y subcontratistas, según sea el caso, la de contratar seguros establecidos legalmente para proteger a los trabajadores de la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. En tal sentido, creemos que en la actividad de

Debemos precisar que los derechos laborales sobre los que recae la solidaridad son los que se hubieran generado durante el tiempo durante el cual el trabajador prestó servicios en la empresa usuaria. Asimismo, podrán reclamarse los derechos de origen legal, colectivo, individual y las de seguridad social.

En ese sentido, consideramos que es importante analizar casos como el del reclamo de derechos laborales desconocidos, por ejemplo, como sabemos los trabajadores de la empresa intermediadora tienen las mismas remuneraciones y condiciones de trabajo¹⁰⁸ que los trabajadores de la empresa usuaria. Así, a estos efectos es importante determinar qué conceptos abarca, pues de una equivocada equiparación podrían derivarse adeudos que fueron ignorados al momento de establecer el monto de la fianza. Por ello, es importante tener en cuenta las premisas señaladas en el artículo 5 del reglamento de la ley de intermediación laboral.

Finalmente, coincidimos con el Dr. Elmer Arce cuando expresa que es preciso fijar límites cuantitativos a la responsabilidad solidaria, a fin de que no se perjudique la empresa usuaria en el supuesto de que la entidad de intermediación laboral haya fijado las remuneraciones y beneficios pactados a favor del personal destacado en una suma superior al monto pactado por el servicio prestado por la entidad de intermediación a favor de la empresa usuaria en virtud del contrato de locación de servicios, en este caso, sería prudente fijar el importe de las obligaciones y beneficios hasta por el importe del costo del servicio prestado, pues cualquier

intermediación laboral, la responsabilidad solidaria si comprende a las obligaciones en materia de seguridad social que la fianza debe incluir, más si está de por medio una actividad de riesgo.

¹⁰⁸ Si bien las condiciones de trabajo no tienen carácter remunerativo porque sirven para la ejecución del servicio, son igual conceptos que ayudan al mejor cumplimiento de la labor del trabajador y que, por tanto, tienen un efecto directo en el beneficio patrimonial de la empresa usuaria.

exceso de este monto debería ser responsabilidad solo de la entidad de intermediación laboral¹⁰⁹.

- b. Alcance subjetivo:** En este caso, el obligado es la empresa usuaria. Notemos que en los casos de intermediación no se dan supuestos de subcontratación tras subcontratación, como si en el caso de la tercerización; ello debido a que la norma supone que el único objeto de la empresa de servicios y de las cooperativas de trabajadores es la prestación de servicios de intermediación laboral a través del destaque de su personal a la empresa usuaria.

- c. Alcance temporal:** El alcance temporal de la solidaridad debemos diferenciarlo de la temporalidad aplicada respecto del objeto adeudado, que ya hemos explicado al tratar el alcance objetivo. En este sentido, el alcance temporal abarca el lapso del tiempo que efectivamente dura la solidaridad, originando que durante este el trabajador pueda accionar solidariamente contra los obligados que la ley señala como solidarios. En el caso de la intermediación, al no existir disposición expresa en la ley ni el reglamento, resulta de aplicación el artículo único de la Ley N° 27321, que señala que el plazo de prescripción para el reclamo de adeudos laborales será de cuatro años, contados desde el cese de los servicios del trabajador desplazado.

2. LA SOLIDARIDAD LABORAL Y LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Hasta ahora hemos analizado los supuestos de solidaridad regulada por las leyes que norman la intermediación de servicios. Pese a ello, no podemos perder de vista que la solidaridad también nace como consecuencia de la desnaturalización de la

¹⁰⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Palestra Editores. Lima – 2006, pág 74.

intermediación de servicios, en este caso, la solidaridad nace de la aplicación del principio de primacía de la realidad, por ruptura de los supuestos permitidos por la ley, lo que acarrea que los trabajadores de la principal, es decir, la intermediadora también sean considerados como trabajadores directos de la empresa usuaria. Ya no se trata de asegurar la percepción de las remuneraciones por parte de los trabajadores, si no que tanto la empresa usuaria como la empresa intermediadora se consideran como empleadores, que deberán cumplir la obligación (el pago de adeudos) imputada a ambos.

La experiencia peruana muestra que no pocas veces la figura de la intermediación, es usada como mecanismo para eludir la responsabilidad en el pago de remuneraciones y beneficios sociales, por parte de la empresa usuaria, motivo por el cual la labor de los inspectores de trabajo en este campo cobra especial relevancia. A efectos de descubrir tales supuestos la labor de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) y los Gobiernos Regionales resulta crucial¹¹⁰.

- a. Supuestos de desnaturalización.-** De acuerdo a lo señalado por el Reglamento de la Ley de Intermediación, son supuestos de desnaturalización los siguientes:
- Que la intermediación haya tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar el ejercicio de derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o a las empresas de intermediación o cooperativas de trabajadores.
 - La ocurrencia de alguno de los supuestos prohibidos por el artículo 8 de la Ley. Es decir, que se recurra a la intermediación para cubrir personal que se encuentre en ejercicio del derecho de huelga o para personal en otra entidad de servicios de intermediación laboral o cooperativa.

¹¹⁰ De ello da cuenta por ejemplo la sentencia expedida por el TC en su Expediente N° 06000-2009-PA/TC.

- El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales.
- La intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, regulados en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- La intermediación para labores distintas de las reguladas por la Ley, que no sean consideradas como complementarias o especializadas. Como ya hemos señalado, en el caso de la externalización de actividades principales de la empresa corresponde recurrir a la tercerización. Por esto, la Tercera Disposición Transitoria, Complementaria y Final de la Ley quedaría derogada.
- La reiterancia del incumplimiento regulada en el primer párrafo del Artículo 13 del presente reglamento. Se verifica la reiterancia cuando persiste el incumplimiento y se constata en la visita de reinspección o cuando se constata que en un procedimiento de inspección anterior la empresa usuaria realiza tal incumplimiento.

Si bien, la lista describe supuestos que en principio son taxativos y referenciales, debemos recordar que el I Pleno adoptó por unanimidad la postura que señalaba que existía solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil sino, además, en los casos en los que existiese vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores. Nos referimos con ello, a que la desnaturalización de la intermediación de servicios también se adopta en los casos de simulación o fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores, es por ello que cada caso concreto generará un nuevo supuesto de desnaturalización, claro que solo para el mismo.

El artículo 26.1 de la Ley se refiere a la obligación de la empresa usuaria de exigir de la empresa intermediadora la constancia de inscripción vigente, debiendo retener la copia de la misma durante el plazo del contrato, además, de copia de la comunicación en caso de apertura de sucursales o cualquier otro establecimiento.

Adicionalmente, relacionado con este último supuesto, encontramos a los supuestos en que las empresas intermediadoras no cuenten con el registro correspondiente, en la medida, en que este es constitutivo, pues es *“requisito esencial para el inicio y desarrollo de las actividades de las entidades (...)”*¹¹¹ que prestan servicios de intermediación. Asimismo, deberán analizar los supuestos de pérdida del registro. Esto es de suma importancia, pues en caso del vencimiento del plazo de este, sin que se haya tramitado su renovación, la pérdida será automática. En los demás casos será declarada por resolución del MTPE.

Una vez reseñados los supuestos, cabe precisar que la desnaturalización, aplicada al Derecho Laboral, podría ser definida como el empleo de cierta modalidad de contratación para encubrir una verdadera relación labora, sino también la temporalidad de la misma¹¹². Así, se desnaturaliza cuando en realidad observamos que los supuestos de la norma no se cumplen, siendo nulas sus disposiciones.

De esta manera, la nulidad recae sobre el negocio jurídico (el contrato comercial o civil celebrado entre la empresa usuaria y la intermediadora) que no cumple con los requisitos legales exigidos, o que se encuentra prohibido por la ley. Así, todos estos supuestos hacen

¹¹¹ Primer párrafo del artículo 13 de la Ley N° 27626.

¹¹² Si apelamos a su sentido estricto, el término “desnaturalización”, implica aquella acción por la que se alteran las propiedades o condiciones de algo, vale decir cuando se desvirtúa. Ello significaría, por ejemplo, que algo nace siendo “A” pero por diversas razones se convierte o transforma en “B”. Es decir, la desnaturalización implica que la situación “A” va perdiendo, por distintas circunstancias, la esencia o cualidades que le permitían ser tal, estas se van desgastando y diluyendo hasta que pierde la calidad de “A” desembocando en una situación diferente: “B”. Sin embargo normalmente en el ámbito laboral se habla de desnaturalización para referirse indistintamente a casos de simulación y/o fraude a la ley, inclusive algunas normas de la materia van en esta línea; del mismo modo, la jurisprudencia no escapa a dichas confusiones. Vid. GONZALES RAMÍREZ, Luis y DE LAMA LAURA, Manuel. *Desnaturalización en las relaciones laborales*. Gaceta Jurídica, 2010, pp. 19-20.

Valga esta aclaración a efectos de comprender porque nombramos desnaturalización a supuestos en los que en realidad se da una simulación o fraude realmente.

que la norma cree consecuencias jurídicas específicas que, por la desnaturalización, implican que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, tanto a la empresa intermediadora como a la usuaria sean empleadores del trabajador. ¿Por qué? Pues debido a que la relación entre el trabajador y quien haya sido su empleador, haya asumido tal papel, o la ley le hubiera impuesto tal carácter, no puede ser negada. En efecto, existió. Por ende, se puede accionar contra ambos: empresa usuaria e intermediadora.

3. EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD LABORAL TRAS LA DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN

Como hemos explicado, la consecuencia de la desnaturalización es que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se tenga por establecida una relación laboral entre el trabajador y la empresa usuaria desde el inicio de la prestación de servicios, la que no excluye a la empresa intermediadora, puesto que también formaría parte del contrato de trabajo. De esta manera, la solidaridad en este caso es originaria. Pues desde un principio ambos son considerados empleadores, sólo que este carácter sale a relucir cuando se comprueba el supuesto de desnaturalización.

Ahora bien, consideramos que la desnaturalización acarrea la existencia de una obligación indivisible, puesto que la remuneración que se debe es por la prestación de un servicio personal, cuya continuidad en el tiempo y unidad de conceptos hace que deban ser pagados de manera solidaria por quienes, por efecto de la desnaturalización, asumen el papel de empleadores. Por operar esta desnaturalización, no podría hablarse de una división de prestaciones, pues no habría como establecer dicha diferenciación o clasificación de prestaciones a las que cada uno se encuentra obligado. Además, la remuneración es lo que se debe por la prestación de servicios, cómo dividiríamos tal obligación, no sería susceptible de división.

De esta manera, en la desnaturalización, la responsabilidad más que solidaria es indivisible, es originaria -consecuencia inherente a la desnaturalización y a la aplicación del principio de primacía de la realidad- y como consecuencia de ello no es derivada. El efecto sobre el cobro y la imputación de la deuda es el mismo en el caso de la solidaridad y la obligación indivisible. Por ello, el trabajador puede dirigirse por el cobro de los beneficios sociales contra la empresa intermediadora y la usuaria.

Entonces la solidaridad no supone la validez de la intermediación, tampoco nace como una sanción jurídica, si no como una consecuencia inherente de la realidad, cuando los empleadores son dos, y su informalidad acarrea que ambas puedan ser imputadas por la misma obligación (remuneraciones, beneficios sociales, aportaciones a la seguridad social, entre otros), en la medida en que esta no se puede dividir: ambas deben todo. Por lo señalado, a diferencia de la responsabilidad solidaria que se deriva de una situación de beneficios laborales impagos, en este caso nos encontramos ante un supuesto de desnaturalización que acarrea la existencia de una obligación que debe ser reputada como indivisible. Como bien mencionamos, la consecuencia es la solidaridad en el pago, pero por indivisibilidad de las prestaciones no porque exista una obligación solidaria en la que muchos deudores se encuentran obligados por efecto de una causa idéntica.¹¹³

En suma, la solidaridad laboral en el marco de un proceso de intermediación laboral se presenta en dos situaciones según la regulación sobre el particular: 1) cuando la intermediación laboral es válida, la solidaridad aparece de manera subsidiaria; 2) en caso que el destaque laboral solo sea una figura simulada o fraudulenta, se considera que las empresas inmiscuidas responden directa e indivisiblemente por el crédito laboral.

¹¹³ Si bien podríamos hablar de una solidaridad pasiva, en este caso no cabría tal definición, pues de acuerdo a nuestro Código Civil la responsabilidad solidaria no se presume, debe ser impuesta por la ley de manera expresa o por el mismo negocio jurídico. Por ello, la naturaleza de la obligación nos obliga a reputarla como indivisible.

IV. CONCLUSIONES

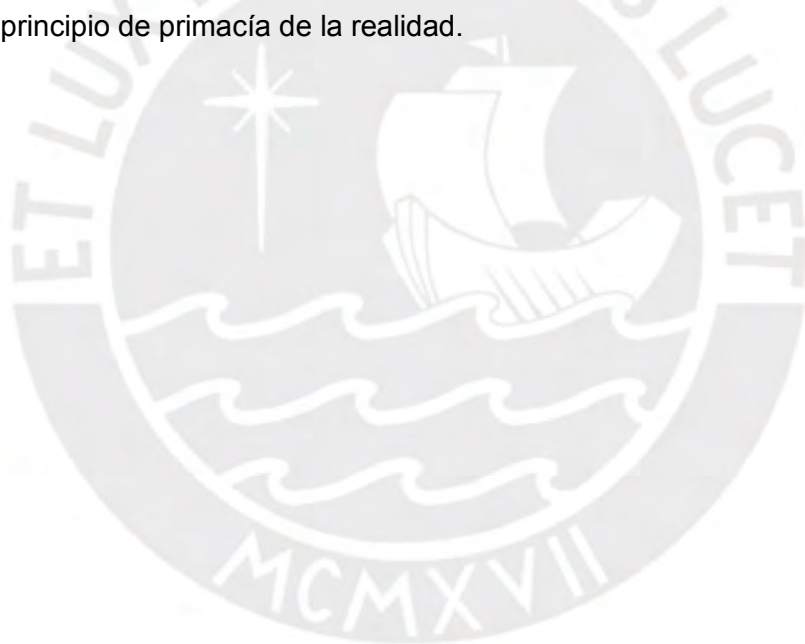
En el caso de la intermediación, nos encontramos ante una solidaridad que opera con posterioridad de la verificación del hecho de que la carta fianza no alcance al pago de los derechos laborales y que estos vengan siendo adeudados por parte de la empresa intermediadora; y es que la carta fianza cumple con la finalidad de cubrir la solidaridad pasiva, al pretender garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la empresa que destaca a su personal.

La responsabilidad solidaria opera ante la imposibilidad de que el deudor originario abone a los trabajadores todos sus adeudos laborales; y es así como la se plantea con el presente trabajo que devendría una solidaridad subsidiaria en el caso de la intermediación. No obstante, es necesario tomar en cuenta que la ejecución de cada una de las fianzas que permite la regulación de la figura de la intermediación podría tratarse también de una responsabilidad solidaria originaria en caso que se configure una intermediación simulada o fraudulenta.

En efecto, en el caso que la intermediación se ejecute en los términos legales establecidos por la norma correspondiente, el alcance objetivo de esta solidaridad laboral se encuentra determinado por la totalidad de los derechos laborales impagos, incluyendo los beneficios sociales de origen legal o convencional, así como los aportes a la seguridad social. No obstante, en caso la empresa usuaria deba efectuar el pago de los adeudos laborales a los trabajadores de la empresa de intermediación, resulta prudente fijar el monto de las obligaciones y beneficios a abonar porque de acuerdo a la institución de solidaridad que desarrollamos, hay solidaridad y obligación de pago hasta por el monto total del costo del servicio de intermediación; con la finalidad de evitar que el monto que pague la empresa usuaria sea excesivo; y en todo caso que aquella pueda repetir contra la service. En relación al alcance subjetivo, resulta evidente que la empresa obligada por la responsabilidad solidaria será la empresa usuaria; mientras que el alcance temporal se encuentra

determinado por el plazo de prescripción de cuatro años contados desde el cese de los servicios del trabajador, establecido por la Ley N° 27321.

Sin embargo, si la intermediación no se ejecuta en los términos establecidos por la normatividad laboral y, por el contrario, esta se desnaturaliza, ya sea porque se comprobó la intención de limitar los derechos colectivos de los trabajadores o porque se evidenció el incumplimiento de alguno de los requisitos formales, los trabajadores de la empresa intermediadora serán considerados como trabajadores de la empresa usuaria, en aplicación del principio de primacía de la realidad. En este caso, la responsabilidad directa de la empresa usuaria sería indivisible y originaria como consecuencia, precisamente, de la aplicación del principio de primacía de la realidad.



CAPÍTULO III. SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como ya hemos apuntado, si bien las nuevas formas de subcontratación y descentralización son fenómenos que fueron receptados como mecanismos para evitar el fraude, lo cierto es que en la actualidad la utilización de tales modalidades se ha extendido considerablemente, tanto en la cantidad de empresas que las realizan, como en las actividades que delegan en otras, sea por razones de especialización, complejidad, estrategia o simple conveniencia. Hoy es frecuente que servicios que antes se prestaban dentro del marco del trabajo subordinado, ahora se efectúen recurriendo a la subcontratación de terceras empresas. De esta manera, tal y como lo señala acertadamente Ermida Uriarte, mediante la descentralización productiva una empresa lleva a cabo sus procesos productivos (sea a través de la tercerización como de la intermediación) contratando a otras empresas, mediante las cuales busca obtener el mismo resultado productivo, aunque sin llegar nunca a ser empleador de quienes llevan a cabo estos trabajos¹¹⁴.

En la tercerización de servicios, la empresa tercerizadora presta un servicio integral y suficiente, contando con una estructura productiva y organizativa autónoma, independiente y adecuada para el desarrollo de determinada actividad, prestando los trabajadores servicios bajo la dirección de la contratista, sin que se configure una distribución de los poderes del empleador.

¹¹⁴ Hierrezuelo Diego Ricardo y Aguad Ernesto Jorge. En "La solidaridad en el nuevo marco de las relaciones de trabajo". Revista Argentina – Buenos Aires. Tomo I. Año 2000, pág. 2265

En este sentido, la tercerización implica una verdadera relación jurídica civil o comercial entre la empresa contratista o tercerizadora y la empresa principal. La primera, es la que mantiene una relación con el trabajador creando una relación triangular, y manteniendo este el poder de dirección sobre sus trabajadores. Nótese que en la tercerización no existe, conceptualmente, ningún límite respecto de la actividad que puede ser tercerizada, ello en ejercicio de la libertad de empresa de la que goza toda persona, manteniendo una autonomía organizativa acorde con las necesidades de la misma, así, en principio, se puede tercerizar cualquier actividad incluso las nucleares de la empresa. En suma el outsourcing implica dos aspectos fundamentales: i) la existencia de una unidad económica en una empresa susceptible de explotación externa; y ii) la capacidad de ofrecer en forma independiente e integral bienes y servicios por parte del contratista¹¹⁵.

El antecedente legislativo a las normas que regulan actualmente la tercerización de servicios se encuentra plasmado en el artículo 4º¹¹⁶ del Decreto Supremo 003-2002-TR, el cual regulaba los supuestos que no son susceptibles de ser adscritos al régimen de la intermediación laboral, en efecto, no constituye intermediación laboral -reza tal dispositivo- 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 productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub

¹¹⁵ Vid. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op cit, p. 116.

¹¹⁶“ **Artículo 4.- De la tercerización de servicios.-** No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al Artículo 193 de la Ley General de Sociedades, 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.

Pueden ser elementos coadyuvantes para la identificación de tales actividades la pluralidad de clientes, el equipamiento propio y la forma de retribución de la obra o servicio, que evidencien que no se trata de una simple provisión de personal.”

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.

Empero, actualmente, la tercerización laboral ya posee un marco legislativo exclusivo aunque éste se destina en rigor a regular la tercerización con desplazamiento, como ya veremos con más detalle en líneas posteriores. En efecto, la regulación de la tercerización de servicios en el Perú limita su ámbito de aplicación sólo a la tercerización que implique un desplazamiento continuo de los trabajadores a las empresas contratistas; asimismo de una superposición de la regulación de la intermediación y la tercerización, debemos llegar a la conclusión que sólo podrán ser tercerizadas dentro del marco legal las actividades relacionadas directamente con la actividad principal de la empresa, quedando la tercerización de actividades complementarias dentro del ámbito de aplicación de la intermediación laboral, tal y como lo hemos analizado en el capítulo anterior¹¹⁷.

II. LA TERCEORIZACIÓN LABORAL EN EL ORDENAMIENTO LEGAL PERUANO

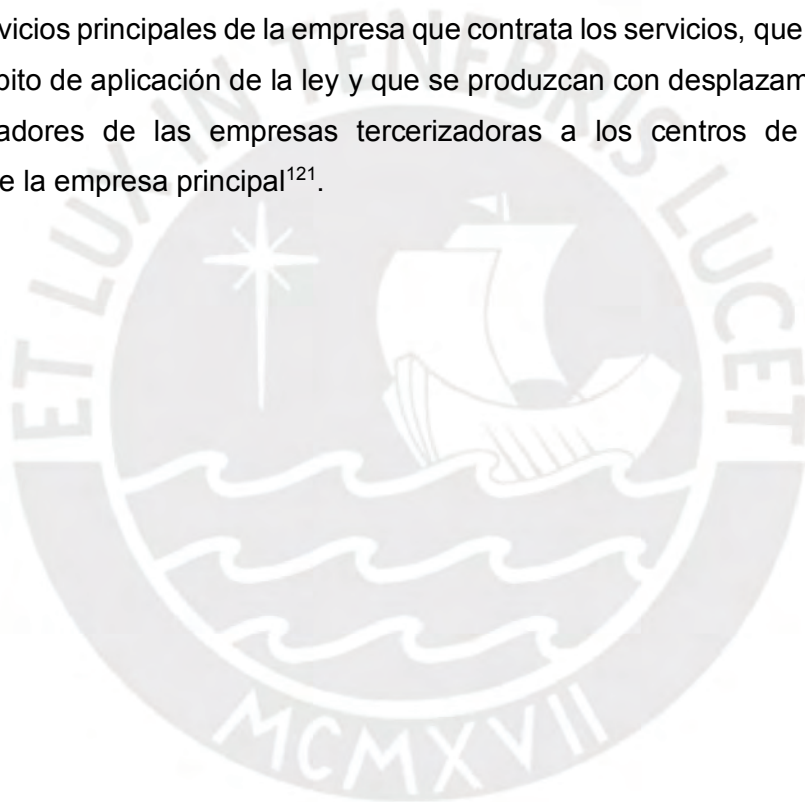
La tercerización de servicios en el Perú se encuentra regulado por la Ley N° 29245¹¹⁸ (en adelante la ley); el Decreto Legislativo N° 1038¹¹⁹; y el reglamento de ambas normas,

¹¹⁷ En más de una oportunidad, previa a la emisión de la Ley N° 29245 y su reglamento, la jurisprudencia consideró que si bien la tercerización u outsourcing es una modalidad contractual con miras a que una empresa beneficiaria satisfaga el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado –no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como en la intermediación laboral–, también lo es que existen determinadas actividades, tales como la principal, nuclear o distintiva de la empresa, que no pueden ser tercerizadas. Por lo tanto, al verificarse la realización de alguna actividad prohibida mediante tercerización, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, debe colegirse, independientemente de la buena fe plasmada en los contratos celebrados, que estos se han desnaturalizado, lo que implica el reconocimiento de una relación laboral. *Vid.* EXP. N° 3000-2006-IDNL (S).

¹¹⁸ Ley que regulada los servicios de tercerización. Publicado el 24 de junio de 2008.

¹¹⁹ Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización. Publicado el 25 de junio de 2008.

aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR¹²⁰ (en adelante el reglamento). Así, se entiende por tercerización a la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras siempre que estas asuman por su cuenta y riesgo los servicios prestados; 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. Notemos que de esta definición no se deslinda ningún tipo de limitación respecto de las actividades que pueden ser tercerizadas; sin embargo, el reglamento precisa que la tercerización regulada por la norma se aplica únicamente cuando se trata de servicios principales de la empresa que contrata los servicios, que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la ley y que se produzcan con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de la empresa principal¹²¹.



¹²⁰ Aprueban el Reglamento de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, que regulan los servicios de tercerización. Publicado el 12 de setiembre de 2008.

¹²¹ En palabras de Cadillo Ángeles, dicho reglamento contraviene el principio de jerarquía normativa dado que restringe indebidamente los supuestos de tercerización regulados por la Ley N° 29245. Vid. "Ámbito de aplicación del nuevo régimen sobre tercerización de servicios". En: Soluciones Laborales, Número 10, Gaceta Jurídica, Octubre 2008. Lima, pp. 6 y ss.

Cuadro 4¹²²



1. REQUISITOS Y CARACTERÍSTICAS

De esta manera, la tercerización que importa para los efectos de la ley es la que cumple con los siguientes requisitos:

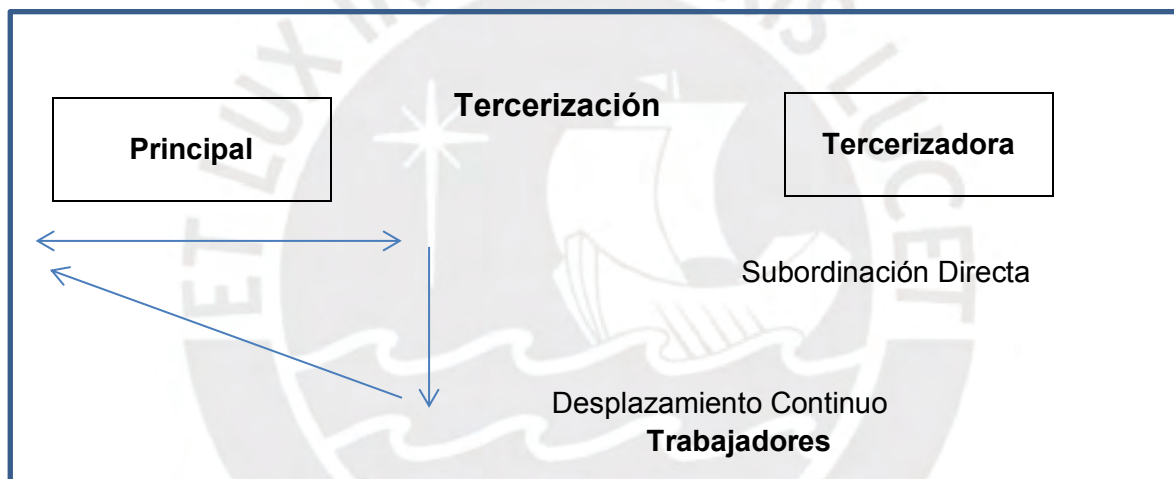
- Asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgo
- Contar con recursos propios: financieros, técnicos o materiales

¹²² Jorge, Toyama Miyagusuku. "Buenas prácticas en la legislación laboral peruana". Miranda&Amado. 20 de marzo de 2010.

- Ser responsable por los resultados de sus actividades
- Tener a sus trabajadores bajo su exclusiva subordinación.

El artículo 3 del reglamento de la Ley de Tercerización precisa que los requisitos señalados son copulativos, por lo que la inexistencia de alguno de ellos desvirtuaría la tercerización de servicios.

Cuadro 5



Al respecto, cabe precisar que la jurisprudencia reconoce que la tercerización de servicios es una forma moderna de organización empresarial, que permite que la empresa principal transfiera a la contratista ciertas etapas del proceso productivo, a fin de que esta las lleve a cabo de manera autónoma; no obstante, considera que la existencia de autonomía empresarial de la contratista constituye característica *sine qua nom* para la configuración de la tercerización; por lo que, la contratista deberá tener la capacidad empresarial, económica, financiera y logística que le permita asumir la tarea contratada bajo su propio riesgo, con sus propios recursos y sus trabajadores deberán estar bajo su exclusiva subordinación¹²³. Asimismo, señala como características de la tercerización de servicios la

¹²³ Exp. N° 2008-00055-0-0601-JR-LA-1

pluralidad de clientes, contar con equipamiento propio, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio

Respecto de la pluralidad de clientes, el reglamento ha efectuado un desarrollo particular derivado de las precisiones esbozadas en el Decreto Legislativo N° 006-2008-TR, considerando que no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- 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.
- 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. Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

En relación al equipamiento propio, se entenderá cumplido este requisito cuando las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella. 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. Esta precisión permite que las empresas no solo tengan dentro de sus activos las herramientas o equipos sino que, incluso, puedan ser obtenidas mediante otros medios como son el arrendamiento o el *leasing*.

Adicionalmente, el reglamento precisa que estos requisitos deben ser evaluados como indicios de la existencia de la tercerización de servicios, lo que importa es que se pruebe la existencia de autonomía empresarial, para ello se debe considerar la actividad económica,

los antecedentes, el momento del inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de la empresa principal y la tercerizadora.

Asimismo, se pueden presentar otras pruebas o elementos que demuestren la separación física y funcional de los trabajadores la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización, de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, activos intangibles como el *know how*, entre otros, que recaigan sobre la actividad de la empresa tercerizadora.

2. EL OBJETO DE LA TERCERIZACIÓN LABORAL

Como hemos venido mencionando el ámbito de aplicación de la ley de tercerización recae sobre las actividades que cumplan con dos condiciones:

- a. **Que se trate de actividades principales de la empresa principal:** Esta precisión es dada por el reglamento cuando la definición esbozada en el artículo 1¹²⁴ del mismo señala que la provisión de obras o servicios puede darse sobre **actividades vinculadas o integradas a la misma**, entendiéndose actividades principales y secundarias. Sin embargo, la precisión resulta útil pues como hemos visto al analizar la intermediación laboral, esta abarca la prestación de servicios complementarios, por lo que estos se encontrarían bajo su ámbito de aplicación, no pudiendo ser

¹²⁴ "Artículo 1.- Definiciones: Para los efectos de la Ley N° 29245 y del Decreto Legislativo N° 1038, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) Simple provisión de personal.- Es la cesión de trabajadores, la cual es considerada como ilícita, con excepción del destaque de trabajadores que se encuentra regulado en la Ley N° 27626, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, y sus normas complementarias y modificatorias. No constituyen una simple provisión de personal el desplazamiento de los trabajadores de la empresa tercerizadora que se realiza en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley, la tercerización sin desplazamiento continuo, el encargo integral a terceros de actividades complementarias, ni las provisiones de obras y servicios sin tercerización."

tercerizados, sino intermediados. De tal forma, cabe preguntarnos si las actividades complementarias, son servicios o tienen una diferente protección legal en la solidaridad; creemos que no.

b. Que exista desplazamiento continuo de personal: En el artículo 6 del reglamento se precisa que se entiende por **desplazamiento continuo** aquel que se realiza **de forma regular** entre la empresa tercerizadora y la empresa principal, configurándose la continuidad en los siguientes casos:

- Cuando el desplazamiento ocurre durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
- Cuando excede de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

En el primer supuesto, se incluirán aquellos servicios de tercerización que, pudiendo prestarse en el centro de trabajo de la tercerizadora, por lo menos un tercio de los días laborables, se prestan en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal. En el segundo supuesto, se ha regulado la temporalidad en un margen de horas y días a efectos de considerarla o no dentro del ámbito de aplicación de la ley de Tercerización, es decir, si no se computa la temporalidad establecida en la norma, en consecuencia no se origina solidaridad laboral ya que solo se trata de destaque de personal. No obstante, no se ha precisado si los márgenes son también de aplicación proporcional en los casos en los que la prestación del servicio tenga una duración menor a seis meses; en este caso, solo resulta aplicable el primer parámetro. Con lo último nos referimos a que no se ha precisado el caso de aquellos trabajadores destacados a empresas de indistintos clientes, de manera aleatoria que no pueden cumplir los mínimos temporales que señala el reglamento; situación en la que consideramos que sí existiría solidaridad laboral.

Hasta aquí, lo señalado solo abarca la temporalidad; sin embargo, también surge un factor importante en el hecho de que se exija el destaque de personal al centro de

trabajo o de operaciones de la empresa principal¹²⁵, así los supuestos en los que no exista destaque no se encontrarán dentro del ámbito de aplicación de la norma. Estas determinaciones resultan importantes, ya que esto fijará qué actividad de tercerización se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la norma incluyendo a la solidaridad entre ellas.

3. SUJETOS QUE INTERVIENEN EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

Las partes involucradas en la prestación de servicios de una empresa de tercerización de servicios son: la empresa principal, la empresa tercerizadora, y el personal destacado o desplazado.

La empresa principal es la que encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una empresa tercerizadora. Obsérvese que en la definición de empresa principal se deja abierta la posibilidad de delegar una o más partes de la actividad principal, con lo cual no se esclarece si es posible tercerizar todas las actividades de una empresa. Consideramos que la definición debió ser más explícita sobre el tratamiento de dichas situaciones ya que es conocido por todos que, tercerizar alienta el empleo de mano de obra desvinculada directamente con la empresa, toda vez que las empresas subcontratistas, al poseer expectativas de falta de prórroga de la vinculación mercantil con la empresa principal, evitan asumir compromisos laborales que excedan los correspondientes a la

¹²⁵ El Reglamento define a los centros de trabajo y centros de operaciones de la siguiente manera:

- **Centro de trabajo.** Es el lugar o lugares donde se encuentran las instalaciones de la empresa principal a la que es desplazado el trabajador de la empresa tercerizadora, bajo las órdenes exclusivas de su empleador.
- **Centro de operaciones.** Es el lugar o lugares determinados por la empresa principal que se encuentran fuera del centro de trabajo de aquella, donde el trabajador desplazado realiza sus labores, bajo las órdenes exclusivas de su empleador.

Como observamos, la diferencia es que mientras la primera se encuentra en las instalaciones de la empresa principal, la segunda se encuentra fuera de dichas instalaciones.

contratación mercantil; parte de ello también tiene que ver el tiempo de labores de desplazamiento de los trabajadores y la asunción del pago de sus beneficios sociales. Debemos entender entonces que es afirmativa la respuesta sobre el problema de la amplitud de esta definición .

Empresa tercerizadora es la 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. Definición bastante escueta, aunque, como veremos debido a que, si bien las características, elementos y límites de las empresas tercerizadoras, se encuentran en el contenido de la norma, por ser una definición clave, debió precisarse, por ejemplo, que deben ser autónomas o independientes; y que deben contar con sus propios recursos, ya sea en propiedad o en administración.

Por último, el personal desplazado o destacado está conformado por aquellos trabajadores de la empresa tercerizadora que son desplazados al centro de trabajo o de operaciones de la empresa principal, manteniéndose en todo momento bajo la exclusiva subordinación de la tercerizadora.

4. DIFERENCIA CON LA INTERMEDIACIÓN: TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS Y ESPECIALIZADOS.

Consideramos que esta diferenciación es de singular relevancia por la determinación de los alcances de la solidaridad dependiendo de si se trata de una intermediación o tercerización de servicios. Así, como hemos venido señalando la diferencia legislativa entre ambas instituciones resulta confusa y no acorde con las definiciones realizadas en la doctrina laboral.

Al respecto, Cesar Puntriano señala que:

“es interesante que a partir del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, 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 intermediación 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, 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. “¹²⁶

Como hemos explicado, en la intermediación existe un destaque de mano de obra por parte de la empresa intermediadora quien contrata a su nombre y a favor de una empresa usuaria a un trabajador, el que se encontrará bajo la dirección de esta última. En el caso de la tercerización existe la prestación de un servicio integral, ya no tratándose de una simple provisión de personal, sino que los trabajadores se encuentran bajo la dirección de la empresa tercerizadora o denominada también contratista.

En el desarrollo esbozado podemos identificar ciertas actividades que se encuentran regulados en la ley de intermediación que cumplen con los requisitos para ser considerados como un supuesto de tercerización, así encontramos a las empresas de servicios complementarios que, a decir de muchos, en realidad supone la tercerización de servicios complementarios, de esta manera, la línea delimitadora de ambas instituciones termina siendo difusa. Esto originó una serie de confusiones con motivo de la regulación de la tercerización, lo que como hemos señalado se reflejó en el ya citado Informe de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo¹²⁷. Así, Toyama Miyagusuku ha

¹²⁶ PUNTRIANO ROSAS, César. 2011. Los Efectos de la Subcontratación en las Relaciones Laborales: Análisis de la Responsabilidad Solidaria como Mecanismo de Tutela. Derecho y Sociedad, N°37, p. 152.

¹²⁷ Informe N° 49-2009-MTPE/9.110

entendido que la opción legislativa dada ha excluido a las actividades complementarias del ámbito de la tercerización, las que vendrían a ser reguladas por la intermediación laboral, y cuyo análisis ha sido explicado en el capítulo anterior.¹²⁸

Tratamiento aparte merecen las actividades especializadas, en este caso, el límite lo encontramos en la misma definición de actividad especializada que hemos reseñado líneas arriba. Las actividades especializadas que son susceptibles de intermediación son las que se encuentran referidas a la actividad considerada como “(...) *auxiliar, secundaria o no vinculada a la actividad principal que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados, tales como el mantenimiento y saneamiento especializados.*” De lo señalado, se deriva que respecto de las actividades especializadas que se encuentren relacionadas con la actividad principal de la empresa serán susceptibles de tercerización y **no** de intermediación. Entonces, también hablaríamos de la tercerización de actividades especializadas complementarias, que serían considerados como supuestos de intermediación. En relación a esto último, Puntriano también ha indicado que la regulación en materia de intermediación laboral debería armonizarse con la tendencia internacional de considerar como el destaque o suministro de mano de obra únicamente a la cesión temporal de trabajadores, que en nuestro caso ello se referiría a la intermediación laboral de servicios temporales, quedando los servicios complementarios y los especializados bajo la regulación de la tercerización.¹²⁹

En tal sentido, siguiendo el ejemplo citado en el capítulo de intermediación laboral respecto a la empresa dedicada a la venta de seguros vehiculares, en la que se intermedia una actividad de naturaleza complementaria de intermediación laboral cuyo personal destacado lleva a cabo la inspección de los sucesos o siniestros para determinarse si se aplica o no el

¹²⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob cit, p. 171.

¹²⁹ PUNTRIANO ROSAS, César. 2011. Los Efectos de la Subcontratación en las Relaciones Laborales: Análisis de la Responsabilidad Solidaria como Mecanismo de Tutela. Derecho y Sociedad, N°37, p. 152.

seguro vehicular, podría ser tercerizada una actividad especializada que se dedique a identificar situaciones de fraude o simulación que realicen los que tienen asegurados sus vehículos con la empresa aseguradora, a fin de aplicar de forma fehaciente el seguro. Para ello, una empresa tercerizadora podría desplazar personal a los espacios donde se dan los siniestros (asalto, choque) para constatar su veracidad y contaría con personal especializado y altamente calificado, a diferencia de la inspección que lleva a cabo el personal destacado por la entidad de intermediación laboral. Finalmente, es importante resaltar las diferencias que el citado autor identifica entre ambos institutos, conforme se aprecian del siguiente cuadro¹³⁰:

Cuadro 6

Intermediación	Tercerización
Destaque de mano de obra a la empresa contratante.	Se brinda un servicio integral a la empresa contratante que importa un destaque continuo de personal
Se prestan servicios en actividades principales de la contratante solo temporalmente bajo la modalidad de un contrato ocasional o de suplencia. También se realizan actividades complementarias o especializadas. “Tercerización de actividades complementarias” (incluidas las especializadas complementarias)	Se prestan servicios en actividades principales (temporales o permanentes) de la contratante, pero los alcances de la actividad principal comprenden actividades de soporte y que coloquialmente son complementarias.
Los trabajadores que realizan actividades principales temporalmente no podrán exceder del 20% del total de la planilla de trabajadores de la empresa usuaria.	No existe límite porcentual
La empresa debe inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de Intermediación.	Debe inscribirse en registros sectoriales o registrar la tercerización en la planilla electrónica.
El <i>service</i> sólo puede constituirse para destacar trabajadores, debiendo contar con un capital mínimo no menor al valor de 45 UIT.	La contratista se constituye para brindar un servicio integral. La provisión de mano de obra constituye solo una parte del servicio.

No hay deberes de información al personal sobre la intermediación.	Existe la obligación de información al personal sobre la tercerización con destaque continuo de personal.
Detracción de IGV (14%)	Detracción de IGV sólo en algunos supuestos.
Responsabilidad solidaria en el pago de todos los beneficios sociales hasta cuatro años de terminado el destaque y el service debe tener una fianza para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales.	Hay solidaridad del pago de beneficios sociales legales hasta un año de terminado el destaque. No existe obligación de entregar fianza alguna.

¹³⁰TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Ob cit. Pp. 191-192

III. LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

La solidaridad en la tercerización de servicios se encuentra regulada en el artículo 9 ¹³¹de la Ley, que señala que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales, así como por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. La norma establece que dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento y que la empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral. Adicionalmente, el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038 señala que *“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*

¹³¹ Artículo 9.- Responsabilidad de la empresa principal.- La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.”

a las de origen convencional o unilateral.” Como podrá apreciarse, la norma de tercerización no exige que el trabajador desplazado accione en primer lugar en contra de su empleador. Entonces, estamos ante una solidaridad directa que le permitirá al afectado solicitar a la empresa principal, alternativamente o en conjunto con su empleador original, el pago de su crédito. Esta peculiaridad, como lo hemos mencionado líneas arriba, permite diferenciar los tratamientos legales dados en nuestro país a la intermediación y a la tercerización laboral.

Ahora bien, habría que precisar que la solidaridad en la tercerización laboral solo se aplica en los casos en los que esta se desarrolle con desplazamiento de personal y por los beneficios que se hayan devengado durante el tiempo del destaque. Más adelante desarrollaremos con más detalles estos aspectos. Adicionalmente, debemos señalar que, al tratarse de una responsabilidad que es objetiva, basta con que ocurra el supuesto de la norma para que esta opere. Así, en los casos en que se demuestre que existen derechos laborales impagos operará la solidaridad de la empresa tercerizadora.

Como hemos mencionado, la finalidad de la norma es la protección de la remuneración en cumplimiento del artículo 24¹³² de nuestra Constitución, por ello, el fundamento es el principio protector que rige al derecho laboral. Por este fundamento, es que no entendemos la limitación de los alcances de la solidaridad a sólo las obligaciones laborales legales y no las convencionales o unilaterales¹³³. Si la finalidad es la garantía que se deriva del principio

¹³²“Artículo 24°.- El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”

¹³³ En este sentido se explica que no solo la fuente legal, concede derechos a los trabajadores, pues éstos también pueden provenir de otras fuentes igualmente válidas como un convenio colectivo, iniciativas unilaterales del empleador, el contrato de trabajo y la misma costumbre. Tales beneficios si bien es cierto no provienen de un mandato legislativo, sí derivan de fuentes propias del Derecho del Trabajo, que pese a ocupar una posición inferior a la legal, no dejan de proporcionar válidamente derechos a los trabajadores, por lo que dicha previsión

protector, del carácter alimentario de la remuneración y el derecho a la seguridad social, tal y como hemos mencionado en párrafos anteriores, ¿No resulta incongruente el limitar el alcance de la solidaridad a sólo los beneficios legales? ¿No es ello inconstitucional? Es más, esta limitación se contradice con la naturaleza de la solidaridad que se trata de aplicar, la obligación *in solidum* de la que hemos hablado. Pues, si existe una finalidad única en la solidaridad –el pago de obligaciones laborales adeudadas- ¿por qué diferenciar lo que debe la empresa principal de lo que adeuda la empresa tercerizadora, cuando ambas deberían obedecer a una finalidad única? Por ello, consideramos que no es posible que exista una obligación que pueda ser llamada “solidaria” en la que las obligaciones de los deudores sean diferentes, pues no se condice con el instituto que se trata de regular ni con la finalidad de esta. Volveremos sobre este punto cuando tratemos el alcance objetivo de la solidaridad.

1. LA SOLIDARIDAD EN EL ÁMBITO DE LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS O SERVICIOS

Como señalamos al inicio del capítulo, si bien la externalización de servicios que realiza un empresa principal respecto de sus actividades principales o las que son parte del proceso productivo puede terminar en una solidaridad laboral que es necesaria de regular, esta problemática puede acrecentarse cuando estamos en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios, porque su alcance material debería estar limitada al ámbito de la propia actividad de la empresa principal y la imposibilidad de exoneración por parte del empresario principal.

Ahora bien, según la doctrina se utiliza el término “subcontratista” para referirse al “realizador del servicio”, tanto si es el primer contratista como aquel que recibió el encargo de uno de los contratistas, en definitiva ambos terminan contribuyendo a la realización de

resultaría corta, insuficiente, poco garantista de los derechos de los trabajadores intervinientes en esta figura. Vid. DE LAMA LAURA, Manuel. “La responsabilidad solidaria de la empresa principal en la nueva Ley de Tercerización”. En: *Tercer Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. SPDTSS, Lima, 2008, pp. 131 y ss.

la actividad principal del empresario principal. Tal es el supuesto en el que una empresa principal realiza la construcción de un centro comercial, para la elaboración de las tiendas principales, y requiera contratar los servicios de una empresa dedicada a la actividad metalmeccánica, cuyo personal desplazado a la obra del empresario principal armará las estructuras metálicas según sus indicaciones iniciándose una relación de tercerización entre ellas. No obstante, esta última empresa podrá subcontratar los servicios de otra empresa, cuyo personal también será desplazado a las instalaciones donde se lleva a cabo la obra para prestar los servicios encomendados por la contratista. Esta última empresa podría, a su vez, subcontratar determinadas actividades que no puedan llevar a cabo y estaríamos ante una segunda subcontratista.

En el ámbito de la solidaridad, que sucedería con el incumplimiento del pago de las remuneraciones y beneficios del personal de una de las subcontratistas, quienes -si bien no pactaron con la empresa principal- tuvieron un acuerdo comercial con la empresa que sí contrato con la principal. Sobre el particular, se plantea la problemática de a quién atribuir la responsabilidad en este supuesto que se configura una cadena de contrata y subcontrata. Según la doctrina cabrían tres posibles soluciones¹³⁴:

- La aceptación plena del encadenamiento de contrata, lo que supondría que todas las empresas responderían solidariamente respecto de las empresas auxiliares situadas en eslabones inferiores, de esta manera, siguiendo el ejemplo, el empresario principal respondería frente a los trabajadores de la primera contratista, éste respondería respecto a los trabajadores de la primera subcontratista, y esta a su vez, respecto de la segunda subcontratista, si hubiere, y así sucesivamente.
- La empresa principal respondería respecto de todas las empresas auxiliares sucesivas, pero la responsabilidad solidaria no se impondría a las empresas auxiliares situadas en los eslabones intermedios de la cadena descentralizadora, su

¹³⁴ Gala Durán Carolina. En "Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios". Relaciones Laborales – Madrid – Tomo I Año 2003, pág. 138.

fundamento sería que la empresa principal es la destinataria final de la obra o servicio contratado.

- La denegación del encadenamiento, esto es, la empresa principal respondería de la primera auxiliar, la primera auxiliar de la segunda y así sucesivamente.

Respecto a estas tres posibles soluciones, que no han sido aclaradas ni por la Ley, ni por el Reglamento de Tercerización, Elmer Arce, César Puntriano Rosas, Omar Toledo, y en general la mayoría de la doctrina opta por la primera postura en razón de la relación que existe entre el empresario principal – contratista o empresario contratista – subcontratista, no obstante otro sector optar por proponer la última postura porque en determinados casos es inviable que el empresario principal controle la celebración de las sucesivas contrataciones.

Al respecto, a nivel jurisprudencial peruano, la postura mayoritaria sería la segunda, esta es, en la que se atribuye toda la responsabilidad al empresario principal junto con los contratistas y subcontratistas, a fin de garantizar las obligaciones de los trabajadores afectados. Nosotros compartimos esta postura, aunque es importante realizar las siguientes reflexiones.

En primer lugar, tal pareciera que la respuesta de la solidaridad en la cadena de contrataciones y subcontratas debiera encontrarse en la normativa civil, primero, porque no existe una solución concreta y, segundo, porque dicha normativa regula las obligaciones entre las relaciones contractuales para las realizaciones de obras o servicios. Sin embargo, considerando el fundamento desarrollado en el primer capítulo (principio protector), solo para efectos de determinar una solidaridad en el ámbito laboral de las contrataciones y subcontratas utilizaremos algunos elementos o criterios de la normativa civil de forma supletoria para determinar qué tipo de responsabilidad laboral. De esta manera, si consideramos que en la normativa civil es el contratista responsable del trabajo ejecutado por las personas que ocupan en la obra, lo que supondría que, aun cuando se subcontrate la obra, va seguir siendo responsable directo frente al empresario principal, incluso por las

labores que cumplió el subcontratista; podríamos llegar a una primera conclusión, afirmando que la empresa principal asumiría las obligaciones que se tengan, tanto respecto del personal desplazado por la contratista como de la subcontratista, porque fue en sus instalaciones donde se llevaron a cabo los servicios para la culminación de la obra.

En segundo lugar, aplicando supletoriamente la normativa civil, si la empresa principal pacta de forma expresa en el contrato de tercerización celebrado con la contratista que el servicio de metalmecánica solo deberá ser prestado por ésta y no a través de subcontratistas, exonerándose de cualquier responsabilidad ante el incumplimiento de las subcontratistas con su personal; creemos que en el ámbito laboral no podría ser aplicada esta cláusula, dada la naturaleza alimentaria de las obligaciones, como serían los salarios o remuneraciones del personal perjudicado, más si finalmente el beneficiario final de la obra fue la empresa principal. Una postura un poco general y abstracta, es que la responsabilidad del empresario principal en el supuesto de una cadena de contrata o subcontratas esté condicionada por varios factores, y por tanto, la solidaridad dependa de las circunstancias presentes en cada caso en concreto, lo cual evidentemente generaría una situación de desprotección a favor de los trabajadores perjudicados con el incumplimiento de la contratista o subcontratista.

Finalmente, si interpretamos históricamente el sentido de la responsabilidad en el ámbito de las contratistas y subcontratistas debemos tener en cuenta la Resolución Suprema N° 27 (15/03/1958)¹³⁵ la cual, sin que en aquél entonces se aplicarían los procesos de externalización como ahora, que si son utilizados de forma frecuente, y por el contrario el empleador era el único que asumía el pago de todos los trabajadores que participaban en el proceso productivo, ya se había establecido una responsabilidad directa entre el dueño de la obra, los contratistas, subcontratistas y terceros (trabajo autónomo) que participarán

¹³⁵ Esta resolución establecía que el propietario de la obra era solidariamente responsable, junto con los contratistas, subcontratistas o destajeros en el cumplimiento de las obligaciones salariales y económicas del personal a su cargo. Para lo cual tales sujetos debían ofrecer una garantía suficiente para responder, dentro de los términos de los contratos por el pago de los beneficios sociales de sus trabajadores.

en la obra respecto a las obligaciones salariales de los trabajadores, para lo cual se exigía la emisión de una carta fianza, esta situación no tendría por qué cambiar, sino más bien, establecerse mayores mecanismos de protección a favor de los trabajadores que muchas veces laboran en situación informal, debiendo el ordenamiento laboral protegerlos ante el incumplimiento de sus empleadores reales.

Por lo tanto, consideramos que la solidaridad laboral en el ámbito de las contrata y subcontratas debe involucrar al empresario principal o dueño de la obra que se beneficia con los servicios de los trabajadores que participan en ella, indistintamente si provienen de la contratista o subcontratista, que si bien no fue contratada directamente por él, deberá asumir el riesgo pero de forma subsidiaria, en defecto del incumplimiento de la contratista o subcontratista, y podrá luego hacer valer su derecho de repetición, pudiendo establecer mecanismos de control y supervisión para evitar situaciones de responsabilidad. Obviamente, de cancelar los derechos de los trabajadores de los contratistas y subcontratistas, la empresa principal podría repetir posteriormente contra éstas.

2. ALCANCES DE LA SOLIDARIDAD LABORAL EN LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS

De otro lado, como hemos señalado, en todo supuesto de responsabilidad es importante determinar aspectos referentes a lo que se adeuda (el objeto) a quién se extiende (el sujeto) y el límite temporal, entendido como la vigencia de la posibilidad de ejercitar el derecho de acción.

- a. Alcance objetivo de la solidaridad laboral:** Como hemos señalado, las normas que regulan la tercerización indican que lo que es objeto de la responsabilidad solidaria entre la empresa tercerizadora y la empresa principal es el pago de los derechos, beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Adicionalmente, el Decreto Legislativo N° 1038 precisa que esta se extiende sólo respecto de las

obligaciones legales y no las convencionales ni unilaterales. De esta manera, la norma precisa los siguientes límites:

- Derechos y beneficios laborales de carácter legal: El primero de estos límites, como hemos adelantado en el párrafo anterior, nos lleva a cuestionar el porqué de esta limitación. Así, si la finalidad es de garantía de los derechos laborales que se adeuden no se entiende por qué la solidaridad no se extiende a los beneficios laborales convencionales y a los unilaterales.

A decir de algunos, la precisión del Decreto Legislativo era acertada porque la empresa tercerizadora no tenía manera de conocer de la existencia de estas obligaciones.¹³⁶ Sin embargo, como hemos mencionado el fundamento de la solidaridad es la garantía de las acreencias del trabajador, por lo que el principio protector obligaría a que se garantice la totalidad de las deudas laborales.

Asimismo, no se puede discriminar por la fuente de la que nace el beneficio, recordemos que el derecho laboral regula derechos considerados como mínimos absolutos, es decir que pueden ser mejorados, por lo que no se entiende el motivo de la diferenciación¹³⁷.

Si el problema que trataba de sanear el Decreto Legislativo era la asimetría informativa, pues debió establecer obligaciones de información y coordinación entre las empresas tercerizadora y principal, no, simplemente, retirar del ámbito de aplicación a estas obligaciones que nacen de fuentes legítimas y que son exigibles por cualquiera de los trabajadores de la empresa tercerizadora. Esta asimetría informativa, también podría ser

¹³⁶ SOLUCIONES LABORALES. Comentario del 27 de junio de 2008. “Precisiones a la Ley de Tercerización generan reacciones diversas”. Boletín Laboral y Alerta Laboral. Consulta: 20 de noviembre de 2010. <http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/junio/detalle_27_06.html>

¹³⁷ DE LAMA LAURA, Manuel, *Ibidem*.

combatida por la empresa principal mediante una comunicación con el sindicato de trabajadores de la empresa usuaria o, directamente con los trabajadores de la misma. Puede decirse que esto generará mayores costos de transacción; sin embargo, la solidaridad nace como un supuesto que genera un traslado del riesgo a la empresa principal respecto de la fiscalización sobre el respeto y pago de los beneficios laborales con los que cuentan estos trabajadores.

Podemos concluir que la responsabilidad solidaria en la tercerización de servicios se ha visto limitada injustificadamente. Adicionalmente, la ley debió diferenciar los casos específicos de algunos regímenes laborales especiales en las obligaciones consideradas como legales nacen de la celebración de convenios colectivos, como en el caso de Construcción Civil, por ejemplo. En estos casos, es obvio que no resultará de aplicación la limitación reseñada por la ley.

- Que se hayan originado durante el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado: Esta precisión, también nos genera dudas respecto de la aplicación práctica de este supuesto. Así, como hemos visto la norma se aplica para los casos de destaque continuo de personal, señalando que existe continuidad en los siguientes casos:
 - (i) Cuando el desplazamiento ocurre durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
 - (ii) Cuando excede de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

Es decir que la norma admite la existencia de casos en los que el destaque puede ser parcial durante la ejecución del contrato civil o comercial celebrado entre la empresa tercerizadora y la principal. De esta manera, habrá que delimitar los supuestos sobre los que se extiende la solidaridad ligadas con

cada caso concreto. Imaginemos el caso de una auditoría contable que dure quince días, de entre los cuales el auditor deberá asistir a la empresa principal durante seis días como mínimo, entonces en este supuesto, el trabajador sólo podrá reclamar solidariamente el pago por esos seis días en los que hubo destaque, no extendiéndose al resto de días, lo que sería un absurdo.

Consideramos que esta limitación no debió de ser establecida, pues el carácter tuitivo de la solidaridad no lo permitiría. En consonancia con dicho principio la solidaridad debió extenderse para toda la duración del contrato civil o comercial celebrado entre la empresa usuaria y la principal, toda vez que ya se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la norma. Así, el desplazamiento continuo como carácter de aplicación sólo es relevante en la medida en que asegura un tiempo suficiente para determinar una injerencia mayor de la empresa principal en la actuación de la intermediadora, la misma que obligaría a esta a una mayor fiscalización en el cumplimiento de las obligaciones laborales, no en la imputación de la solidaridad.

- b. Alcance subjetivo:** Se refiere a los sujetos considerados como obligados por la solidaridad. Este límite en la tercerización alcanza gran relevancia, pues como bien ha precisado el reglamento, normalmente ocurre que las empresas tercerizadoras, encomiendan a su vez, alguno de los aspectos relacionados con el servicio que van a brindar. Si bien el Reglamento ha establecido que la responsabilidad solidaria alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista; esta determinación abierta y por los fundamentos explicados anteriormente, se entiende que no sólo se extiende la solidaridad hasta el segundo nivel de subcontratación si no, también a los sucesivos en la medida en que exista desplazamiento de personal.

De esta manera, hubiera sido ocioso que la norma mencionara la existencia de una sub subcontratista, pues esto ya se derivaba de la primera disposición complementaria y final de la ley, que señalaba que la empresa tercerizadora podía subcontratar siempre que la subcontratista cumpla con los requisitos de ley; así la norma no limita la subcontratación y la aplicación de la ley, por ende, tampoco la aplicación de la solidaridad.

Lo señalado se deriva de la finalidad de la solidaridad establecida, la garantía del pago de los derechos laborales adeudados, fundamentados en el principio protector y en el carácter alimentario de la remuneración y el derecho a la seguridad social.

Así, en el caso que hemos planteado, imaginemos que existe un tercer nivel en el que la empresa de pintura contrata con otra la labor de empaste de las paredes que, finalmente esta va a pintar. En este caso, ante la existencia de adeudos laborales por parte de la empresa “empastadora” respecto de los trabajadores que fueron destacados al edificio resultan obligados solidariamente tanto la empresa de pintado, la empresa constructora y la inmobiliaria. Cumpliendo aún de mejor manera la función de garantía, pues existen más obligados contra los que estos trabajadores pueden reclamar.

- c. **Alcance temporal:** La norma señala que la responsabilidad solidaria se extiende por un año, contado a partir de la culminación del destaque, quedando –durante los tres años restantes- la empresa tercerizadora como obligada única del pago de los beneficios laborales del trabajador.

Sobre el particular, consideramos que la limitación no resulta razonable, en tanto más parece una limitación arbitraria. Claramente se advierte una limitación temporal que reduce la garantía ante los adeudos laborales. La consideración negativa se agrava más aún si tenemos en cuenta que el trabajador podría seguir laborando para la empresa tercerizadora, pero destacado ante otra empresa principal. En este

caso, incluso la diferencia sería mayor, pues la prescripción laboral de cuatro años se cuenta desde el momento en que se extingue la relación laboral.

En el caso de la tercerización, este plazo se cuenta desde el momento en que terminó el destaque, suceso equiparado con el de la extinción. Así, este límite podría terminar permitiendo maniobras elusivas por parte de las empresas principales para escapar a la solidaridad, por ello es que el recorte de este plazo no resulta razonable. Por otro lado, podría cuestionarse qué justifica el tratamiento diferenciado con la intermediación que si cuenta con un plazo de cuatro años. Aún más, teniendo en cuenta que en nuestro país la intermediación abarca supuestos de tercerización de actividades complementarias; en los que, los mismos supuestos de la tercerización se cumplen.

Por lo señalado, y por la finalidad de la solidaridad es que consideramos que se debe extender la solidaridad por los cuatro años siguientes al término del destaque, tal y como se regula en la intermediación laboral. Hay que recordar que estamos frente de derechos derivados de la relación laboral, tal y como menciona el artículo único de la Ley N° 27321. El derecho de acción debería persistir durante este lapso por lo menos.

3. SUPUESTOS DE DESNATURALIZACIÓN

Como mencionamos anteriormente la desnaturalización de la tercerización acarrea la consideración de que los trabajadores de la empresa tercerizadora son trabajadores de la empresa principal, ello en aplicación del principio de primacía de la realidad. Por eso, en caso de que existan derechos laborales impagos, el trabajador podrá accionar contra ambas empresas, las que son “solidariamente” responsables por los beneficios laborales adeudados desde el momento en que inició el desplazamiento. De esta manera, la parte del empleador ya no es ocupada por un solo sujeto, si no por ambos, los que conjuntamente

adeudan una sola obligación: los beneficios laborales como contraprestación por los servicios prestados.

En este caso, tal como hemos mencionado en los supuestos de desnaturalización de la intermediación, la solidaridad nace por aplicación del principio de primacía de la realidad. Y como la obligación no resulta solidaria por disposición legal ni por disposición expresa del contrato, debe entenderse como una que es indivisible, por la naturaleza de la prestación adeudada, la que tendría la consecuencia de generar la posibilidad de que el acreedor se dirija indistintamente contra cualquiera de los deudores. Sobre la desnaturalización, el reglamento establece que esta se produce cuando:

- a. **Del análisis razonado se verifica la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora:** Este supuesto debe ser interpretado teniendo en cuenta una lectura conjunta de los artículos 2, 5 de la Ley, y 1 del Decreto Legislativo N° 1038. Así, debemos entender que la no concurrencia de los requisitos necesariamente acarrearía la desnaturalización; pues lo que define es una simple subcontratación o tercerización de servicios autónomos. Sin embargo, el problema y las críticas surgieron con la regulación de las características que fueron entendidas, en un principio como taxativas.

Sin embargo, esta limitación fue salvada por el reglamento que señaló que estos constituyen indicios de la autonomía empresarial que deberán ser evaluados en cada caso concreto, pudiendo la empresa tercerizadora y la principal otorgar elementos de juicio que demuestren la autonomía empresarial de la tercerizadora. Entonces este es el elemento que importa y que determina a la tercerización como tal: la autonomía empresarial.

La autonomía empresarial determina que no se trate de una simple provisión de personal, supuesto prohibido por todos los artículos a los que hemos hecho referencia. La consecuencia de que se comprueba la simple provisión será considerar al trabajador desplazado como trabajador de la empresa principal.

b. Los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal:

La autonomía empresarial a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior obliga a que la empresa tercerizadora mantenga la exclusiva organización del trabajo, la dirección y supervisión de sus trabajadores. De la no existencia de este requisito, naturalmente se aplicará la consecuencia de que, por aplicación del principio de primacía de la realidad, la empresa principal será considerada como empleadora del trabajador destacado. Estos dos supuestos no califican como desnaturalizados propiamente, toda vez que aluden a situaciones en las cuales no existió una tercerización de servicios, sino una mera provisión de personal, es decir, estamos ante un negocio jurídico que nació inválido debido a que no contaba con los requisitos esenciales mínimos. Riesgos que pueden ayudar a determinar si una tercerización es un simple destaque de personal pueden ser por ejemplo que el personal de la tercerista firmen un cuaderno de asistencia, que tengan el fotocheck de la empresa principal, que sea la oficina de recursos humanos de la principal la que los amoneste, que los trabajadores tengan que reportar al supervisor de la empresa principal, entre otros.

c. Prestación de servicios luego de que se produce la cancelación del registro de la empresa tercerizadora:

Si bien el registro de empresas tercerizadoras termina siendo un mero trámite administrativo de aprobación automática cuya fiscalización opera ex post, su pérdida genera la desnaturalización de la relación laboral; sin embargo, esta desnaturalización opera lentamente, dando un plazo de treinta (30) días calendario a las empresas principales para que se adecuen a las consecuencias de la pérdida del registro de la empresa tercerizadora que le

prestaba servicios. Transcurrido este plazo, se tendrá que los trabajadores que sigan laborando sean considerados como trabajadores de la empresa principal.

Adicionalmente, consideramos que en los supuestos de tercerización no regulados por la ley, en los que se compruebe que no existe autonomía empresarial o que los trabajadores se encuentran bajo la subordinación de la empresa principal se deberá aplicar la misma consecuencia. Es decir, que opera la desnaturalización de los contratos civiles celebrados entre la empresa principal y la tercerizadora. Ello en aplicación del principio de primacía de la realidad e igualdad ante la ley.

De otro lado, la jurisprudencia laboral considera que la tercerización se desnaturaliza

“cuando se incumplen normas jurídicas y se transgrede el ordenamiento jurídico, convirtiéndose la empresa tercerizadora en una empresa cascara que actúa únicamente como testaferra de la empresa principal, limitando su actividad a una simple provisión de personal, hecho que en nuestro ordenamiento jurídico es considerado ilícito y la consecuencia jurídica es que el personal dependiente de la empresa contratista sea incorporado como trabajador de la empresa principal”¹³⁸.

Asimismo, no podemos dejar de señalar, a manera de resumen, que el profesor Arce ha identificado los tres principales supuestos en los que se podría producir el fraude en el empleo de la tercerización.

- Cuando la contratista sea una “empresa pantalla” estructural, por cuanto todos sus negocios jurídicos con otras empresas principales se entablan sin contar con un soporte empresarial básico que les permita dirigir la labor de sus trabajadores.

¹³⁸ Exp. N° 2008-00055-0-0601-JR-LA-1

- Cuando la contratista sea una “empresa pantalla” coyuntural”, en la medida que tiene recursos materiales propios pero no los utiliza en negocios jurídicos puntuales. Esto es, normalmente cuenta con una actividad empresarial propia, al tener trabajadores y medios de producción, pero en ciertos negocios jurídicos actúa como prestamista laboral.
- Cuando la contratista tiene elementos materiales personales propios, sin embargo esta situación es meramente formal. Es decir, cuenta con una infraestructura suficiente, pero deja el poder de dirección en manos de la empresa principal. Aquí, el problema está en que la contratista sería sin lugar a dudas un empresario mercantil real o verdadero, aunque al no ejercer su poder de dirección no puede ser considerado empleador. En este supuesto el fraude sería evidente¹³⁹.

En estos supuestos, se evidencia una clara intención de cubrir con el manto de la tercerización meros supuestos de provisión de personal, a fin de no hacerse cargo de las cargas laborales que ese personal implica. Claro está, que en estos tres supuestos la consecuencia lógica sería la determinación de la relación laboral con la principal.

IV. CONCLUSIONES

Se podrá incurrir en supuestos de responsabilidad solidaria ante una tercerización cuando exista destaque de personal a la empresa principal y por los beneficios impagos devengados como consecuencia del destaque. En efecto, la solidaridad laboral en la tercerización de servicios se encuentra actualmente regulada por ley, estableciéndose que su alcance objetivo se limita al pago de las obligaciones de seguridad social devengadas

¹³⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Subcontratación entre empresas...* Ob. cit., pp. 27-28

durante el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado y a los derechos y beneficios sociales regulados específicamente por ley.

Cabe indicar que consideramos que dicho límite al alcance objetivo nos resulta injustificable; pues consideramos acertado señalar que la construcción de una institución de la solidaridad laboral en un supuesto de tercerización debería tener un alcance objetivo que, en pro del principio protector del derecho del trabajo, cubra todas las acreencias del trabajador, inclusive las acordadas de manera convencional o las otorgadas de forma unilateral por el empleador, dado que constituyen fuentes legítimas de nacimiento de beneficios laborales y no hay razón alguna para que se les excluya del alcance objetivo.

En relación al alcance subjetivo, resulta evidente que la responsabilidad solidaria alcanza no sólo a la empresa principal, al contratista y al sub contratista; por el contrario, esta responsabilidad se extiende también a todos aquellos que se encuentren subcontratados por el primer subcontratista, en tanto exista desplazamiento temporal. De otro lado, en relación al alcance temporal, la norma establece que la responsabilidad solidaria se extiende hasta por un año, contado a partir de la culminación del destaque; a cuyo término la empresa tercerizadora será la única obligada a efectuar el pago de los adeudos laborales correspondientes, conforme lo establece la ley de prescripción laboral. También en este caso, al igual que en la intermediación, la desnaturalización de la tercerización ocasiona la aplicación del principio de primacía de la realidad y genera la inclusión de los trabajadores de la empresa tercerizadora en la empresa de la planilla principal.

Después de analizar los supuestos de solidaridad y desnaturalización, debemos precisar que la solidaridad termina por trasladar el riesgo respecto del control de la legalidad y cumplimiento de normas laborales, por parte de la empresa tercerizadora, a la empresa principal. La razón es simple: el temor a la solidaridad y a la inclusión de los trabajadores de la tercerizadora en la planilla de la empresa principal. En este sentido, teniendo en cuenta que el contrato que vincula a ambas empresas es uno de naturaleza civil, se pueden

establecer mecanismos que aseguren el cumplimiento. Se podría incluso regular el otorgamiento de una fianza solidaria que opere en caso de incumplimiento en el pago de los beneficios laborales. Así, la empresa principal en ejercicio de su libertad contractual, puede determinar libremente el contenido del contrato y asegurar la posición de los trabajadores que son destacados a su empresa.

En otros casos, también han surgido mecanismos de control autónomos, los que nacen del concepto de responsabilidad social empresarial o de los códigos de conducta que mantienen las empresas matrices respecto de sus filiales, entendidas como aquellas con las que subcontrata ciertas actividades. En este sentido, la fuerza económica de quienes contratan podría terminar por significar la garantía de los beneficios laborales.

Uno de los casos emblemáticos sucedió en el Perú, en la oportunidad en que la empresa TOPY TOP S.A. efectuó sendos despidos nulos con motivo de la constitución del sindicato de trabajadores de la empresa. Ante esto, las marcas Inditex y GAP, quienes compraban los productos que TOPY TOP producía supeditaron dicha relación comercial al cumplimiento de buenas prácticas laborales y al respeto de los derechos de los trabajadores. Lo que culminó en la firma de un acta de acuerdo, de reconocimiento del sindicato, reposición de los trabajadores despedidos y pago de adeudos laborales.¹⁴⁰

Finalmente, dentro de los mecanismos de control podemos citar la inscripción obligatoria que establece el MTPE en el RENECOSUC, el cual a la fecha viene a través de los inspectores de trabajo verificando si el personal desplazado a una obra está incluido en la planilla electrónica así como esté protegido tanto en materia de seguridad y salud en el trabajo y seguridad social, de esta manera puede constatarse en caso de incumplimiento

¹⁴⁰ MENDOZA, Raúl. 2007. Detalle de notas del 18 de agosto de 2007. "Reclamar no es un delito". La República.pe. Consulta: 20 de noviembre de 2010. <<http://www.larepublica.pe/archive/all/domingo/20070819/1/node/40642/todos/1558>>

qué empresas contratistas y subcontratistas deberían responsabilizarse. Al respecto, ver el anexo que va al final de la tesis respecto del número de empresas registradas en el RENECOSUC en el MTPE.



CAPÍTULO IV. SOLIDARIDAD LABORAL EN EL GRUPO DE EMPRESAS

I. LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA DEL EMPLEADOR EN EL DERECHO DEL TRABAJO ACTUAL

Como señalamos al inicio de esta investigación, la relación laboral, como toda relación jurídica, tiene como presupuestos a los sujetos: empleador y trabajador. Desde los inicios del Derecho Laboral esta ha sido una relación que se caracterizó tener siempre a dos sujetos plenamente identificados con una única entidad. Por un lado, tenemos al trabajador que es la persona que realiza un prestación personal y subordinada a cambio de la remuneración, en este caso, observamos que la persona está ligada a la prestación misma en una unión indisoluble, no podemos hablar en este caso de que pueda existir una parte subjetivamente compleja, el prestador del servicio solo será uno; pensar que en una relación laboral puedan existir más de un solo sujeto, significaría hablar de cualquier otro tipo de relación jurídica más no de una laboral, porque como lo señala Jorge Toyama, *“la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personalísima –‘intuitu personae’– y no puede ser delegada a un tercero. Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso del trabajo familiar)”*¹⁴¹.

Ahora bien, con respecto al otro sujeto de la relación laboral, no existe una definición de lo que debemos entender como empleador. Nuestra normativa no la define y lo más cercano a una regulación lo tenemos en el artículo 9° de la LPCL, que regula el poder de dirección de empleador respecto de los trabajadores. Quizás esta ausencia de definición de empleador en nuestra normativa general laboral se deba a que para el Derecho del Trabajo, como lo resalta Sanguinetti, el empleador es un personaje “sin rostro”; vale decir, un sujeto

¹⁴¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Los Contratos de Trabajo y otras Instituciones del Derecho Laboral. Primera edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. p. 49.

que, pese a que puede ingresar al entramado jurídico de diversas formas, le interesa a aquel como sujeto que contrata la prestación de trabajo a realizar por el trabajador¹⁴². Esta ausencia evidenciaría un claro propósito histórico y garantista, en tanto lo que se procura es no dar mayores elementos que nos permitan asegurar la mayor extensión posible del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo¹⁴³. En tal sentido, si no hay precepto normativo que nos permita limitar la consideración de empleador a algunas cuantas personas jurídicas, por qué no entender que tal consideración puede otorgársele a cualquier ente con o sin personalidad jurídica¹⁴⁴.

Si nos atenemos a lo que los artículos 4° y, principalmente, 9° de la LPCL indican¹⁴⁵, se puede colegir válidamente que lo que importa en realidad al legislador es la regulación del ejercicio del poder dirección en vez de preceptuar quienes lo ejercen. De esta manera, la noción de empleador debe perseguir la identificación de aquel que asuma la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador¹⁴⁶ sea, reiteramos, un ente con personalidad jurídica o no.

¹⁴² Vid. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Las transformaciones del empleador y el futuro del derecho del trabajo". En: *Relaciones laborales*. Año XXV. La Ley. Madrid. Abril 2009, p. 19.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Vid. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual del Trabajo. Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores, Lima, 2008, p. 148.

¹⁴⁵ Artículo 4. - En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. (...)

Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las 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. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

¹⁴⁶ Vid. ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho individual... Op cit*, p. 119.

Pese a lo anotado, consideramos preciso recoger algunas impresiones relativas al concepto de empleador, sobre todo del ámbito español en donde hay más luces al respecto además de una norma que sí define al empresario. Sobre el particular, Alonso García, parafraseando al Estatuto de los Trabajadores, define al empleador como *“toda persona natural o jurídica que se obliga a enumerar el trabajo prestado por su cuenta haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación”*¹⁴⁷.

Asimismo, Alonso Olea señala que empresario o empleador, *“es la persona a la que como consecuencia del contrato de trabajo se presta trabajo y hace suya la utilidad del mismo, remunerándolo”*¹⁴⁸. En esa línea, ante las definiciones propuestas sobre la base del Estatuto de los Trabajadores, Toyama nos señala que

*“no importan la calidades profesionales o personales del empleador, su configuración jurídica en la que resulta indiferente el régimen legal bajo el cual se acoge en empleador (entidades de Derecho Privado o de Derecho Público) o la finalidad misma de la organización. Lo relevante es que aquel sea quien reciba los servicios y que a su vez reúna las características de ajenidad y dependencia”*¹⁴⁹.

Se observa que lo relevante para identificar al empleador como centro de interés de la relación laboral, es que reciba el servicio; vale decir, ser el beneficiario de la prestación ejecutada por el trabajador que puede ser una prestación de hacer o una de hacer que derive en una dar. Asimismo, otra característica es la ajenidad, es decir, un trabajo prestado para otra persona, donde los frutos como los riesgos de la actividad son asumidos por el empleador. Igualmente, es necesario para identificar al empleador que se presente la dependencia o subordinación implica la presencia de las facultades directriz, normativa y disciplinaria que tiene el empleador frente a un trabajador.

¹⁴⁷ ALONSO GARCIA, Manuel. “curso de Derecho del Trabajo”. Séptima edición actualizada. Editorial Ariel. Barcelona, 1981. p. 307.

¹⁴⁸ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. “El Derecho del Trabajo”. Duodécima edición, revisada. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, sección publicaciones. Madrid, 1991. p. 161.

¹⁴⁹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral. En: *Ius et Veritas* N° 40. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 2010. p. 150.

Ahora bien, la producción de la empresas desde los inicios de la revolución industrial estuvo marcada por sistema de organización del trabajo destinadas a obtener una mayor producción a bajo costo, así tenemos la aparición de “filosofías de organización” como son el Taylorismo, el Fordismo y el Toyotismo, que básicamente fueron creadas para buscar una optimización de los recursos mediante una cadena de producción donde los costos por pieza producida fueran mínimos, que transformaron a los sujetos de la relación laboral en sujetos con elementos caracterizadores perfectamente definidos. Estábamos frente a relaciones laborales donde se podía identificar el papel del trabajador en el proceso productivo, pero además el empleador también tenía una concepción unitaria que le permitía en forma absoluta controlar la prestación personal del trabajador¹⁵⁰.

En este contexto histórico, identificar al empleador era simple y sencillo pues estaba personificado por la empresa donde se realizaba todo el proceso productivo. Así, por ejemplo, en una empresa embotelladora de gaseosas todos los aspectos de la producción de la bebida se realizaban en un mismo lugar, y todos los trabajadores eran parte de la empresa y estaban bajo la supervisión del empleador.

Es precisamente esta situación la que nos describe la normativa laboral actual en muchos aspectos, pues su regulación está pensada para un “empleador unitario” donde el obligado de los derechos laborales individuales y colectivos está perfectamente identificado. Así, en este esquema era sencillo identificar al acreedor de los derechos laborales y exigir a nivel administrativo o judicial que los mismos sean cumplidos.

¹⁵⁰ ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencia”. Palestra Editores. Lima. Perú, 2008. p. 34.

Sin embargo, el modelo de producción capitalista ha tenido cambios radicales a la par del avance tecnológico de las últimas décadas. El mundo pasó de un modo de producción en serie a un sistema de producción flexible. Ya no se busca producir en serie ni saturar el mercado de productos; sino, solo se busca satisfacer las distintas preferencias de los consumidores. Y ello, se puede conseguir con empresas más especializadas y de menor dimensión. Así,

“la idea central de esta novedosa estrategia organizativa es que si la empresa pretende destacar en un mercado cada vez más competitivo, entonces debe reducir sus dimensiones con el objeto de tomar decisiones rápidas y eficaces. La adaptación a un mercado cambiante y flexible, requiere también estructuras organizativas empresariales de corte flexible. No obstante, esta tendencia de empequeñecimiento de la empresa es más que un empequeñecimiento de la personalidad jurídica de la misma, ya que la actividad empresarial sigue siendo la misma sólo que ahora se realiza a través de otras personas jurídicas que colaboran con ella”¹⁵¹.

De este modo, desde nuestra perspectiva, debemos pensar que la relación obligatoria laboral puede también ser una obligación subjetivamente compleja respecto de la parte empleadora, donde podrían identificarse dos o más personas que en su conjunto cumplan el papel de empleador. Lo que también abre la posibilidad de que se presenten supuestos en los cuales todos estos “empleadores” puedan ser deudores laborales del trabajador, y lo que precisamente plantea la interrogante respecto de la solidaridad respecto de esta deuda. El Derecho Laboral ha estudiado muy poco este tema hasta ahora; y es que, dentro del modelo “fordista” era impensable que puedan darse supuestos de relaciones laborales subjetivamente complejas y menos aún supuestos de solidaridad de créditos laborales.

Por ello, más allá de algunas normas recientes, la solidaridad laboral no ha tenido mayor desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico, por lo cual, tomando como base los conceptos

¹⁵¹ ARCE OTIZ, Elmer. Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Primera edición. Palestra. Lima, 2006.p. 12.

señalados, trataremos de hallar una justificación para la solidaridad laboral que no siga los postulados civiles, considerando que la figura del empleador se ha complejizado.

II. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL GRUPO DE EMPRESAS

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, “grupo” es definido como la *“pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”*¹⁵²; por lo que, para su configuración, se requiere de la existencia de una pluralidad de seres o cosas, así como de un nexo o vínculo que nos lleve a mantener una apreciación lógica de conjunto.

Esta primera definición, trasladada al “grupo de empresas” nos lleva a pensar en una pluralidad de unidades empresariales que se encuentran vinculadas económicamente de tal manera que generan una lógica de conjunto. En el campo del derecho del trabajo, Plá Rodríguez los ha definido como el *“conjunto de empresas aparentemente autónomas pero sometidas a una dirección económica única”*¹⁵³. De otro lado, Ermida Uriarte los define como

*“el conjunto de empresas, formal y aparentemente independientes, que están sin embargo, recíprocamente entrelazadas, al punto de formar un todo complejo pero compacto, en cuanto responde a un mismo interés. El poder económico se sitúa a nivel del grupo y no a nivel de cada empresa componente, aún cuando los derechos y obligaciones respecto de los terceros nazcan a nivel de cada una de ellas. Existe unidad profunda bajo la pluralidad de personas aparentemente distintas. Por ello, el grupo se convierte, en definitiva, en la única y verdadera empresa subyacente”*¹⁵⁴.

¹⁵² Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, España, 2001, Vigésima segunda edición, Tomo 6, p. 786

¹⁵³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “Los grupos de empresas” en Revista Civitas, nº 6, abril-junio 1981, Madrid, pág. 187.

¹⁵⁴ ERMIDA URIARTE, Oscar, Empresas multinacionales y Derecho laboral, Ed. Amalio Fernández, Montevideo, 1981, pág. 73.

En la doctrina nacional, Arce Ortiz define los grupos de empresa como *“la situación de varios empresarios (generalmente sociedades) jurídicamente independientes que, por estar sometidos a una dirección única de contenido general (basada en la participación, el contrato o las relaciones), constituyen una unidad económica.”*¹⁵⁵

En la legislación laboral, la única referencia a grupo económico se encuentra en el artículo 4º del Reglamento de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, Decreto Supremo N° 008-2008-TR, donde se establece que:

“Artículo 4.- Grupo Económico y Vinculación Económica

Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas. Configurado el grupo económico, éste se mantendrá mientras continúe el control a que se refiere el párrafo anterior. (...)

De esta manera, los comunes denominadores en las definiciones que hemos señalado se dan respecto de la necesaria existencia de múltiples empresas o sociedades jurídicamente independientes, con dirección unitaria. Podemos adelantar una conclusión, señalando que el derecho laboral trata de aplicar el principio de primacía de la realidad ante la existencia de un grupo de empresas como empleadores conjuntos del trabajador, lo que acarreará como consecuencia la aplicación de la solidaridad de estas empresas por los derechos laborales y demás conceptos que se adeuden por ser sus empleadores. Claro está, la definición es bastante técnica y, muchas veces, extraída del derecho comercial, área del

¹⁵⁵ ARCE ORTIZ, Elmer, “Grupo de empresas y Derecho Laboral” en *Ius et Veritas* N° 26. Junio de 2003. Lima. pág. 248.

derecho que se puede apreciar de ser la primera en estudiar tal fenómeno. Por ello, debemos relacionar estas definiciones con los principios del derecho del trabajo: el principio protector y el de primacía de la realidad, desarrollados en el capítulo I.

De la delimitación de los elementos del grupo de empresas se determinarán sus restantes características y alcances, dado que no se trata de la existencia de un único empleador en el sentido en el que entendemos normalmente a la relación de trabajo, sino de un empleador complejo que actúa como tal no solo de manera inmediata, si no también mediata. Este carácter especial del empleador se deriva del carácter autónomo de las empresas que conforman el grupo, que además genera complicaciones en la búsqueda de la definición del término, pues si se quiere hablar de un empleador complejo, debemos delimitar hasta dónde existe esta autonomía (que no es solo jurídica). Establecer los límites de la dirección unitaria en el caso concreto también impactaría en las consecuencias aplicables a las empresas del grupo, lo cual, en nuestra opinión, en la práctica puede resultar difícil de lograr. .

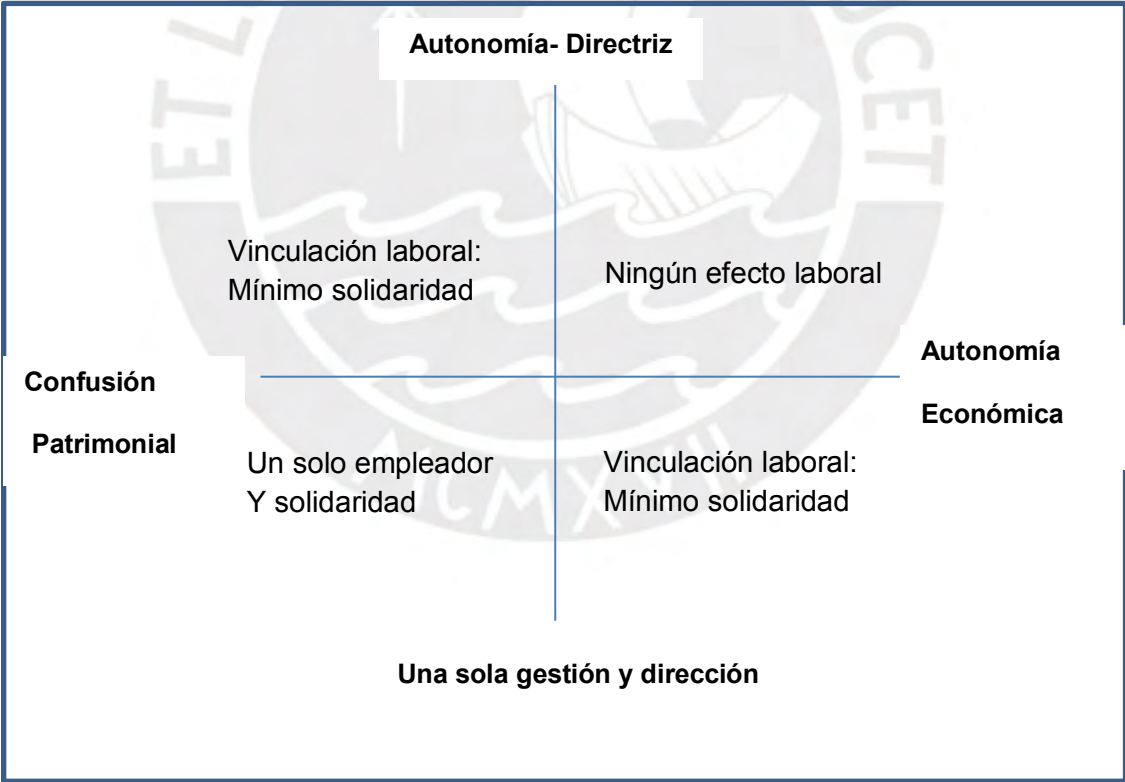
Como hemos mencionado, para que exista un grupo de empresas debe presentarse una pluralidad de empresas o sociedades autónomas, que se encuentran bajo una dirección unitaria. En este apartado trataremos cada uno de estos elementos, toda vez que su determinación no es clara y, de acuerdo a criterios jurisprudenciales y doctrinarios foráneos, los indicios que se deben emplear pueden variar y deben aplicarse al caso concreto.

1. PLURALIDAD DE EMPRESAS CON AUTONOMÍA JURÍDICA

Como hemos mencionado, la pluralidad resulta en un requisito indispensable que nace de la misma definición de “grupo”; sin embargo, estas empresas que conforman esta pluralidad deben mantener una característica o rasgo sintomático mayor: la autonomía. Esta característica nace como un requisito necesario para diferenciar al grupo de empresas de otras figuras que entran en supuestos de concentración de capitales al interior de la

empresa. La razón es muy simple: si existe una concentración de empresas que no presentan autonomía, se consideraría la existencia de un único empleador y ya no la existencia de una pluralidad de empleadores.

Cuadro 7



Fuente: Cuadro elaborado por Toyama Miyagusuku, Jorge.¹⁵⁶

Como señala Arce Ortiz, para evitar incluir en este concepto a estrategias fraudulentas vía el empleo de grupos de empresas, se debe suponer la autonomía de cada una de las empresas: autonomía técnica, administrativa e incluso un objeto social propio. Nótese el empleo del término “autonomía” y no “personería jurídica”. Tal como acusa el autor citado, la exigencia de personería jurídica es una imposición derivada del derecho mercantil, no siendo trasladable al derecho del trabajo; por lo que, este requisito es cuestionable, dado que existen casos en los que el titular, el que dirige la mano de obra a su disposición, no cuenta con personería jurídica. En efecto, en nuestra legislación existen supuestos en los que no existe personería jurídica, pero sí autonomía, tal es el caso de los consorcios y las sucursales, los que para efectos laborales y tributarios pueden contar con una planilla propia.¹⁵⁷

Creemos que, para la definición de cada unidad, podemos trasladar la definición de empresa que realiza Mejía Madrid, cuando señala que *“entendemos por empresa al conjunto organizado de capital y trabajo que permite el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Es decir, se trata de una organización susceptible de explotación económica.”*¹⁵⁸

¹⁵⁶ Este esquema aproxima las variantes de solidaridad en los “grupos de empresas”. De esta manera, primero tenemos que si existe confusión sobre el patrimonio de algunas empresas, y la autonomía de cada una, nos encontraríamos ante grupos compartiendo un mínimo de solidaridad; mientras que en segundo lugar, si de la situación anterior no existiera autonomía de cada una de las empresas que conforman el grupo empresa, nos encontraríamos ante una absoluta solidaridad para efectos laborales que se requieran aplicar. En tercer lugar, entendemos que si las empresas tuviesen autonomía económica, pero solo una gestión y dirección también existiría un mínimo de solidaridad. Finalmente, en caso existiese autonomía económica y autonomía directriz no alcanzaría ningún efecto laboral como la solidaridad.

¹⁵⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob cit. Página 249

¹⁵⁸ MEJIA MADRID, Renato. Transmisión de empresa y relaciones laborales. En: Revista Foro Jurídico. Lima. Año III. N° 6. 2006. Pp. 23-28.

2. DIRECCIÓN UNITARIA

La dirección unitaria nace como un elemento dinámico, de presencia indispensable para la ocurrencia del fenómeno que tratamos de describir. Al respecto, Arce Ortiz señala que *“la dirección unitaria se convierte en un poder de decisión común que traduce la unidad de intereses económicos del capital concentrado, al margen de su pertenencia a un solo titular o a varios.”*¹⁵⁹

Considerando que operaría una presunción de la autonomía de las empresas, el citado autor precisa que serían dos los ámbitos esenciales en los que descansaría la dirección económica unitaria:

- *Competencias relativas a la financiación.* Lo que incluye la determinación de las tareas y funciones de la empresa que se concretan en la planificación de las necesidades de capital y adecuada cobertura, la realización de medidas financieras, el control del movimiento financiero y administración de las existencias financieras.
- *Competencias sobre la política de personal.* No entendida como el control sobre la determinación de las políticas o actuaciones laborales en la empresa, si no con la posibilidad de control del nombramiento y actividad de aquellas personas que pueden garantizar el funcionamiento del grupo y la efectividad de la dirección unitaria. No alcanzando a las decisiones del grupo respecto de las relaciones laborales.

Adicionalmente, es lógico señalar que la dirección unitaria, en tanto poder, supone no solo la toma de decisiones de la actividad empresarial, sino también el control en el cumplimiento

¹⁵⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit. Página 249

de éstas. Asimismo, como consecuencia lógica de la dirección unitaria se resalta al carácter continuado y estable de la relación entre las empresas.

Pese a lo señalado, esta definición del derecho mercantil no aplica al derecho laboral, al imperar el principio de primacía de la realidad y el principio protector. Para efectos laborales, lo que importa en realidad es que de alguna manera se afecte la “política laboral” del grupo, afectando así la organización del trabajo. Esto es lo mínimo que debe acontecer para determinar la existencia de solidaridad.

Sobre los indicios de dirección unitaria, estos han tenido recepción en el proyecto de la Ley General del Trabajo, la que precisa en su artículo 7° que, salvo prueba en contrario, se presume la existencia de un grupo de empresas ante la existencia de los siguientes supuestos:

- El desarrollo en conjunto de actividades que evidencian su integración económica o productiva.
- La existencia de relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueran comunes.
- La conformación de los órganos de dirección, en proporción significativa, por las mismas personas.
- El uso de una idéntica denominación, marca o emblema.

Consideramos que la posición de este proyecto, es correcta pues deja una lista abierta para determinar los “indicios” de la existencia de los elementos de un grupo empresarial. Teniendo en cuenta que el principio protector y el de primacía de la realidad no pueden afectar el derecho a la libertad de empresa, en la medida en que no exista vulneración

alguna, consideramos que es necesario probar que existió esta dirección unitaria. Cabe indicar que hay quienes consideran que basta con que exista la posibilidad de tener tal poder de dirección; sin embargo, esta conclusión sería contraria a la finalidad, a la búsqueda del empleador real.

Sobre lo que viene a ser la dirección unitaria, cabe señalar que la integración o formas de colaboración de empresas no siempre es vertical, sino que también puede ser horizontal. Lo que importa es que esta dirección unitaria se materialice, no siempre con una sola organización a la cabeza, sino también con varias que toman decisiones en conjunto, afectando así la cadena productiva y las relaciones laborales.

III. DIFERENCIA ENTRE EL GRUPO DE EMPRESAS Y LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

Una vez definido el “grupo de empresas” resulta pertinente diferenciarlo de los casos en los que existe transmisión de empresas, o mejor dicho una novación subjetiva en la parte empleadora. Como señala la doctrina, cuando la relación laboral sufre una novación subjetiva en la figura del empleador, por aplicación del principio de continuidad, la relación laboral no se entiende terminada, si no que subsiste manteniendo el trabajador los mismos beneficios a los que se había obligado el primer empleador, el “subrogado” por así decirlo. Antes de explicar la aplicación del principio de continuidad, su aplicación y consecuencias cabe realizar una somera descripción del fenómeno de la transmisión de empresas.

1. ELEMENTOS DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La transmisión de empresas tiene como punto de partida el cambio en la titularidad de la organización empresarial, es decir se produce un cambio en la persona que ejerce el poder de dirección sobre el trabajador. Lo que origina que el trabajador cuya relación laboral ha

sido modificada intente determinar si los beneficios laborales le persiguen y le son respetados por el nuevo empleador. Esta consecuencia es lograda en nuestro ordenamiento por la aplicación del principio de continuidad, sin precisarse exactamente qué se entiende por transmisión de empresas, en la medida en que la ocurrencia de este supuesto de hecho acarrearía consecuencias como el respeto de los beneficios y derechos laborales ya ganados, así como la posibilidad de que el nuevo empleador responda, incluso, por los adeudos originados cuando él no era empleador, generándose una suerte de solidaridad en caso de que el empleador subrogado exista, o simplemente la imputación de la carga directamente al nuevo empleador. Al respecto, cabe precisar que el artículo 9° del proyecto de la Ley General del Trabajo precisa que *“si hay reorganización de empresa, por actos de fusión, absorción, escisión u otras formas de reorganización empresarial, las relaciones laborales continúan y los trabajadores mantienen los derechos alcanzados”*.

De otro lado, quienes han estudiado el fenómeno, para definirlo han empleado la legislación comunitaria europea y la jurisprudencia española aplicable. Así, la Directiva 2001/23/CE del Consejo de la Unión Europea señala que *“... se considera traspaso a efectos de la presente directiva el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio.”*

Esta definición termina por establecer dos elementos que deben cumplirse para considerar que estamos ante una verdadera transmisión de empresas. Estos elementos son: el subjetivo, que responde a la pregunta *¿a quién se transmite?*; y el objetivo, que responde a la pregunta *¿qué se transmite?*¹⁶⁰.

¹⁶⁰ UGAZ OLIVARES, Mauro. “Transmisión de empresa y Convenio Colectivo”. En: Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Lima. Grijley. 2009.

- a. Elemento Subjetivo.-** El aspecto subjetivo se refiere al cambio de la titularidad del objeto materia de la transferencia, en el que procede una sustitución de la persona del empresario, lo que se transmite es la titularidad de la empresa, no la empresa misma, en tanto es objeto del tráfico jurídico.

El medio que se emplee para la transmisión puede ser cualquiera que implique la transmisión de la titularidad. Cabe precisar que el traslado de un personal entre distintas empresas, no se encuentra incluida en el fenómeno de la transmisión de empresas, toda vez que falta el siguiente elemento: la transmisión de una entidad económica.

- b. Elemento Objetivo.-** El aspecto objetivo es constituido por la empresa, la que Mejía Madrid define como el conjunto organizado de capital y trabajo que permite el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio. Lo que importa es que sea susceptible de explotación económica.¹⁶¹ De esta manera, a decir de los autores señalados, el elemento objetivo no tiene por qué coincidir con el concepto de persona jurídica, pues podría tratarse de unidades menores, lo que interesa es que se trate de una entidad económica que cumpla con las cualidades de empresa, que sea susceptible de aprovechamiento económico, sin importar si se trata de una actividad principal o accesoria de la empresa originaria.

Así, el caso del traslado de personal entre distintas empresas no implica un supuesto de transmisión de empresas, toda vez que no se trasmite una entidad económica que se configure como un conjunto organizado de capital y trabajo que permite el ejercicio de una actividad económica con objetivo propio.

2. CONSECUENCIA DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

¹⁶¹ MEJÍA MADRID, Renato. op. cit., p. 45 (pp.23-28)

La consecuencia de que se configure la existencia de la transmisión de empresas será que el trabajador mantendrá, por aplicación del principio de continuidad, los mismos derechos, de naturaleza legal y colectivos, que tenía con el empleador originario. Ello, se debe a la aplicación del principio de continuidad y del hecho de que simplemente ha ocurrido una novación subjetiva en la parte empleadora, lo que no acarrea, para nada, la extinción de la relación laboral, imputándose las obligaciones del empleador original al empleador adquirente de la titularidad.

La extensión de la vigencia de los convenios colectivos en los casos de transmisión de empresas merece un pronunciamiento aparte, ya que esta sí tiene regulación aplicable. Se trata del literal e) del artículo 43 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, la que señala que:

“Artículo 43.- La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes:

(...)

e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.”

De esta manera, la norma ha establecido un listado abierto de los casos en los que el convenio colectivo mantiene su vigencia, en caso exista una transmisión de empresa. Así, en estos casos el convenio colectivo seguirá vigente y obligará al nuevo empleador. Debido a que este artículo señala que la vigencia sigue hasta el momento en que opere el vencimiento, cabe preguntarnos si la ultra actividad del convenio (establecida por el literal d. del mismo artículo) opera en este caso. La respuesta no podría ser otra que la afirmativa, pues este se aplica a todos los convenios sin existir alguna causa justa o razonable que obligue a su no operatividad en el caso de la transmisión de empresas. En este sentido, el convenio colectivo sigue vigente y no se ve alterado por la transmisión de la empresa, manteniendo su vigencia incluso en los casos en los que haya finalizado su plazo, hasta que sea modificado o sustituido.

En el caso de concurrencia conflictiva de convenios colectivos, resultará aplicable lo dispuesto por el artículo 45 de la Ley, pese a que esta se deba aplicar sólo a los supuestos de negociación colectiva en distintos niveles. Así, como señala la Sentencia de Casación correspondiente al Expediente N° 991-2005-La Libertad:

“Los cambios en la persona del empleador no implica la culminación del contrato de trabajo. La empresa constituye una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor la unidad económica que constituye la empresa sigue siendo la misma. En base a lo anterior, la Corte en este caso concluye que la empresa receptora deberá abonar los derechos sociales por todo el récord laboral del trabajador transferido”.

En adición a lo anterior, cabe resaltar la Casación Laboral N°4573-2013, sentencia que declaró fundado el recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta y que señala sobre la transmisión de un trabajador de una empresa a otra lo siguiente:

“Décimo Noveno: Bajo este contexto, resulta errónea la interpretación que la Sala Superior ha efectuado respecto al principio de continuidad, en el sentido que el mismo obliga a Telefónica del Perú Sociedad Anónima a mantener luego de una transmisión empresarial al demandante en su planilla; toda vez que por el contrato, es precisamente en base a este principio que se posibilita dicha transmisión sin la afectación del vínculo laboral del trabajador con la empresa transmitida, y obliga a su nueva titular a respetar el contrato laboral y todos los derechos laborales que le asisten a aquella, incluidas las condiciones bajo las cuales se venía prestando los servicios; mandato que el presente caso se verifica, toda vez que de acuerdo a lo precisado por el A quo, en el tercer considerando de la apelada, específicamente en la declaración de parte del actor, éste reconoció que mantiene su misma situación laboral, fecha de ingreso, el pago de sus remuneraciones, su área laboral, las funciones que realiza, y su descuento sindical, siguen siendo los mismos que cuando laboraba para Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta; en

consecuencia, se arriba a la conclusión, que con la reorganización simple efectuada por las codemandadas, no se ha afectado los derechos laborales de la demandante; es más el propio actor señaló hasta la actualidad, no ha tenido ningún perjuicio económico, lo cual es corroborado con las boletas de pago presentadas como medios probatorios, así como la carta emitida por el Gerente de Relaciones Laborales de Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, a la Federación de Trabajadores del Sector de Comunicaciones del Perú, en la que garantiza la estabilidad de los derechos laborales y beneficios de los trabajadores que gozaban bajo el mando de Telefónica del Perú.”

De acuerdo a lo anterior, queda claro el fenómeno que representa el grupo empresarial, y por lo cual nos preguntamos: Si una transmisión de trabajadores de una empresa a otra conforma un grupo empresarial ¿significa que existe solidaridad? Es decir, de acuerdo al supuesto planteado, el primer obligado para responder ante una eventual exigencia de un trabajador sería el actual empleador para todos los efectos; sin embargo, de existir aún el empleador transferente, la respuesta más clara y lógica sería que este también pueda ser demandado para por ejemplo el pago de tales beneficios. Así, creemos que en los hechos operaría una suerte de solidaridad pero respecto del periodo en que el trabajador fue empleado de la empresa originaria. En lo sucesivo luego de la transmisión sólo resultará obligado el nuevo empleador.

De todo lo señalado, quedan claras las diferencias entre el fenómeno de la transmisión de empresas y el grupo empresarial. Mientras en un caso el fundamento de la consecuencia jurídica es el principio de continuidad, en el grupo de empresas lo es el principio de primacía de la realidad. Su naturaleza es distinta, en la transmisión de empresas existen dos partes contratantes cuyo objeto es el traslado de la empresa, en el grupo de empresas existe una pluralidad de sujetos autónomos que por la dirección unitaria que detentan pueden ser tratados como uno solo. Asimismo, las consecuencias que acarrea su ocurrencia son diferentes.

IV. LA SOLIDARIDAD LABORAL EN EL GRUPO DE EMPRESAS

Tal como hemos mencionado, la solidaridad en el grupo de empresas se justifica principalmente en el hecho de que el grupo actúa respecto del trabajador como un único empleador. De esta manera, esta unidad se justifica en el carácter unitario de la dirección del grupo, la cual se deberá determinar en cada caso, teniendo en cuenta los indicios que hemos mencionado al definir al grupo de empresas.

De esta manera, existen dos consecuencias prácticas de la aplicación de la definición de grupos de empresas. En un primer nivel, resulta claro que lo que se busca es aplicar el principio de primacía de la realidad, de manera que se pueda establecer que el grupo de empresas es el empleador. Pese a ello, la jurisprudencia y la doctrina se topan con un obstáculo: la personalidad jurídica de cada una de las empresas que forman el grupo y el binomio tradicional de empleador – persona jurídica, así como el principio contractualista bilateral que pesa sobre la relación laboral. Para superar este primer obstáculo, la jurisprudencia busca dislocar tal relación, para lo que crea una concepción laboral de empleador: lo que podemos denominar como empleador complejo.

Así lo ha entendido también la jurisprudencia española, siendo resaltado por Collado¹⁶² quien señala, citando la S de 4-7-84 (Ar. 4953), que:

“... ese complejo ente, formalmente constituido por varias individualidades, se presenta y actúa, en el interior y en el exterior, como uno solo, esto es, como único patrono, y es el tratamiento jurídico de la situación así originada, (...) al margen de la personalidad de cada sociedad integrada, e incluso respecto de ella, se ha producido una comunicación de la responsabilidad, con carácter solidario, del débito salarial y, en definitiva, de todas las consecuencias del contrato de trabajo, por las siguientes razones”

¹⁶² COLLADO, Luis. Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresa. En: Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo. Coordinadores: Antonio Baylos y Luis Collado. Editorial Trotta. Madrid. 1994. Páginas 313-314.

Añade que esta solidaridad extendida se presenta debido a los siguientes motivos¹⁶³:

- (i) La actuación conjunta, bajo unos mismos dictados y coordinadas, que las empresas llevan a cabo; lo cual supone la presencia de un único órgano rector, y por tanto patrono, a efectos laborales.
- (ii) El contenido subjetivo de la relación laboral es laxo en la legislación española, permitiendo que el grupo pueda recibir tal cualidad.
- (iii) Otra solución, sería crear un supuesto de situación defraudatoria de la ley, aplicando el principio de buena fe y la valoración normativa de la afectación de la pluralidad empresarial sobre una relación laboral.

La primera de las razones se basa en la búsqueda del empleador real, en la aplicación del principio de primacía de la realidad más allá de la independencia jurídica de cada una de las empresas del grupo, lo que importa la presencia de un único órgano rector.

La segunda razón puede ser aplicable a la legislación peruana, pues nuestro Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no define al empleador, sólo precisa qué se considera como subordinación y las facultades que conlleva.

¹⁶³ *Ibid*

Respecto del cauce por la actitud defraudatoria, consideramos que, si bien se produce una situación aparente que debe ser superada, el probar un fraude a la ley acarrearía demasiados costos al trabajador. Asimismo, como hemos mencionado, en nuestra definición de grupo de empresas tratamos a empresas autónomas que se vinculan por esa dirección unitaria. Por lo menos, esta es la solución hacia la que tiende la doctrina uruguaya, por ejemplo¹⁶⁴.

De esta manera, Hierrezuelo y Nuñez señalan que el fundamento de la solidaridad en la norma argentina *“radica en proteger el crédito del trabajador sobre la base del interés común que tienen los sujetos subordinados o integrantes del grupo económico.”*¹⁶⁵ La aplicación del principio de primacía de la realidad y el concepto de empleador complejo los trataremos a continuación.

1. PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Como ya se ha indicado, el principio de primacía de la realidad, busca que ante lo que se presenta formalmente, se prefiera lo que acontece en la realidad, lo que se deriva de los hechos. Así, en el caso de los grupos de empresas, al existir una dirección unitaria, que deberá ser determinada por el operador del derecho. Existe un único empleador: el grupo de empresas.

El problema surge a partir de su determinación, de cuándo existe y, de existir, cómo lo imputamos si no se trata de un sujeto de derecho. Recordemos que este problema se

¹⁶⁴ CASTELLO, Alejandro. MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva” Informe de Uruguay al Cuestionario del Tema II, en el marco del XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consultado: 10 de octubre de 2010. < www.audtss.com.uy/varios/informeuytema2paris2006.doc>

¹⁶⁵ HIERREZUELO, Ricardo. NUÑEZ, Pedro. “Responsabilidad Solidaria en el contrato de trabajo”. Sociedad Argentina del Derecho Laboral. Argentina. 2008. Página 404.

agrava con el hecho de que se trata de una pluralidad de personas (en sentido amplio) autónomas. Así, la única salida que le queda al operador del derecho es aplicar la figura del empleador complejo, que consideramos perfectamente aplicable al caso del grupo de empresas.

Recordemos que, en el presente caso, no se trata de regular supuestos de abuso de la personalidad jurídica o de fraude a la ley (o en todo caso, no solo estos casos, pues es claro que la protección también tiene una finalidad preventiva). Ello debido a que, en dichos supuestos, no existe una verdadera pluralidad, no cumpliéndose el supuesto del grupo de empresa, como dice Arce, no haya nada que agrupar.¹⁶⁶ De esta manera, ante esta realidad lo que se busca es extender la responsabilidad solidaria a quienes forman el grupo de empresas, en la medida en que la dirección unitaria afecta las relaciones laborales y a los trabajadores de las mismas, y el grupo o conglomerado se ha beneficiado con sus servicios. Al respecto, la jurisprudencia laboral peruana ha señalado lo siguiente:

“(...) al haberse determinado la existencia de la vinculación económica existe solidaridad en la responsabilidad por lo que corresponde en forma conjunta o alternada honrar el adeudo laboral reconocido al actor, responsabilidad que no se funda en lo establecido en el artículo 1183 del Código Civil, sino basada en el principio de primacía de la realidad, vale decir que la responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad de los hechos más allá de las meras formalidades, más aún si tenemos en cuenta que se trata de una acreencia cuyo carácter prioritario e irrenunciable ha sido consagrado en los artículo 24° y 26° inciso 2) de la Constitución Política del Estado (...)”¹⁶⁷

2. EL EMPLEADOR COMPLEJO

En vista de la falta de regulación del fenómeno del grupo de empresas y las dificultades que plantea en las relaciones laborales, tanto a nivel individual como colectivo, el derecho

¹⁶⁶ARCE ORTIZ, Elmer. Ob, cit, pp.

¹⁶⁷ Stc. N° 4388-2004

laboral reivindica su carácter tuitivo y generador de equivalencia al interior de la relación laboral.

Así, hay quienes señalan que esta autonomía de la disciplina laboral permite la creación de un nuevo concepto de centro de imputación para efectos laborales. Se trata de la “personería laboral”, concepto que permite

“considerar como sujeto de derecho, a determinadas formas de organización y vinculación empresariales, sin que ello importe otorgársela a todos los efectos jurídicos, lo que supone descartar dentro del campo laboral, privándola de efectos, la personería derivada de otras ramas jurídicas como el Derecho civil y el societario. Por decirlo de otra manera, en el Derecho del trabajo se reelabora la noción de sujeto de derecho, en base a lo cual se considera como empleador a supuestos que no coinciden con las formas derivadas de otras disciplinas.”¹⁶⁸

Esta concepción, se nutre del principio de primacía de la realidad, al que hemos hecho referencia anteriormente, pues este permite dejar de lado las formas jurídicas para adaptarlas a la realidad. Así se define al empleador complejo como:

*“El concepto de empleador complejo pretende abrigar a las formas de relacionamiento empresarial en que existe una pluralidad de empresas que organizan, dirigen y se benefician **simultáneamente** de los servicios de un trabajador. Dicha figura se aplicaría tanto para el caso en que las empresas sean genuinas, auténticas y carezcan de lazos de dependencia entre sí, como en los casos en que una de ellas posee una supremacía o interferencia sobre la otra/s.*

En el primer caso, estamos en presencia de formas de colaboración y cooperación interempresarial, como pueden ser las redes de empresas, joint venture, consorcios, uniones transitorias de empresas, agrupaciones de interés económico, etc. La noción de empleador complejo se utiliza para alcanzar los casos en que existen trabajadores que prestan servicios indistintamente para todas las empresas del grupo de coordinación, por lo que todas ellas se tornan responsables solidariamente frente al trabajador.

¹⁶⁸ CASTELLO, Alejandro. MARIEZCURRENA, Patricia. Ob. cit. Página 16

En el segundo caso, la empresa comitente ejerce su conducción sobre las demás empresas proveedoras de servicios (empresas auxiliares o periféricas), por lo que éstas se convierten en simples órganos de transmisión de directivas emanadas de aquella. Ello ocurre cuando en el proceso de externalización media una injerencia claramente invasora del poder organizativo, directivo y disciplinario de la principal sobre el ámbito de actuación de la tercera, de tal forma que el personal de ésta responda indistintamente a las directivas de una u otra, se está en presencia de un empleador complejo, que justificaría una hipótesis de responsabilidad solidaria.”¹⁶⁹

En ese sentido, es necesario tener presente que el desarrollo de la definición de empleador complejo tiene su correspondencia con la realidad de acuerdo a las formas de relacionamiento empresarial y que tal significa una señal de vital importancia cuando sustentamos la solidaridad de los todos los empleados obligados.

3. LA SOLIDARIDAD LABORAL ANTE UN SUPUESTO DE GRUPO DE EMPRESAS

Como hemos mencionado la solidaridad nace como consecuencia inmediata del otorgamiento de personería laboral al grupo de empresas. Así, todos se convierten en la parte empleadora, por lo que se trataría de un supuesto de solidaridad pasiva. Esta solidaridad sería objetiva, pues bastaría con demostrar la existencia del grupo que funciona como un solo empleador respecto del trabajador para que esta se entienda que existe, sin que haya necesidad demostrar la existencia de fraude a la ley, sino sólo la existencia del grupo y los miembros que se comportan como empleadores respecto del trabajador.

Otra pregunta que nos asalta es la de si en este caso se trata de un responsabilidad subsidiaria. Sobre el particular, si aceptamos la tesis de que existe un empleador complejo, de manera que el grupo funciona como un solo empleador, entonces la respuesta sería

¹⁶⁹ Ibid. Páginas 24 y 25

negativa, no se trata de una responsabilidad subsidiaria, no nace en los casos en que no se pueda dirigir contra la empresa que tiene al trabajador en la planilla. Entonces se trata de una solidaridad que es originaria y que sólo requiere de la existencia del grupo para que exista; y no se trata de una solidaridad subsidiaria o derivada. De lo señalado, resulta lógico decir que la solidaridad en el grupo de empresas es pasiva, originaria, no subsidiaria y objetiva.

En la práctica, determinar los alcances de la solidaridad puede tornarse difícil, pues hay redes de colaboración que permiten cierta autonomía en cada sector, respecto de las decisiones que afectan a sus trabajadores; por lo que se deberá resolver caso por caso. Sin embargo, deberá tenerse presente lo resuelto por el Pleno Jurisdiccional Laboral de 2008, donde se estableció que en los casos donde exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de sus trabajadores, se aplicará también la solidaridad laboral. Este criterio se observa en lo resuelto en el Exp. N° 4388-2004-BE-A, donde bastó que se determine la existencia de vinculación económica a fin declarar la responsabilidad solidaria, en forma conjunta o alternada, entre dos empresas, a fin de cumplir con el pago de los adeudos laborales. En dicha sentencia se estableció que la responsabilidad solidaria se fundamenta en la búsqueda de la realidad de los hechos más allá de las meras formalidades (aplicación del principio de primacía de la realidad), teniendo en cuenta el carácter prioritario, irrenunciable y alimenticio del crédito laboral.

a. Alcance objetivo

Como hemos venido mencionando, el fundamento de la aplicación del principio de primacía de la realidad es otorgarle personalidad laboral al grupo de empresas, lo cual, como es de esperarse, tiene dos efectos.

Primero, el que el grupo de empresas y las unidades que la conforman sean consideradas como empleadores del trabajador por ende todas detentan el poder dirección sobre el trabajador y contienen facultades de *jus variandi*, entre otros.

De otro lado, al ser el grupo considerado como empleador, tendrá que cumplir con las obligaciones que acarrea tal consideración, así, sin importar que el trabajador se encuentre en la planilla de una de las empresas que lo conforman, se encuentra todo el grupo obligado al pago de la remuneración, a respetar el derecho a las ocho horas, a realizar el pago y retenciones por los aportes a la seguridad social.

De esta manera, la solidaridad en su alcance objetivo alcanza a todos los adeudados laborales connaturales con la figura del empleador: las remuneraciones, beneficios sociales, las indemnizaciones en caso de despido, los aportes a la seguridad social, entre otros.

b. Alcance subjetivo

La mayor cantidad de problemas se generan al determinar el alcance subjetivo de la responsabilidad, el cual se determinará respecto de quienes ostenten la calidad de grupo y respecto de quienes realmente han ejercido el poder de dirección sobre el trabajador. Es un elemento fáctico el hecho de que al interior del grupo de empresas pueden existir una serie de subdivisiones de autonomía que controlan determinadas partes del proceso productivo o de la prestación del servicio.

En estos casos, el juez y los operadores del derecho deberán determinar con exactitud quienes ejercieron este poder de dirección para con el trabajador. Resulta claro que en el país existen determinados grupos de empresas que mantienen el control de distintos establecimientos comerciales o negocios, e incluso están integradas por empresas que pertenecen a distintos rubros de actividad.

Asimismo, la jurisprudencia española ha presentado sendos lineamientos que pueden ayudarnos a determinar si existe grupo de empresas para efectos laborales y determinar quién o quienes asumen responsabilidad por el cumplimiento de obligaciones a los trabajadores de las empresas que forman el grupo¹⁷⁰:

- (i) Prestación de trabajo común, simultáneo o sucesivo, a favor de varias de las empresas del grupo. Para que se tome como empleador al grupo debe haberse dado, en la práctica, una prestación simultánea e indiferenciada de servicios a varias empresas del grupo, eso conlleva a que la figura del empleador sea difusa y el trabajador se desentienda de sólo una de las empresas.
- (ii) Confusión de patrimonios y plantillas. Es decir, que exista una explotación y aprovechamiento conjunto de recursos humanos o materiales.
- (iii) Apariencia externa de unidad empresarial y de dirección. Este indicio resulta importante, pues las empresas, normalmente, a efectos de garantizar el servicio o extender el prestigio del grupo se presentan como parte de este, sobre todo, ante clientes, proveedores o al público en general.
- (iv) Creación de empresas aparentes sin sustrato real. Cuando no existe una verdadera infraestructura, patrimonio y dinámica propia, de manera que se pueda presumir que existe una cesión ilegal de trabajadores.

¹⁷⁰ SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. "El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario" En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 48. Página 100.

En adición a lo expuesto, la Casación Laboral N°3059-2009, recurso de casación interpuesto por Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, expuso algunos de los elementos que identifican a un grupo económico tales como la participación activa del apoderado de la codemandada, el mismo domicilio social de ambas codemandadas, anuncios periodísticos donde se presentan como Grupo Empresarial Telefónica del Perú.

Queda claro que estos sólo constituyen indicios de la existencia de un grupo de empresas, por lo que el operador del derecho podrá aplicarlos por separado o en conjunto, e incluso incluir nuevos indicios que le permitan dilucidar la existencia de un grupo de empresas, y así determinar el alcance de la solidaridad.

c. Alcance temporal

Respecto del alcance temporal, queda claro que al tratarse al grupo de empresas como un único empleador, entonces el plazo para la prescripción laboral será de cuatro años, contados a partir del momento en que el trabajador deja de prestar servicios al grupo de empresas; es decir, el plazo de cuatro años computaría desde el momento en que el trabajador dejó de prestar servicios a todas las empresas del grupo; no computándose el plazo desde el momento en que el trabajador dejó de prestar servicios a cada una de las empresas que la conforman. Correspondería aplicar el artículo único de la Ley N° 27321.

V. CONCLUSIONES

Una definición legal del grupo de empresas debería comprender la idea de una pluralidad de empresas o sociedades autónomas que se encuentran bajo una dirección unitaria; pues,

ante la falta de pluralidad, nos encontraríamos con figuras jurídicas distintas que de modo alguno podrían configurar un grupo de empresas. Dicha autonomía se encontrará relacionada a los aspectos técnicos y administrativos, así como a la existencia de objetos sociales propios de cada empresa que conforma el grupo. Cabe precisar que en este caso la “personería jurídica” en términos mercantiles no resulta necesario; pues, nuestra legislación permite que se ejecuten figuras como los consorcios o sucursales, los cuales carecen, precisamente, de personería jurídica.

La solidaridad en el grupo de empresas se justifica pues el grupo actúa respecto del trabajador como un único empleador; así, ante un supuesto que de fraude la ley, se aplicaría el principio de buena fe y la valoración normativa de la afectación de la pluralidad. Resulta necesario, entonces, la regulación legal del grupo de empresas, así como la solidaridad laboral consecuencia del mal empleo de dicho grupo para que todas las empresas se conviertan en empleador del trabajador. Así, considerando que en efecto existe un empleador complejo, de manera tal que el grupo funciona como un único empleador, y no nace en los casos en que no se pueda dirigir contra la empresa que tiene al trabajador de la planilla, se trataría de una solidaridad originaria.

Así, a modo de concluir este capítulo, concluimos que de acuerdo a cada tipo de alcance, es necesaria una solidaridad laboral:

El alcance objetivo de la solidaridad laboral en el caso de los grupos de empresa se encontraría restringido a los adeudos laborales connaturales con la figura del empleador; es decir, las remuneraciones, los beneficios sociales, las indemnizaciones en caso de despido, los aportes a la seguridad social, entre otros; ya que tales adeudos resultan de necesaria percepción por el trabajador a fin de que no se vean impagos por su trabajo y perjudicados de cualquier otra forma, inclusive sobre sus necesidades básica.

El alcance subjetivo de la solidaridad laboral se encontraría determinado por quienes ostentan la calidad de grupo y respecto de quienes se ha ejercido el poder de dirección,

siendo ello determinado por un juez y los operadores de derecho en concordancia a los indicios y elementos desarrollados en las páginas precedentes.

Finalmente, si bien un trabajador no debería verse impago de lo que le corresponde por su trabajo, el reclamo de este a todos los empleadores obligados, desde nuestro punto de vista, tiene que ver con el alcance temporal de la solidaridad laboral, es decir, en el supuesto de solidaridad los grupos de empresa, debería encontrarse delimitado por la Ley de prescripción laboral, Ley N° 27321; donde habría un plazo de cuatro años que se computarían a partir del momento en que el trabajador deje de prestar servicios para todas las empresas del grupo.



CAPÍTULO V. SOLIDARIDAD LABORAL EN LOS RIESGOS LABORALES

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de los alcances de la solidaridad analizadas en otras figuras laborales, señalar una solidaridad laboral en el ámbito de los riesgos laborales nos lleva a analizar obligatoriamente qué ha regulado nuestro ordenamiento laboral en materia de prevención de riesgos laborales, tema que hasta el día de hoy sigue siendo objeto de un gran debate, más en el contexto coyuntural en el que se encuentra nuestro país¹⁷¹. Así, como es de conocimiento general, nuestro ordenamiento jurídico laboral ha promulgado en materia de Seguridad y Salud, la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo (Ley N° 29783) y otras normas afines, según las cuales estimamos deben ser tomadas en cuenta para admitir una solidaridad laboral en los riesgos laborales tales como la protección contra accidentes de trabajo en virtud del principio de protección del trabajador.

La seguridad y salud en el trabajo siempre ha sido un tema prioritario para la OIT, desde su fundación en 1919. También parece haber sido un tema importante en nuestra legislación por aquella época, aunque no haya sido regulada de forma específica, clara y adecuada. En efecto, observamos que mediante Ley N° 4916, promulgada en 1924, se pretendió regular la obligación del empleador o patrón de asumir el lucro cesante del trabajador en caso se “inhabilite para el trabajo en notorio servicio”. En estos casos, el trabajador tenía derecho a percibir su sueldo íntegro los dos primeros meses de su enfermedad, sufriendo una rebaja del veinte por ciento cada mes, hasta completarse un semestre desde la fecha

¹⁷¹ Al respecto, ver data actualizada emitida por el MTPE sobre la situación inspectiva de la seguridad y salud en el trabajo.

de su enfermedad o retiro del trabajo. Si la inhabilitación era definitiva, el trabajador gozaba permanentemente de la quinta parte de su sueldo.

Pese al antecedente indicado, la regulación vinculada a la seguridad y salud en el trabajo no ha sido suficiente ni adecuada. En efecto, es una constante en nuestro país, la falta de protección de la seguridad y salud en el ámbito del trabajo para hacer frente a los riesgos laborales a los que permanentemente está expuesto un trabajador, como son los diversos factores o procesos peligrosos en el trabajo que puedan causarle una enfermedad o lesión. En efecto, todos los trabajadores asalariados deberían estar cubiertos en forma obligatoria de las prestaciones de salud y pensiones en caso de ocurrencia de enfermedad o accidente de trabajo, cualquiera que sea la labor que ejecuten, la naturaleza de la empresa, institución, servicio o persona para la que se trabaje, pública o privada. Es decir, debería aplicarse tanto al trabajo eventual o habitual, sin importar la forma de retribución¹⁷².

De esta manera, para que el trabajador tenga derecho a las prestaciones establecidas por ley no debería requerirse ninguna formalidad, con lo cual bastaría la sola ocurrencia del siniestro laboral hace nacer en el trabajador el derecho a tales prestaciones, aun cuando el empleador no esté al día en el pago de las cotizaciones previsionales, e incluso si no existe un contrato por escrito. Sin embargo, pese a que en nuestro país existe regulación que obliga a la contratación de un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) para las entidades empleadoras que realicen actividades riesgosas¹⁷³, así como el cumplimiento de determinadas obligaciones para todas las empresas en virtud de la normativa preventiva en materia de seguridad y salud en el trabajo¹⁷⁴, en los hechos, los empleadores no siempre

¹⁷² En algunos países, que no es el nuestro, la protección se extiende a los trabajadores por cuenta propia, condicionada al cumplimiento en el pago de cuotas. En nuestro país, la obligación de las aportaciones sea al Estado o de forma particular recae en el empleador como único responsable de las acciones preventivas que debe implementar en el centro de trabajo para evitar la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

¹⁷³ Regulado por el Decreto Supremo N° 003-98-SA.

¹⁷⁴ Regulado por la Ley N° 29783 y por su Reglamento, el D.S. N° 005-2012-TR

cumplen con tales dispositivos, por lo que pueden generarse daños irreparables para el trabajador.

Lo contradictorio es que, pese a la existencia de normas preventivas, reparar los daños causados a un trabajador que sufra una lesión derivada de un accidente de trabajo o enfermedad es, con frecuencia, resulta imposible o muy difícil, y en todo caso, oneroso. Por ello, como acertadamente se afirma, el costo real de los accidentes de trabajo es mucho más elevado que los costos aparentes derivados de la cobertura de los mismos mediante primas de seguros, que cubren el reembolso de los salarios y los gastos médicos. En ese sentido, la actuación del Estado en materia de seguridad social, así como en seguridad y salud en el trabajo, debería estar enfocada a garantizar la seguridad y salud de los trabajadores; mientras que el empleador cumple rol preventivo de los riesgos laborales a los que se encuentran expuestos los trabajadores.

Si nos remitimos a la legislación española, en la que existe una Ley de Prevención de Riesgos Laborales desde 1995, dicha norma tiene como marco general una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados de su trabajo, e impone determinadas obligaciones al empresario, desarrolla diversos sistemas de prevención de riesgos laborales y establece un sistema de responsabilidades y sanciones que lamentablemente nuestro sistema no cuenta y que por la realidad sociolaboral urge instaurar.

Ahora bien, en una relación tradicional entre un único empleador y un trabajador es posible determinar si existe o no la responsabilidad y hasta dónde alcanza; sin embargo, este tema se hace más complicado cuando participa más de un empleador o estamos ante un empleador complejo, que comprende al responsable de la ejecución de la obra, y las empresas contratistas o subcontratistas, quienes contribuyen a la ejecución de la misma, lo que se denomina coloquialmente como “cadenas de contratación”.

Al respecto, en opinión de Toyama Miyagusuku, en estos casos, la responsabilidad solidaria tiene como uno de sus fundamentos en la búsqueda de la realidad auténtica más allá de las meras formalidades y formalismos¹⁷⁵. Esto quiere decir que, en materia de seguridad y salud en el trabajo, más allá de que las empresas encargadas de realizar una obra (contratistas y/o subcontratistas) celebren contratos exonerándose de obligaciones y responsabilidades, primará la protección del trabajador, esto es, garantizar su seguridad y salud en el centro de trabajo, con lo cual las partes que intervengan serán responsablemente solidarias.

En ese sentido, a efectos de comprender como debe ser aplicada la solidaridad tanto en materia de prevención de riesgos laborales, sus alcances y efectos, es importante abordar previamente los siguientes temas y definiciones:

II. SALUD Y TRABAJO

A pesar de sus múltiples enfoques y tratamientos, el concepto de salud está basado en la concepción médica del término en sus tres aspectos: somático o fisiológico, psíquico y sanitario. Cuando se habla de **salud laboral**, a consideración del autor José María Cortés¹⁷⁶, nos estamos refiriendo al *“estado de bienestar físico, mental y social”* del trabajador, que puede resultar afectada por las diferentes variables o factores de riesgo existentes en el ambiente laboral, bien sea de tipo orgánico, psíquico o social.

La salud es un derecho fundamental de la persona, con lo cual conseguir el más alto grado de salud constituye un objetivo social de primer orden, siendo preciso para su logro el aporte de sectores sociales y económicos. En la relación ambiente y salud en el trabajo, se puede

¹⁷⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. En: Instituciones del Derecho Laboral. Segunda Edición. 2005. Pág. 415

¹⁷⁶ CÓRTEZ DÍAZ, José María. En “Seguridad e Higiene del Trabajo”. Editorial Tebars, España. Tercera Edición. Año 2000. pág. 25.

apreciar que el hombre con su labor, modifica el ambiente que lo rodea y éste, una vez cambiado, actúa sobre la salud del mismo, dando lugar a los daños derivados del trabajo.

En ese sentido, el equilibrio individual de la salud, no dependerá solo del correcto funcionamiento de su estructura orgánica y psíquica, sino que será influenciado en gran medida por los factores ambientales, en los que se encuentra incluido y en primer orden, las condiciones de trabajo.

1. Seguridad en el Trabajo

La seguridad en el trabajo es el área de la prevención de riesgos laborales que controla la actuación del trabajador en su entorno laboral en relación con la tarea que realiza, en especial los espacios de trabajo, máquina, útiles y herramientas, materiales, procesos y organización así como las instalaciones utilizadas o por las que puede verse afectado para lograr el objetivo empresarial¹⁷⁷.

En términos generales, se considera a la seguridad como un estado deseable de las personas frente a los riesgos. Al ser trasladada al mundo del trabajo, se concreta en la seguridad que podemos obtener a través de acciones contra las pérdidas derivadas de los accidentes de trabajo. El autor Adolfo Rodellar¹⁷⁸, señala que supondrá una mayor seguridad en el trabajo cuando se tenga una actitud positiva contra el accidente, el empleador elabore tácticas o estrategias para evitar el accidente y técnicas y sistemas contra el accidente que se genere en el centro de trabajo. Sobre esto último, consideramos que la actitud positiva que hace mención el autor también puede expresarse con la asunción

¹⁷⁷ GONZÁLES RUIZ, Agustín. En "Manual para la prevención de riesgos laborales en las oficinas". FC Editorial. España. Año 1995. pág. 47.

¹⁷⁸ RODELLA LISA, Adolfo. En "Seguridad e higiene en el trabajo". Editorial Marcombo S.A. Año 1988. pág. 22.

de responsabilidad solidaria por las consecuencias que sufren los trabajadores por los riesgos laborales.

La antítesis de la seguridad está conformada por los accidentes e incidentes, términos que eran contemplados tanto en el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo aprobado mediante D.S. N° 009-2005-TR (actualmente derogado), como por la posterior Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, aprobado mediante Ley 29783 y su reglamento, aprobado mediante D.S. N° 005-2012-TR, para determinar la gravedad de los daños ocasionados en un centro de trabajo. Sin embargo, es importante señalar qué se entiende por ellos.

El accidente puede definirse según la Real Academia Española como un *“suceso eventual que altera el orden regular de las cosas; suceso eventual o acción de que resulta daño involuntario para las personas o las cosas; la indisposición o enfermedad generalmente grave y que sobreviene repentinamente; el síntoma grave que se presenta inopinadamente durante una enfermedad”*, o en términos generales como un suceso no deseado que ocasiona pérdidas a las personas o a la propiedad. Así, las características de los accidentes son: el contacto con una fuente de energía; los efectos no deseados; y la producción de pérdidas, que si bien su concepto se halla íntimamente vinculado al derecho societario, en el campo laboral está vinculado con el menoscabo de derechos y riesgos laborales que soporta un trabajador.

Al respecto, el D.S. N° 005-2012-TR ha definido como accidente de trabajo a todo suceso repentino que sobrevenga con ocasión del trabajo y que, asimismo, produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte. La referida norma también considera accidente de trabajo a aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, incluso cuando acontezca fuera del lugar y horas de trabajo.

Por su lado, el incidente es similar o muy próximo al accidente, solo que no produce pérdidas, es decir entre ambos términos las diferencias son pequeñísimas, se deberá tratar a los accidentes como incidentes con un elevado potencial de pérdidas. Por ello, será

importante examinar las causas o motivos de los accidentes o incidentes que los originan. En efecto, el Decreto Supremo N° 005-2012-TR considera incidente a todo suceso acaecido en el curso del trabajo o en relación con el trabajo, en el que la persona afectada no sufre lesiones corporales, o en el que éstas sólo requieren cuidados de primeros auxilios. Para evitar la ocurrencia de accidentes o incidentes, el empleador deberá tomar medidas de prevención y protección respecto de sus trabajadores, las cuales serán materia de un análisis posterior.

2. Higiene Laboral

Tradicionalmente se conoce a la higiene laboral como “higiene industrial” o “higiene del trabajo”, siendo diferentes formas de denominar un mismo concepto.

La higiene laboral guarda una relación estrecha con la seguridad en el trabajo, aunque esta última tiene por objetivo la prevención de los accidentes de trabajo. El objetivo de la higiene laboral es la prevención de las enfermedades profesionales (o de trabajo) a través de la aplicación de técnicas de ingeniería que actúan sobre los agentes contaminantes del ambiente de trabajo, ya sean físicos, químicos o biológicos. En ese sentido, dependerá de cada empleador determinar de qué higiene se trate frente a las situaciones que se presenten que produzca enfermedades profesionales a fin de diseñar locales y puestos de trabajo con niveles satisfactorios de higiene industrial. Doctrinariamente, se establecen tres tipos de higiene¹⁷⁹:

- *Higiene de campo*: Es la que se realiza en el propio ambiente y puesto de trabajo que pretende analizar el empleador, la cual debe permitir evaluar las condiciones respecto a los riesgos de enfermedad profesional.
- *Higiene analítica*: Permite la determinación cualitativa y cuantitativa de los contaminantes recogidos en las muestras ambientales.
- *Higiene operativa*: Estudia y propone las medidas encaminadas a conseguir condiciones seguras, de forma que los trabajadores desarrollen sus funciones sin

¹⁷⁹ RODELLAR LISA, Adolfo. Op cit. pág. 91.

agresiones para su salud, y procurando que los contaminantes estén controlados en los niveles permisibles.

De acuerdo a lo establecido por las normas vigentes relacionadas a la seguridad y salud en el trabajo, será importante que los empleadores, principalmente de empresas mineras y de construcción, realicen una higiene de campo a fin de determinar cuáles son los riesgos que generen enfermedades profesionales, en las demás empresas también deberán evaluarse los riesgos, y realizar una higiene operativa, es decir contar con personal calificado que proponga las medidas a tomar para evitar que los trabajadores sean afectados.

3. Principios Aplicables

Con la finalidad de asegurar una eficaz protección de la seguridad y salud en el trabajo, son aplicables los siguientes principios:

a) Principio de protección: Los trabajadores tienen derecho a recibir protección por parte del Estado y los empleadores, quienes deben promover condiciones de trabajo dignas y seguras. Este principio es fundamental porque siendo el empleador el titular del centro de trabajo, quien organiza y dirige la actividad productiva de la que resulta beneficiado, sobre él recae el poder de tomar todas las decisiones referidas a establecer las mejores condiciones de trabajo. Se entiende por condición de trabajo cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de **riesgos** para la seguridad y salud del trabajador¹⁸⁰, tal es el caso de las instalaciones de equipos en el centro de trabajo para la protección del personal. Los factores de riesgo son los elementos que deben ser analizados por los empleadores para controlar que las condiciones de trabajo sean las adecuadas para mantener la salud y seguridad de los trabajadores. Los *factores de seguridad en el trabajo*, agrupa a todos aquellos elementos que pueden ser origen de

¹⁸⁰ GONZÁLEZ RUIZ, Agustín. Op.cit. pág. 28.

accidentes de trabajo, y los *factores de higiene industrial*, agrupa a todos los elementos que pueden generar enfermedades derivadas del trabajo.

b) Principio de prevención: Todo empleador debe garantizar en el centro de trabajo el establecimiento de medidas y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de sus trabajadores. La prevención implica un conjunto de actividades orientadas a la conservación de la salud de las personas con el fin de evitar o disminuir los riesgos derivados del trabajo. Para ello, el empleador tiene como primera obligación laboral evaluar los riesgos existentes en su empresa, a fin de realizar una adecuada planificación de prevención, que comprende a los puestos de trabajo en que concurren riesgos. El *análisis objetivo* comprende la evaluación de las condiciones de trabajo existentes o previstas, y el *análisis subjetivo* evaluar al trabajador que va desempeñar su labor en un puesto de trabajo con características singulares, por ejemplo, un trabajador que es sensible al calor, debe ocupar un puesto distinto al que no lo es.

c) Principio de responsabilidad: Todo empleador debe asumir las consecuencias de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones. Este principio se aplica incluso cuando los empleadores hayan tomado todas las medidas preventivas, siempre que se trate de un accidente de trabajo. Es decir, los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de sus labores. Se consideran también accidentes de trabajo, los que sufre el trabajador al ir o volver de su lugar de trabajo, llamados también como “de circulación”. En el caso de las enfermedades, el empleador es responsable cuando estas sean contraídas por el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la realización del trabajo. El autor José María Cortés¹⁸¹, considera que también se encuentran incluidas a las enfermedades padecidas por el trabajador con anterioridad al

¹⁸¹ CÓRTEZ DÍAZ, José María. Op. cit. pág. 595.

inicio de sus labores, siempre que se hayan agravado como consecuencia del trabajo realizado.

En nuestro ordenamiento laboral, la responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se manifiesta cuando no contrata el seguro que cubra estas contingencias, esto es, el SCTR o cuando se hubieran incumplidos las normas establecidas en la Ley N° 29783, sobre seguridad y salud en el trabajo.

d) Principio de cooperación: El Estado, empleadores, trabajadores y sus organizaciones sindicales, deben establecer mecanismos que garanticen una permanente colaboración y coordinación en materia de seguridad y salud en el trabajo.

e) Principio de información y capacitación: Los trabajadores deben recibir del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva de riesgos para la vida y salud de ellos y de sus familias. Este principio establece que es obligación de todo empleador de facilitar una formación práctica y adecuada en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo a los trabajadores que contrata, así como cuando los cambie de puesto de trabajo o tengan que aplicar una nueva técnica que pueda ocasionar riesgos graves para el propio trabajador y terceros, para lo cual pueden utilizar sus propios servicios o servicios de salud externos.

f) Principio de gestión integral: Todo empleador debe promover e integrar la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa. Este principio está muy ligado a la planificación empresarial que debe establecer un empleador para evitar riesgos en el centro laboral, o en el caso de encontrarse riesgos determinar las medidas a tomar sobre ellos.

g) Principio de atención integral de la salud: Los trabajadores que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral.

En nuestra legislación actual, la Ley N° 26790, Ley de Modernización en Seguridad Social establece un plazo máximo de trescientos cuarenta (340) días consecutivos o quinientos cuarenta (540) días no consecutivos para el subsidio por incapacidad temporal, luego de lo cual si la incapacidad se mantiene, el trabajador puede optar por su pensión de invalidez. La Ley N° 29783 señala que la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo desarrollada por el Estado, en consulta con organizaciones de empleadores y trabajadores, deben garantizar la readaptación, la reinserción y la reubicación laboral por discapacidad temporal o permanente en el trabajador. Sin embargo, debemos precisar que en nuestra legislación laboral no existe norma que obligue al empleador a reubicar a un trabajador cuando no pueda seguir laborando en un puesto determinado por su salud.

h) Principio de consulta y participación: El Estado promueve mecanismos de consulta y participación de las organizaciones de empleadores y trabajadores para la adopción de mejoras en materia de seguridad y salud en el trabajo. Todo empleador debe permitir la participación de los trabajadores en la empresa para cuestiones relacionadas con la prevención de riesgos en el trabajo, por ello el Reglamento ha establecido la obligación de conformar un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo en empresas que cuenten con más de veinticinco trabajadores (25), si son menos trabajadores los trabajadores deben nombrar un supervisor.

i) Principio de veracidad: Los empleadores, trabajadores, y demás entidades públicas y privadas brindarán información completa y veraz sobre seguridad y salud en el trabajo.

La información relacionada sobre seguridad y salud en el trabajo será verificada por los inspectores nombrados para tal fin por la SUNAFIL o los Gobiernos Regionales¹⁸²

4. Alcances Normativos

A nivel constitucional, la Constitución Política de 1979¹⁸³ daba al Estado la responsabilidad de legislar sobre seguridad e higiene en el trabajo, a fin de prevenir los riesgos profesionales y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores, pero, la Constitución Política de 1993 (en adelante la Constitución) no establece en forma explícita esta responsabilidad.

Sin embargo, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, dispone que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son aplicables para la interpretación de los derechos y libertades que la Constitución consagra en materia laboral, con lo cual se debe considerar a los convenios internacionales de trabajo (OIT) que han sido ratificados por el gobierno peruano, que refuerzan nuestra legislación nacional en materia laboral, específicamente en materia de seguridad social y seguridad y salud en el trabajo. (Ver cuadro 8)

Cuadro 8

CONVENIOS INTERNACIONALES DEL TRABAJO

¹⁸² Al respecto, ver data actualizada adjunta sobre las inspecciones llevadas a cabo por la SUNAFIL o los Gobiernos Regionales en materia de accidentes de trabajo.

¹⁸³ **Artículo 47°.**- “Corresponde al estado dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo, que permitan prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores”

Es una atribución del Estado proteger a los trabajadores con medidas de higiene y seguridad, previniendo los riesgos profesionales y garantizando la salud y la integridad física de todos. Por eso, además de atribución, es un deber y una responsabilidad de suma importancia.

APROBADOS Y RATIFICADOS POR EL PERÚ EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

CONVENIO	MATERIA Y FECHA	APROBACION	
		Resolución Legislativa	Fecha
12	Indemnización por accidentes de trabajo (agricultura), 1921	14033	24-02-62
24	Seguro de enfermedad (industria), 1927	10195	23-03-45
25	Seguro de enfermedad (agricultura), 1927	13284	15-12-59
32	Protección de los cargadores de muelle contra los accidentes (revisado), 1932	14033	24-02-62
35	Seguro de vejez (industria, etc.), 1933	10195	23-03-45
36	Seguro de vejez (agricultura), 1933	13284	15-12-59
37	Seguro de invalidez (industria, etc.), 1933	10195	23-03-45
38	Seguro de invalidez (agricultura), 1933	13284	15-12-59
39	Seguro de muerte (industria, etc.), 1933	10195	23-03-45
40	Seguro de muerte (agricultura), 1933	13284	15-12-59
45*	Trabajos subterráneos (mujeres), 1935	10195	23-03-45
55	Obligaciones del armador en caso de enfermedad o accidente de la gente de mar, 1936	14033	24-02-62
56	Seguro de enfermedad de la gente de mar, 1936	14033	24-02-62
62	Prescripciones de seguridad (edificación), 1937	4033	24-02-62
69	Certificado de aptitud de los cocineros de buque, 1946	4033	24-02-62
70	Seguridad social de la gente de mar, 1946	14033	24-02-62
71	Pensiones de la gente de mar, 1946	14033	24-02-62
73	Examen médico de la gente de mar, 1946	14033	24-02-62
77	Examen médico de los menores (industria), 1946	14033	24-02-62
78	Examen médico de los menores (trabajos no industriales),		

1946	14033	24-02-62
102 Seguridad social (norma mínima), 1952	13284	15-12-59
113 Examen médico de los pescadores, 1959	14033	24-02-62
127 Peso máximo de la carga que puede ser transportada por un trabajador, 1967	29008	28-04-07 ^{184*}
139 Cáncer profesional, 1974	21601	31-08-76
152 Seguridad e higiene (trabajos portuarios), 1979	24668	19-05-87
159 Readaptación profesional y empleo (para personas inválidas), 1983	24509	28-05-86
176 Seguridad y Salud en las minas, 1995	29012	01-05-07**

¹⁸⁴ Si bien el Perú no firmó todos los Convenios que versan sobre seguridad y salud, es importante mencionarlos:

Convenio N° 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981

Protocolo de 2002 (N° 155) relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981

Convenio N° 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985

Convenio N° 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006

Convenio N° 115 sobre la protección contra las radiaciones, 1960

Convenio N° 148 sobre el medio ambiente de trabajo (contaminación del aire, ruido y vibraciones), 1977

Convenio N° 162 sobre el asbesto, 1986

Convenio N° 170 sobre los productos químicos, 1990

Convenio N° 174 sobre la prevención de accidentes industriales mayores

Convenio N° 120 sobre la higiene (comercio y oficinas), 1964

Convenio N° 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988

Convenio N° 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995

Convenio N° 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001

Convenio N° 188 sobre el trabajo en la pesca, 2007
 Convenio N° 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964s, 1993

* Ratificado recientemente por el Perú mediante Decreto Supremo N° 029-2007-RE (19/05/2007).

** Ratificado recientemente por el Perú mediante Decreto Supremo N° 030-2007-RE (19/05/2007).

Los convenios señalados en el cuadro precedente constituyen parte de nuestro derecho y por tanto son de obligatorio cumplimiento por parte del Estado y los ciudadanos del país. De otro lado, tenemos la Decisión N° 584, “Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo” y su reglamento, aprobado por la Resolución N° 957, que constituye – de conformidad con el Derecho Comunitario Andino - una ley comunitaria en seguridad y salud en el trabajo que no requieren de procedimientos de recepción en el ordenamiento interno de los Países Miembros, para surtir todos sus efectos. Este dispositivo como veremos más adelante también establece una responsabilidad solidaria (entendemos directa) entre los empleadores, empresas, contratistas, subcontratistas, enganchadores y demás modalidades de intermediación laboral frente a los trabajadores, de acuerdo a los parámetros que establezca la legislación nacional de cada País Miembro.

También es importante recordar que, como ya se ha señalado, nuestra legislación cuenta una recientemente publicada Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, así como con el reglamento de la referida ley, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-2012-TR¹⁸⁵. La finalidad de dichas normas es que los sectores unifiquen principios y criterios sobre seguridad y salud en el trabajo a fin de reducir los riesgos, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Sin embargo, también contamos con normas en materia de seguridad y salud en el trabajo de tipo sectorial; no obstante, como acertadamente señala López Valcarcel¹⁸⁶, los esfuerzos que se han hecho en un determinado sector no se han complementado con los realizados en otros sectores. Estas y otras normas se mantienen vigentes en tanto no se opongan a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento, más aún si contemplan mayores beneficios para los trabajadores.

¹⁸⁵ Que derogó el Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo aprobado por el Decreto Supremo N° 009-2005-TR.

¹⁸⁶ López-Valcárcel, Alberto. En: “Seguridad y Salud en el Trabajo en el marco de la globalización de la economía”. Editorial OIT. Año 1996. pág. 105.

4.1. Legislación Comparada

El panorama de la seguridad y salud en el trabajo en América, demuestran que los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales no son ajenos a la realidad de nuestro país. En efecto, en los países de Ecuador, Bolivia, Colombia y Venezuela en el sector de construcción, son cada vez más altos los niveles de mortalidad por accidentes de trabajo, con lo cual las políticas y programas de seguridad y salud podrían ser consideradas deficientes.

Según López Valcarcel¹⁸⁷, algunas de las causas que generan los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en diversos países latinoamericanos, es que *no cuentan con registros y estadísticas de estos sucesos*, lo cual dificulta la aplicación de tasas variables en los seguros de riesgos profesionales, de acuerdo con la experiencia de siniestralidad acreditada por cada empresa; lo que significa la pérdida de un estímulo económico importante para que las empresas inviertan en seguridad y salud en el trabajo.

Otro factor común en los demás países hermanos, es la *falta de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo*, problema que trata de ser resuelto en nuestro país mediante las normas relacionadas a la Seguridad y Salud en el Trabajo y mediante las acciones iniciadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo en materia de inspección, como capacitaciones en esta materia, la especialización de los inspectores de trabajo, la data que se viene creando en las materias de seguridad y salud que vienen siendo fiscalizadas, entre otras.

¹⁸⁷ López-Valcárcel, Alberto. Op. cit. pág. 134.

Comentario aparte merece la legislación sobre seguridad y salud en el trabajo regulado en España, porque promueve una cultura de la prevención de riesgos laborales mediante su promoción en todos los niveles educativos, lo que permite de alguna manera la reducción de riesgos laborales.

4.2. La Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), y su Reglamento aprobado mediante D.S. N° 005-2012-TR

La LSST es aplicable a todos los sectores económicos y que prestan servicios; y las obligaciones allí dispuestas comprenden a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada y del sector público en todo el territorio nacional, así como a los trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, e incluso a los trabajadores por cuenta propia. El objetivo de la referida norma es promover en las empresas una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con la participación de los empleadores, trabajadores y el Estado, quienes a través de la concertación velarán por la promoción, difusión y cumplimiento del Reglamento. Lo novedoso de la nueva ley de SST es que establece legalmente la responsabilidad del empleador ante la ocurrencia de un accidente o enfermedad que sea consecuencia del incumplimiento de las obligaciones allí establecidas. Así, conforme pasaremos a detallar más adelante, se establece una responsabilidad civil, administrativa y penal.

En ese sentido, la política nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo está orientada a propiciar el mejoramiento de las condiciones de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo, con la finalidad de evitar o prevenir daños a la salud de los trabajadores, como resultado de la actividad laboral.

4.2.1. Obligaciones del Empleador: Registros de Gestión en SST

La Ley de SST y su reglamento señalan que el empleador es el responsable de la gestión de la seguridad y salud en el trabajo de sus trabajadores, para lo cual debe definir los requisitos de competencia necesarios en cada puesto de trabajo, adoptar disposiciones para que todo trabajador de su empresa esté capacitado para asumir deberes y obligaciones relativos a la seguridad y salud, y establecer programas de capacitación y entrenamiento para sus trabajadores.

El empleador debe elaborar registros y documentación referidos a la gestión de la seguridad y salud en el trabajo, en función de sus necesidades. Dichos documentos, deben estar actualizados y a disposición de los trabajadores y de la autoridad competente, respetando el derecho a la confidencialidad. Estos documentos son los siguientes:

- Registro de accidentes de trabajo, enfermedades ocupacionales, incidentes peligrosos y otros incidentes, en el que deben constar la investigación y las medidas correctivas.
- Registro de exámenes médicos ocupacionales.
- Registro del monitoreo de agentes físicos, químicos, biológicos, psicosociales y factores de riesgo disergonómicos.
- Registro de inspecciones internas de seguridad y salud en el trabajo.
- Registro de estadísticas de seguridad y salud.
- Registro de equipos de seguridad o emergencia.
- Registro de inducción, capacitación, entrenamiento y simulacros de emergencia.
- Registro de auditorías.

Consideramos fundamental que el empleador para poder establecer estos registros debe realizar previamente una evaluación de riesgos que comprenda: clasificación de las actividades de trabajo, análisis de riesgos, valoración de riesgos y preparar un plan de control de riesgos, a efectos de iniciar las obligaciones establecidas en el RSST.

Asimismo, para una difusión de todas las medidas preventivas en materia de seguridad y salud en el trabajo, el empleador debe realizar lo siguiente:

- Facilitar a todo trabajador una copia del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo y asegurarse que lo pongan en práctica.
- Capacitar al trabajador.
- Elaborar un mapa de riesgos del centro de trabajo y exhibirlo en un lugar visible.
- Deber de comunicación y vigilancia permanente sobre los riesgos laborales existentes en el centro de trabajo.
- Otras desarrolladas por el RSST.

4.2.2. Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo

La Ley de SST establece que las empresas que cuenten con veinte (20) o más trabajadores tienen la obligación de constituir un Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante, el Comité). Las empresas que cuenten con menos de veinte (20) trabajadores deben nombrar cuando menos un supervisor de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe ser capacitado por el empleador.

El Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo debe estar constituido con igual número de representantes de la parte empleadora y de la parte trabajadora. Los trabajadores deben elegir a sus representantes o delegados de seguridad para que integren el Comité.

Es importante en esta obligación la participación tanto de los trabajadores como empleadores por cuanto podrán establecer medidas de prevención y protección, que reduzca efectivamente los riesgos laborales.

Entre las principales funciones del Comité, están:

- Hacer cumplir el Reglamento, las normas sectoriales y el reglamento interno de seguridad y salud de cada empresa.
- Aprobar el Programa Anual de Seguridad y Salud.
- Realizar inspecciones periódicas a las instalaciones de la empresa.
- Aprobar el reglamento interno de seguridad y salud.
- Reunirse mensualmente en forma ordinaria para verificar el cumplimiento del programa anual, y en forma extraordinaria, para analizar los accidentes graves o cuando las circunstancias lo exijan.
- Analizar las causas y estadísticas de los incidentes, accidentes y de las enfermedades ocupacionales emitiendo las recomendaciones respectivas.

Cuando el empleador cuente con varios centros de trabajo, cada uno de éstos puede contar con un Supervisor o Subcomité de Seguridad y Salud en el Trabajo, en función al número de trabajadores. De ser el caso, el Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo coordina y

apoya las actividades de los Subcomités o del Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo.

De acuerdo a lo expuesto, consideramos necesaria la actuación del Comité de Seguridad y Salud en el trabajo porque de acuerdo a las principales funciones esbozadas líneas atrás, su trabajo aportaría trascendentalmente para probar el incumplimiento de las normas que obligan al empleador sobre seguridad y salud en el trabajo, así como la magnitud en la que debería hacerse cargo éste de manera solidaria frente a riesgos laborales sufridos por los trabajadores.

4.2.3. Capacitación y Entrenamiento

Es obligación de las empresas realizar no menos de cuatro capacitaciones al año en materia de seguridad y salud en el trabajo. La capacitación y entrenamiento debe impartirse dentro de la jornada de trabajo, directamente por el empleador o por terceros.

Si la capacitación se realiza fuera del centro de trabajo o en una localidad distinta a la del centro de trabajo, el empleador deberá asumir los costos de traslado, así como los gastos de alimentación y alojamiento.

Se deberá establecer un plan anual de Capacitación de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe ser aprobado por el Comité de SST.

El empleador debe proporcionar a sus trabajadores equipos de protección personal adecuados, según el tipo de trabajo y riesgos específicos presentes en el desempeño de sus funciones.

En caso de peligro inminente el empleador debe establecer medidas que permitan a los trabajadores interrumpir sus labores e inclusive, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollen dichas labores.

Respecto a los sectores de trabajadores menos favorecidos, se establece que el empleador debe adoptar medidas necesarias para evitar la exposición de las trabajadoras en periodo de embarazo o lactancia a labores peligrosas. Las trabajadoras que se encuentren en estado de gestación tienen derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin disminuir su remuneración y categoría. Dichas medidas deberán mantenerse para garantizar la protección de la trabajadora o del recién nacido durante el periodo de lactancia, al menos hasta el año posterior al parto.

4.2.4. Derechos de los Trabajadores

La Ley de SST y su Reglamento establecen una participación activa por parte de los trabajadores y sus representantes en la gestión del sistema de SST; por lo que, entre los principales derechos de los trabajadores, tenemos los siguientes:

- Todo trabajador tiene derecho a comunicarse libremente con los inspectores de trabajo.
- Todo trabajador está protegido contra actos de hostilidad y medidas coercitivas por parte del empleador que se originen como consecuencia del cumplimiento de sus funciones en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.
- Todo trabajador tiene derecho a ser informado a **título grupal** de las razones los exámenes de salud ocupacional e investigaciones en relación con los riesgos para

la seguridad y salud en los puestos de trabajo, y a **título personal** sobre los resultados de los informes médicos previos a la asignación de un puesto de trabajo.

Los resultados de los exámenes médicos son confidenciales, y no pueden ser utilizados para ejercer discriminación alguna contra los trabajadores en ninguna circunstancia o momento.

- Los trabajadores tienen derecho a ser transferidos en caso de accidente de trabajo o enfermedad ocupacional a otro puesto que implique menos riesgo para su seguridad y salud, *siempre y cuando este exista*, debiendo ser capacitados para ello.
- Todo trabajador, sea cual fuere su modalidad de contratación y que mantenga vínculo laboral con el empleador tiene derecho, a través de sus empleadores respectivos, al mismo nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.

4.2.5. Responsabilidad

Como ya se indicó, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29783, todo empleador asume las consecuencias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de él, conforme a las normas vigentes. En efecto, la referida norma establece en dichos casos que el empleador es pasible de responder por una responsabilidad penal, administrativa y civil.

Cabe precisar que las obligaciones establecidas en la Ley N° 29783 alcanza incluso a los trabajadores de las contratistas, sub contratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza la vigilancia del cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de

seguridad y salud en el trabajo por parte de sus empleadores reales. Pero, ¿ si todo empleador asume las consecuencias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones quiere decir que hay supuestos en los que no se extendería? En efecto, se excluirían a los practicantes, valga recordar que no son considerados trabajadores con vínculo laboral pues así lo estableció la Ley de Modalidades Formativas; y del mismo modo, no se consideraría a otros terceros en general como los locadores por el hecho de que tampoco tienen vínculo laboral alguno con el empleador.

En relación a la responsabilidad administrativa, es aquí donde se aprecia el establecimiento de una solidaridad laboral en tanto el empleador principal responderá directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de cualquier persona que tenga vínculo con la empresa o se encuentre en sus oficinas (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).

En efecto, en relación a la responsabilidad penal, se establecen entre dos y diez años de privación de libertad para “el que infrinja” las normas de seguridad y salud en el trabajo pese a estar obligado a su cumplimiento y ponga en peligro la vida, salud o integridad física de los trabajadores.

De otro lado, en relación a la responsabilidad civil, se establece la obligación de pago de indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, por los accidentes de trabajo o enfermedades sufridas; para lo cual se requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

5. Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo

De acuerdo a lo establecido por el RSST, todo empleador debe establecer un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo (en adelante, el sistema), para lo cual debe realizar previamente, una evaluación inicial que le sirva de base sobre el estado de salud y seguridad en su centro de trabajo. Luego de ello, comparará los resultados obtenidos con lo regulado en este Reglamento a fin de planificar, desarrollar y aplicar mejor el sistema.

La planificación, desarrollo y aplicación del sistema debe permitir a la empresa cumplir con las normas legales nacionales vigentes, mejorar el desempeño laboral en forma segura y mantener los procesos productivos y/o de servicios de manera que sean seguros y saludables. Los objetivos de este sistema deben estar centrados en el logro de resultados específicos, realistas y posibles de aplicar por la empresa, y comprender lo siguiente:

- Medidas de identificación, prevención y control.
- Mejora continua de los procesos, la gestión del cambio, la preparación y respuesta a situaciones de emergencia.
- Las adquisiciones y contrataciones.

La supervisión del sistema debe permitir al empleador, identificar las fallas o deficiencias que le permita adoptar las medidas preventivas y correctivas necesarias para eliminar o controlar los peligros asociados al trabajo. Para ello, debe investigar los accidentes o enfermedades relacionados con el trabajo que le permita identificar los factores que los generan, y así planificar la acción correctiva pertinente.

Asimismo, todo empleador debe realizar auditorías periódicas (independientes), en las cuales participen los trabajadores con la finalidad de comprobar que el sistema sea aplicado en forma adecuada y eficaz para la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud de los trabajadores. Los resultados de estas auditorías deben ser comunicados al Comité.

6. Aspectos Económicos de la Seguridad

Según opinión de Rodellar¹⁸⁸, a raíz del fenómeno de la globalización surge una nueva cultura de la relación de la empresa con sus trabajadores, como factor de productividad. Esta nueva cultura podría resumirse en el convencimiento de la necesidad de “invertir en el trabajador”, tanto en lo que se refiere a su capacitación, como en lo referente a la mejora en sus condiciones de trabajo. La seguridad e higiene incide en los costos totales de la empresa distribuidos en costos fijos y costos variables. En los costos fijos, incide para todo aquello que represente la adopción de medidas técnicas y organizativas cuya finalidad sea la de incrementar el nivel o grado de seguridad e higiene.

Por su parte los costos variables inciden en las pérdidas que tienen lugar como consecuencia de los accidentes de trabajo. En ese sentido, los costos fijos pueden influenciar en las reducciones de los costos variables siendo beneficioso para la productividad de la empresa. Dicho de otra forma, mientras más se invierta en los costos fijos (medidas de prevención y protección en seguridad y salud en el trabajo) considerándolo como una inversión rentable, se reducirán los costos variables, que generan mayores pérdidas económicas a las empresas.

Sin embargo, en nuestra realidad esta inversión en las medidas de prevención y protección en seguridad y salud de los trabajadores no es considerada como tal, sino como costos

¹⁸⁸ RODELLAR LISA, Adolfo. Op. cit. pág. 150.

laborales por cuanto los empleadores tienen otras obligaciones laborales económicas (tasas por inscribir contratos de trabajo, autorizar planillas, entre otros) que no le permiten invertir más en dichas medidas.

En nuestra opinión, en términos económicos consideramos que el invertir en condiciones de trabajo más seguras y eficaces, así como en la realización de exámenes médicos y capacitación puede incrementar los niveles de productividad de las empresas, porque las multas o indemnizaciones que reclamen los trabajadores por concepto de accidente de trabajo pueden resultar más onerosas, sin embargo, aún resulta ser un tema discutible.

III. SOLIDARIDAD LABORAL EN LOS RIESGOS LABORALES

Una vez identificadas cada una de las obligaciones por parte del empleador tanto en materia preventiva de seguridad y salud en el trabajo como respecto al aseguramiento de los trabajadores como mecanismo de prevención en materia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (SCRT), vamos a analizar cada una de las disposiciones que regula nuestra legislación donde se ha establecido una solidaridad conjunta pasiva, esto es, cuando coexiste más de un empleador, ya que como es analizado en los capítulos anteriores es precisamente en este supuesto que debemos determinar los alcances de la solidaridad laboral.

Como sabemos, en el actual contexto las actividades laborales de dos o más trabajadores pertenecientes a distintas empresas se desarrollan de manera simultánea y concurrente en un mismo centro de trabajo o lugar de trabajo, tal y como sucede en las relaciones de intermediación o tercerización, antes explicadas anteriormente. En ocasiones, puede tratarse del mismo tipo de actividad laboral y en otras de distinta actividad laboral, tampoco existe ningún vínculo jurídico entre las empresas y en otros sí existe algún tipo de relación jurídica, ya sea porque estamos ante la figura de las contratadas y subcontratadas, que a su vez

puede darse entre empresas que desarrollen la misma actividad, total o parcialmente, u otra distinta, o bien porque nos encontremos ante la construcción jurisprudencial del denominado “grupo de empresas”.

Tal situación, esto es, la concurrencia de actividades laborales de trabajadores de más de una empresa en un mismo centro o lugar de trabajo viene a añadir, a los riesgos laborales que cada trabajador debe soportar derivados de su propia actividad, los que puede generar la actividad de los trabajadores de otras empresas con los que presta servicios de forma simultánea. En algunos casos, los propios riesgos de una actividad se ven incrementados o agravados por las actividades de los otros trabajadores, más si desconocen los riesgos a los que se van a ver afectados por la actividad de los pertenecientes a las otras empresa.

En efecto, si una empresa que se dedica a los servicios de instalación eléctrica celebra un contrato de servicios con otra empresa, para llevar a cabo por etapas la instalación eléctrica del área de almacén; para lo cual, en una primera etapa de solo cableado en la que no existía contacto con la electricidad esta segunda empresa decidió subcontratar los servicios de una persona natural con negocio, que tenía a su cargo personal que fue desplazado en las instalaciones de primera empresa, para llevar a cabo esa primera etapa. No obstante, en plena instalación del cableado se dio una inesperada fuga eléctrica que generó el deceso de uno de los trabajadores del empresario con negocio, muriendo en el acto. Al momento del accidente de trabajo, el trabajador no llevaba consigo el equipo de protección ni con seguro contra accidentes.

Ante este caso, surgen las siguientes interrogantes: ¿quién o quiénes son los que deben responder ante la muerte del trabajador? ¿cómo se pudo evitar la muerte del trabajador? ¿cuáles serían las consecuencias para el designado como responsable del accidente de trabajo producido?

En el sector de construcción civil, específicamente en la ejecución de una obra, intervienen no solo trabajadores de una empresa, sino también trabajadores de contratistas y subcontratistas. En este caso, el empleador en cuyas instalaciones se desarrolle la obra y realicen actividades en forma conjunta con trabajadores de otros empleadores, es quien debe garantizar la seguridad y salud en el trabajo dentro de la misma.

1. SOLIDARIDAD LABORAL EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

La ley de SST establece que el empleador debe vigilar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de las contratistas, subcontratistas, así como de las empresas especiales de servicios (*services*) o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo, o con ocasión del trabajo correspondiente al empleador.

Asimismo, están protegidos los trabajadores sea cual fuere su modalidad de contratación, sea 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 antes señalado, por lo que a través de sus empleadores tendrán el mismo nivel de protección en dicha materia. En el caso que la empresa tenga en su centro de trabajo a personal destacado por sus contratistas, deberá ser la empresa principal quien verifique la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, obligación que en caso de no ser observada conduce a la obtención de multas pecuniarias otorgadas por SUNAFIL. En caso de incumplimiento, el artículo Ley N° 29783 ¹⁸⁹ha establecido que la empresa principal es

¹⁸⁹ "Artículo 68. Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores

la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse. También es responsable de 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.

La solidaridad laboral en materia de seguridad y salud no solo se da ante la ocurrencia de accidentes o la ocurrencia de enfermedades profesionales, también se presenta cuando el empleador no ha implementado el Sistema de Gestión de Seguridad y Salud (previo al accidente), no ha capacitado en los riesgos de seguridad en el puesto de trabajo asignado a cada trabajador, no haber entregado un ejemplar con el Reglamento de Seguridad y Salud o con el listado de riesgos específicos de su puesto, es decir, se da de forma previa al accidente o la ocurrencia de la enfermedad ocupacional.

Ante esta falta de diligencia del empleador, lo hace responsable en caso se genere un accidente o enfermedad ocupacional, si participa más de una empresa en la prestación de

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.”

los servicios de un trabajador se genera una solidaridad laboral en materia de accidentes y enfermedades ocupacionales.

En materia de seguridad y salud en el trabajo, se propone una responsabilidad absoluta, directa, y objetiva con los hechos muy similar a la propuesta en la relación de tercerización entre contratistas y subcontratistas, desarrollada en el capítulo III. No obstante, consideramos que lo dispuesto es insuficiente porque el dueño de la obra y responsable del Sistema de Gestión en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo debe cumplir previamente dos obligaciones principales:

- a) Con carácter general y haya o no vínculos jurídicos entre las empresas involucradas, se debe establecer un deber de coordinación y de cooperación para la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales.
- b) Si existe una relación jurídica entre ellas en virtud de un contrato de tercerización o intermediación u otro, es necesario un deber de vigilancia de la empresa principal sobre la mercerizada o intermediada de cumplimiento por esta de la normativa sobre prevención de riesgos laborales. En el caso de la actividad de construcción, dicho deber de vigilancia se extiende incluso en el caso de la empresa que la contrata o subcontrata no se refiera a la misma actividad.

Ahora bien, remitiéndonos al caso de la contratista, la sub contratista y la persona natural con negocio propio, consideramos que si se hubiese establecido una coordinación y vigilancia entre las empresas involucradas, se hubiera evitado la ocurrencia del accidente de trabajo que generó la muerte del trabajador del empresario con negocio propio. Al no haberse presentado este escenario la responsabilidad alcanza tanto a la empresa contratista, como a la sub contratista y al empresario con negocio propio por el daño irreparable sufrido por el trabajador.

En tal sentido, independientemente la responsabilidad establecida, nada exige a los familiares directos del empleador demandar al empleador ante el juez laboral por los daños generados a consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador¹⁹⁰; en cuyo caso, como se ha señalado en el reciente Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2012, se podrá demandar por responsabilidad contractual tanto por daño moral (que abarca el lucro cesante y daño emergente), como por daño moral (especialmente en los casos de enfermedad profesional); ante lo cual, el trabajador deberá cumplir con probar la existencia de la enfermedad profesional, mientras que el empleador deberá probar el cumplimiento de su obligaciones legales, laborales y convencionales. Si el trabajador lograra probar la existencia del daño, el establecimiento del monto del resarcimiento será determinado de acuerdo a lo establecido en el Artículo 1332° del Código Civil.

Por su parte, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo ha establecido que 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; siendo tales obligaciones inobservadas sancionadas penalmente conforme a la Ley N° 30222¹⁹¹.

¹⁹⁰ Era materia de discusión, si el incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud podía ser reclamada por la vía civil (por responsabilidad extracontractual) o por la vía laboral, o por ambas. Al respecto, este tema ha sido aclarado por el Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, en cuyo Tema N° 05 se ha establecido que es competencia de los jueces laborales conocer y resolver las demandas de indemnización por daños y perjuicios originadas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, entre ellas las de seguridad y salud en el trabajo.

¹⁹¹ Ley que modificó la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y habiendo sido notificado previamente por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Asimismo, la LGIT ha establecido que las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios, deberán responder directamente por las infracciones generadas por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

En este caso, la LGIT establece más que una responsabilidad solidaria las consecuencias del incumplimiento por parte de las empresas involucradas en la actividad riesgosa, determinándose sanciones por las faltas cometidas respecto a la prevención de riesgos laborales, siendo aplicada en función a la gravedad de falta y el número de trabajadores involucrados.

En efecto, el empleador deberá realizar lo siguiente:

- ✓ La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales.
- ✓ La materialización de medidas de seguridad y salud de los trabajadores.
- ✓ La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normativa vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno de los empleadores por la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Asimismo, el empleador vigilará el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de las referidas contratistas, subcontratistas,

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.

Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.”

así como de las empresas especiales de servicios (*services*) o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo, o con ocasión del trabajo correspondiente al empleador.

De lo expuesto, si bien el empleador tiene el deber de vigilar y verificar la contratación de los seguros, la fiscalización del cumplimiento de la normativa, a nuestra consideración, no excluye la solidaridad que debe existir entre ambos ante el surgimiento de consecuencias de- por ejemplo- accidentes de trabajo.

En segundo lugar, debemos considerar que en materia de seguridad y salud en el trabajo están protegidos los trabajadores cual fuere su modalidad de contratación, sea 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 antes señalado, por lo que a través de sus empleadores tendrán el mismo nivel de protección en dicha materia.

Ahora bien, más allá de la responsabilidad solidaria que existe en el empleador principal y las empresas contratistas y subcontratistas, es importante señalar que para la implementación del SGSST será necesaria la colaboración de profesionales especialistas en materia de seguridad y salud en el trabajo, a fin de prevenir la ocurrencia de accidentes de trabajo.

Finalmente, los efectos que prevén las normas de seguridad y salud extienden sus efectos de responsabilidad directamente a las empresas involucradas con construcción civil o el régimen minero, cuya normativa especial no regula específicamente esta materia, salvo algunos convenios que logren suscribir sus sindicatos respectivos.

1.1. Alcance objetivo de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad y salud en el trabajo

Si tanto la empresa principal como la contratista no previeron las medidas necesarias de seguridad y salud en el trabajo; así como no contrataron un SCTR antes de prestar los servicios y el trabajador resulta accidentado, por el principio protector deberán asumir solidariamente los gastos de sepelio así como una reparación civil para su familia, toda vez que de haber estado asegurado hubieran recibido una reparación económica o pensión de sobrevivencia. Un tema aparte es que podría enfrentar una demanda vía judicial sobre los daños ocasionados, el proyecto de vida del trabajador accidentado; en cuyo caso, el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 2012, ha señalado que en este caso se podrá demandar por responsabilidad contractual tanto por daño moral (que abarca el lucro cesante y daño emergente), como por daño moral (especialmente en los casos de enfermedad profesional).

1.2. Alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad y salud en el trabajo

Como ya señalamos la solidaridad alcanza a todos los que intervinieron en la realización de la obra sin importar el vínculo jurídico que los una, esto es, al contratista, a los sub contratistas, los empresarios titulares de los centros de trabajo, los propietarios de la obra, entre otras personas naturales.

1.3. Alcance temporal de la responsabilidad solidaria en materia de seguridad y salud en el trabajo

En este caso dado de que se trata de proteger la vida o integridad de una persona, los familiares del trabajador fallecido podrán acudir a la Sunafil o a los Gobiernos Regionales hasta por cuatro años, contados desde el cese de la trabajadora para hacer valer su derecho.

2. SOLIDARIDAD LABORAL EN MATERIA DE SCTR

Siguiendo el mismo ejemplo de la contratista, la sub contratista y la persona natural con negocio propio, si la empresa principal al no haber asegurado con el SCTR al trabajador accidentado o de haber supervisado que la persona natural con negocio propio hubiera contratado un SCTR a favor de su personal, se hubiera evitado la ocurrencia del accidente que generó la muerte del trabajador, o por lo menos genera a favor de la familia un pago único que les permita subsistir en estos casos.

En efecto, debemos tener en cuenta que la seguridad social es un sistema institucionalizado de prestaciones individualizadas, basado en la prevención del riesgo y en la redistribución de recursos, con el único propósito de coadyuvar en la calidad y el proyecto de vida de la comunidad, cuyo principio de solidaridad genera que los aportes de los trabajadores activos sirvan de sustento a los retirados mediante los cobros mensuales de las pensiones, y en el caso de los empleadores los aportes que deben realizar a favor de sus trabajadores para garantizar su protección en caso sufran un accidente de trabajo o enfermedad profesional. En este caso, la Entidad Empleadora es responsable frente a EsSalud o la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorguen al trabajador afectado por un accidente o enfermedad profesional que, estando expuestos al riesgo, no hubiera sido asegurado¹⁹².

¹⁹² En aplicación del Art. 88 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

En caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional que se produzcan como consecuencia directa del incumplimiento de las normas de salud ocupacional o de seguridad industrial, por negligencia grave imputables a la entidad empleadora, por agravación de riesgo o incumplimiento de las medidas de protección o prevención; EsSalud o la Entidad Prestadora de Salud y la Oficina de Normalización Previsional o la aseguradora particular, cubrirán el siniestro siendo posible que ejerzan el derecho de repetición, contra la entidad empleadora, por el costo de las prestaciones otorgadas.

Como se puede apreciar, en materia de seguridad social también se ha establecido en las normas que regulan el SCTR una responsabilidad solidaria por parte de las entidades empleadoras junto con el Estado, por lo que en caso de accidente de trabajo, el primer obligado a responder será el empleador principal o responsable del sistema de gestión en materia de seguridad y salud, y a falta de éste, la entidad de EsSalud o particular que atienda al trabajador accidentado asumirá los gastos para luego cobrárselos al empleador.

2.1. Alcance objetivo de la solidaridad laboral en materia de SCTR

La solidaridad comprende el valor de la cobertura a la que está obligada la aseguradora de haberse contratado el SCTR a favor del trabajador afectado, por lo que comprenderá las prestaciones médicas, económicas y de rehabilitación, en este caso, dicha cobertura será asumida por el empleador sea único o complejo.

2.2. Alcance subjetivo de la solidaridad laboral en materia de SCTR

Como ya indicamos anteriormente, en estos casos existe una responsabilidad objetiva entre la entidad empleadora obligada principal y no principal de supervisar las obligaciones en materia de seguridad y salud y el Estado, quien deberá asumir los costos que generen las consecuencias del accidente o enfermedad padecido por el trabajador .

2.3. Alcance temporal de la solidaridad laboral en materia de SCTR

En este caso, consideramos que la solidaridad alcanzaría hasta los diez años de prescripción que puede reclamar el trabajador perjudicado, ya que en la norma que regula el SCTR no se ha establecido un plazo por el que está obligado el empleador que no contrató el seguro. En todo caso, como un mínimo inicial se debería garantizar el tiempo que dure la recuperación o rehabilitación del trabajador accidentado o enfermo.

IV. OBLIGACIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS PREVENTIVAS

Se ha mencionado ya el deber constitucional del empleador de no afectar la integridad del trabajador durante el ejercicio de sus funciones, a través de la obligación de establecer medidas específicas que garanticen la seguridad y la salud del trabajador. Dichas obligaciones se derivan de un deber esencial al contrato de trabajo que es el deber de prevención. En términos generales, este deber de prevención se traduce en brindar las garantías necesarias y adecuadas para que los trabajadores gocen de una protección eficaz frente a los riesgos derivados del trabajo, en virtud del derecho constitucional a la vida e integridad.

De esta forma, lo que se exige es que el empleador pueda planificar adecuadamente una serie de medidas y acciones constantes tanto en el plano organizacional, técnico y legal a efectos de que puedan disminuirse o evitarse accidentes de trabajo. Es por ello que se exige la implementación de planes anuales de trabajo dentro del sistema de gestión de seguridad y salud, debiendo ser revisados con periodicidad anual a efectos de adaptarse a los nuevos cambios y/o riesgos que puedan haberse generado.

El deber de prevención tiene que trascender al tipo de actividad, el número de trabajadores y la forma de organización de la actividad productiva; por lo que resulta irrelevante el hecho que el empleador no se dedique a actividades altamente riesgosas y que el empleador sólo tenga a un trabajador a su cargo. Ciertamente, en estos casos las acciones esperadas y derivadas del deber de prevención serían mínimas, pero de ninguna forma podríamos afirmar que serán innecesarias o inexistentes, pues el cumplimiento de las normas vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo resultan obligatorias para todo tipo de empleadores; y con ello nos referimos a la existencia de solidaridad laboral en todas sus formas. Asimismo, las acciones derivadas del deber de prevención deben ser permanentes, en tanto debe procurarse la mejora y perfeccionamiento del sistema de seguridad y salud en el trabajo, a partir de evaluaciones, auditorías internas y externas.

Como parte del cumplimiento de la planificación adecuada, se encuentra la obligación de evaluar los riesgos en su origen, procurando sustituir las actividades que generen riesgos peligrosos por aquellas que no impliquen riesgo o poco riesgo. Asimismo, deberá adaptarse el trabajo a la persona, brindando las instrucciones y recomendaciones adecuadas para el uso de maquinarias, otorgando los equipos de seguridad adecuados y procurando su correcto y oportuno uso. En algunos casos, esta planificación adecuada deberá implicar la contratación de personal especializado, en los casos en los que las actividades empresariales resulten altamente riesgosas y sea necesario contar con conocimientos técnicos especializados que permitan una adecuada planificación.

V. RESPONSABILIDAD CONJUNTA DE ENTIDADES ESTATALES

La implementación de medidas de prevención para la ocurrencia de riesgos laborales es un deber que no sólo recae en el empleador; pues, en el entendido que el deber de prevención busca resguardar los derechos a la vida e integridad del trabajador, el Estado debe proveer los mecanismos adecuados para la satisfacción plena de dichos derechos; por lo que el Estado no está exento de obligaciones en torno al particular.

Además, el Perú ha ratificado el Convenio 81, sobre Inspección del Trabajo en la Industria, por lo que, en virtud del artículo 9° de dicho instrumento internacional, se obligó a dictar las medidas necesarias para garantizar la colaboración de peritos y técnicos debidamente calificados, entre los que figurarán especialistas en medicina, energía, electricidad y química en el servicio de inspección, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones relativas a la protección de la salud y seguridad de los trabajadores en el ejercicio de su profesión, así como a investigar los efectos de los procedimientos empleados, de los materiales usados y los métodos de trabajo empleados. No olvidemos que, a nivel regional, al ser parte de la Comunidad Andina de Naciones, el Perú se encuentra obligado a implementar una política de prevención de riesgos laborales y vigilar así su cumplimiento, en virtud del Instrumento de Seguridad y Salud en el Trabajo. Por lo que este deber del Estado no es sólo oponible a los ciudadanos peruanos, sino que también lo es frente a los países miembros de la Comunidad Andina de Naciones.

En efecto, como se observa en la propia Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, el Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo otorga al Estado un rol importante, al establecer una responsabilidad conjunta con el empleador de garantizar las condiciones de trabajo adecuadas para preservar un estado de vida saludable, física, mental socialmente para el trabajador, todo ello en virtud del principio de protección. De esta forma, si bien el empleador es quien directamente puede y debe generar los mecanismos adecuados para la satisfacción del referido principio, el Estado cuenta con un rol fiscalizador y de control de la promoción, difusión y cumplimiento de las normas vinculadas a la seguridad y salud en el trabajo, en sus distintos aspectos.

Por un lado, tenemos que como consecuencia de este deber estatal, la Ley General de Inspección del Trabajo, Ley N° 28806, ha establecido un sistema de inspección con el objetivo de establecer una política laboral orientada a garantizar los derechos laborales, previsionales y de seguridad y salud en el trabajo, delegando en los inspectores las facultades y competencias necesarias para que ejerzan funciones de supervisión y control

vinculada al cumplimiento de normas laborales de seguridad y salud en el trabajo; para lo cual será importante contar con un número de inspectores de trabajo suficiente, que garantice el adecuado desempeño del sistema de inspección laboral.

Asimismo, el Ministerio de Trabajo ha establecido mecanismos de control para las empresas que realizan actividades de construcción civil, que como bien sabemos implica riesgos a la seguridad y salud del trabajador, mediante la implementación del Registro Nacional de Empresas Contratistas y Subcontratistas de Construcción Civil (RENECOSUCC) en el 2007, de inscripción obligatoria para las empresas contratistas y subcontratistas que brinden ocupación a los trabajadores de la industria de construcción civil, conforme al Decreto Supremo N° 004-2007-TR. En la actualidad, el referido Registro ha variado de nombre, conforme a lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 008-2013-TR, que aprobó el establecimiento del Registro Nacional de Obras de Construcción Civil (RENOCC), con alcance nacional y que comprende a todas las empresas del sector con la finalidad de disminuir la violencia que había venido generándose en este sector como consecuencia del uso inadecuado de las organizaciones sindicales para la comisión de actos criminales. Evidentemente, se espera que la implementación de este nuevo registro pueda disminuir el riesgo de atentado contra la vida y salud de los trabajadores propiciados no por el Empleador, sino por los propios obreros del sector.

Por otro lado, este deber estatal se manifiesta en las facultades otorgadas a las Municipalidades para que clausuren transitoria o definitivamente los establecimientos que brindan servicios en condiciones que constituyen peligro o riesgo para la seguridad de las personas, conforme a la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley N° 27972.

Entonces, se observa que el Estado, a partir de diversos mecanismos e instituciones, tiene también un deber importante en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, para prevenir la ocurrencia de riesgos laborales.

Recordemos también que es el Estado el principal garante de la protección del derecho a la integridad y el derecho a la vida; por lo que su omisión ocasiona responsabilidad, sea que se trate de una responsabilidad que recae en la administración pública o que recae en el funcionario público. Así, mediante el artículo 238° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, se ha establecido que las entidades estatales son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o servicios públicos directamente prestado por aquellas, con excepción de los casos que se hubieran generado por caso fortuito i fuerza mayor o cuando la entidad hubiera actuado razonable y proporcionalmente en defensa de la vida e integridad de las personas. Se establece incluso que cuando la entidad indemnice a los administrados, podrá repetir judicialmente contra las autoridades y demás personal a su servicio, considerando la responsabilidad en la que hubieran incurrido, tomando en cuenta la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal involucrado y su relación con la producción del perjuicio. No obstante, si en principio parece que tal indemnización se podría catalogar como efecto de solidaridad, consideramos que en este supuesto lo que existe es resarcimiento frente a un incumplimiento de obligaciones. Así también, de lo expuesto, mencionamos que es posible accionar contra la autoridad estatal en casos de omisión o retardo de función en los casos en los que su inacción haya ocasionado daños a la salud e integridad de los trabajadores, por haber permitido que el empleador mantenga condiciones de trabajo inseguras e insalubres.

IV. LOS RIESGOS LABORALES Y SU IMPORTANCIA CONSTITUCIONAL

Consideraremos riesgo laboral a toda situación derivada del contrato de trabajo que represente un peligro para la integridad del trabajador, pasible de ocasionar un accidente o en una enfermedad inherente a la propia actividad laboral. Conforme se ha señalado, el artículo 23° de la Constitución Política de 1993 establece una garantía que exige al empleador el respeto de los derechos fundamentales del trabajador y de su dignidad. Al respecto, el artículo 2°, numeral 1° de la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho a la integridad moral, física y psíquica; el cual constituye un *“atributo indeliblemente vinculado con la dignidad de la persona, y con los derechos a la vida, la salud, a la seguridad personal y al libre desarrollo y bienestar”*, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 2333-2004-HC/TC. En dicha oportunidad recalcó que *“el reconocimiento de la indemnidad humana, in totum, se expresa, como regla general, en la no privación de ninguna parte de su ser. Por ende, proscribida toda conducta que inflinja un trato que menoscabe el cuerpo o el espíritu del hombre”*. En razón de ello, apartado h) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución ha proscrito toda forma de violencia física, moral y psíquica.

Ya hemos señalado cómo con la Constitución Política de 1993 efectuó un recorte de los derechos laborales en relación a los deberes y derechos laborales reconocidos por la Constitución de 1979. De esta forma, observamos que el artículo 47° de la Constitución de 1979 establecía la obligación del Estado de *“dictar medidas sobre higiene y seguridad en el trabajo que permitan prevenir los riesgos profesionales, y asegurar la salud y la integridad física y mental de los trabajadores”*, obligación que si bien no se encuentra recogida textualmente en la Constitución vigente, consideramos que se encuentra comprendida en el artículo 23° del texto constitucional, que dota al trabajo de atención prioritaria por parte del Estado en sus diversas modalidades.

Esta atención prioritaria deriva en el deber del Estado de proteger la integridad de trabajadores, ya sea mediante la emisión de leyes y reglamentos que establezcan mecanismos de prevención de riesgos laborales y/o mecanismos eficientes de reparación de daños ante el acaecimiento de dichos riesgos en determinadas circunstancias, en atención al propio texto constitucional e instrumentos internacionales que conforman nuestro sistema jurídico. Por lo que, la implementación de medidas que reduzcan los riesgos laborales y la existencia de un deber de prevención deben ser exigidas a todo empleador para resguardar los derechos constitucionales del trabajador. Consideramos que este es también un fundamento sólido para el establecimiento de una institución de la solidaridad laboral que permita el cobro de acreencias que se vinculen al lucro cesante como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional.



CAPÍTULO VI. OTROS SUPUESTOS DE SOLIDARIDAD LABORAL

I. SEGURIDAD SOCIAL

Nuestro ordenamiento parte de un sistema de prestaciones médicas, económicas y de rehabilitación que el trabajador recibe en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional y que responden a una responsabilidad objetiva cuya cobertura lo asume el sistema de seguridad social, y en caso el empleador infractor no cumpla con asegurar a un trabajador que realiza una labor de riesgo deberá asumir directamente el pago de los daños y perjuicios ocasionados en contra del trabajador.

De esta manera, tenemos la citada normativa que regula el SCTR, que establece que las entidades empleadoras que realizan actividades de riesgo¹⁹³, están obligadas a contratar el SCTR, siendo de su cuenta el costo de las primas y/o aportaciones que origine su contratación. Están comprendidas en esta obligación las Entidades Empleadoras constituidas bajo la modalidad de cooperativas de trabajadores, Empresas de Servicios Especiales, sean Empresas de Servicios Temporales o sean Empresas de Servicios Complementarios, los contratistas y subcontratistas, así como toda institución de intermediación o provisión de mano de obra que destaque personal hacia centros de trabajo donde se ejecuten las actividades de riesgo. Tales entidades, están obligadas a verificar que todos los trabajadores destacados a su centro de trabajo, hayan sido debidamente asegurados conforme a las reglas de dicha normativa; en caso contrario, contratarán el seguro por cuenta propia a fin de garantizar la cobertura de dichos trabajadores, so pena de responder solidariamente con tales empresas proveedoras frente al trabajador afectado, al EsSalud y a la ONP.

¹⁹³ Señaladas en el Anexo 5 del Decreto Supremo N° 009-97-SA

Son asegurados obligatorios del SCTR, la totalidad de los trabajadores del centro de trabajo en el cual se desarrollan las actividades de riesgo, sean empleados u obreros, sean eventuales, temporales o permanentes. Para estos efectos, se considera "centro de trabajo" al establecimiento de la Entidad Empleadora en el que se ubican las unidades de producción en las que se realizan las actividades de riesgo inherentes a la actividad. Incluye también, a las unidades administrativas y de servicios que, por su proximidad a las unidades de producción, expone al personal al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional propio de la actividad productiva. Cuando por la dimensión del "centro de trabajo", las unidades administrativas o de servicios se encuentren alejadas de las unidades de producción por una distancia tal que evidencie que los trabajadores de dichas unidades administrativas o de servicios no se encuentran expuestas al riesgo de accidente de trabajo o enfermedad profesional propio de la actividad desarrollada por la Entidad Empleadora, ésta podrá decidir, bajo su responsabilidad, la no contratación del SCTR para dichos trabajadores. Finalmente, son también asegurados obligatorios del SCTR, los trabajadores de la empresa que, no perteneciendo al centro de trabajo en el que se desarrollan las actividades en mención, se encuentran expuestos al riesgo por razón de sus funciones, a juicio de la Entidad Empleadora y bajo las responsabilidades previstas en dicha normativa. Por lo que, ¿existe solidaridad laboral? La propia norma normativa favorece la aplicación de ésta a los casos de necesidad de cualquier trabajador en caso de contingencias para su integridad.

De otra parte, algunas disposiciones que encontramos en materia de seguridad social establecen una responsabilidad conjunta entre el Estado, que toda vez que aun cuando el empleador no cumpla con pagar las aportaciones por el SCTR, igual estará obligado a brindar las prestaciones médicas al trabajador en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional, para luego repetir contra la entidad empleadora obligada, quien ante la muerte o invalidez total y permanente del trabajador deberá asumir el costo de los daños ocasionados en caso no haya contratado oportunamente el SCTR. Y si bien es una responsabilidad en conjunto, consideramos que en este último supuesto, la solidaridad laboral no se presenta.

II. SEGURO DE VIDA LEY

El seguro de vida ley tiene su antecedente en el seguro de vida regulado mediante Ley N°4916, norma que establecía en su artículo 3° que todo empleado de comercio que hubiere prestado cuatro años de servicios ininterrumpidos, adquiriría el derecho a una póliza de seguro de vida, que debía ser asumido por el patrón considerando un tercio de la parte del monto total del sueldo percibido durante el periodo, obligándose el patrón a asumir el costo de las primas mientras que el trabajador permaneciera a su servicio. Se establecía que el trabajador conservaba la póliza incluso al término de la relación laboral, con excepción del caso en el que el término de la relación laboral se ocasionaba por una de las causales del artículo 294° del Código de Comercio. En caso de fallecimiento del trabajador, sólo tendría derecho a la póliza sus ascendientes, hermanas solteras y hermanos menores de 18 años.

Posteriormente, el seguro de vida ley estuvo regulado por el Decreto Legislativo N° 688, norma que estableció la obligación de los empleadores de contratar una Compañía de Seguros y asumir el pago de un seguro de vida en beneficio del trabajador que haya mantenido vínculo laboral con éste durante cuatro (4) años, debiendo considerarse el periodo completo laborado en caso de reingreso¹⁹⁴. Actualmente, es obligatoria la contratación de este seguro de vida desde el primer día de labores y en beneficio del trabajador.

Al respecto, se ha establecido que si el empleador no cumpliera con la obligación de contratar el seguro de vida ley y el trabajador falleciera o sufriera un accidente que lo invalide permanentemente, se encuentra obligado a pagar a sus beneficiarios el valor de la indemnización correspondiente que hubiera abonado la Compañía de Seguros, conforme se detalla a continuación:

¹⁹⁴ El Decreto Legislativo N° 688 ha sido modificado por la Ley N° 29549 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 003-2011-TR.

- Por fallecimiento natural del asegurado: dieciséis (16) remuneraciones mensuales, las cuales se establecen sobre la base del promedio de lo percibido por el trabajador en el último trimestre previo al fallecimiento.
- Por fallecimiento del asegurado a consecuencia de un accidente: treinta y dos (32) remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa al accidente.
- Por invalidez total o permanente del trabajador ocasionada por accidente: treinta y dos (32) remuneraciones mensuales percibidas por el trabajador en la fecha previa al accidente.

En este caso, existe responsabilidad directa pues comprende el valor de la cobertura a la que está obligada la aseguradora de haberse contratado el seguro de vida ley a favor del trabajador afectado. Asimismo existe una responsabilidad objetiva de la entidad empleadora obligada a la contratación del seguro y la Aseguradora, quien deberá asumir los costos que genere el trabajador por el accidente padecido.

Para un mejor control se ha creado el Registro Obligatorio de los Contratos de Seguro de Vida Ley con la finalidad de supervisar que el trabajador se encuentre cubierto en caso de fallecimiento por muerte natural o accidental.

III. HOSTIGAMIENTO SEXUAL

El hostigamiento sexual es un comportamiento que encuentra protección vigente en la Ley N° 27942 y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 014-2019-MIMP, norma cuyo ámbito de aplicación comprende centros de trabajo públicos y privados, resultando de aplicación tanto a trabajadores como a empleadores, sea que estemos frente a personal de dirección o de confianza, al titular, asociado, director, accionista o socio de la empresa o institución; asimismo, aplica a los funcionarios o servidores públicos cualquiera sea su régimen laboral. Asimismo, resulta aplicable a las demás personas que intervienen en relaciones no reguladas por el derecho laboral, tales como la prestación de servicios sujetas a las normas del Código Civil, la formación de aprendices del Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (SENATI), los Programas de Capacitación para el trabajo y otras modalidades similares.

Cabe indicar que se ha definido como hostigamiento sexual típico a la conducta reiterada de naturaleza sexual no deseada o rechazada, realizada por una o más personas que se aprovechan de su posición de autoridad o cualquier otra situación ventajosa, en contra de otra persona que rechaza estas conductas. Por otro lado, el hostigamiento sexual ambiental consiste en la conducta reiterada de carácter sexual contra otra persona con prescindencia de su jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo, creando un clima de intimidación, humillación u hostilidad.

Con la finalidad de prevenir estas conductas, la Ley N° 27942 ha establecido una serie de obligaciones que deben cumplir los empleadores para que en sus centros de trabajo prime un ambiente de respeto entre los trabajadores. Entre dichas obligaciones se encuentran las capacitaciones e implementación de políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa, la adopción de medidas necesarias para que cesen el hostigamiento y las amenazas o represalias del hostigador, la conformación de un Comité Preventivo o la designación de un Delegado para que canalice las denuncias por hostigamiento sexual, así como brindar información al Ministerio de Trabajo sobre los casos de hostigamiento sexual y las investigaciones efectuadas.

En ese sentido, con la finalidad de reparar el daño sufrido por el trabajador hostigado, se ha establecido el derecho a exigir el pago de una indemnización, sin perjuicio de la sanción disciplinaria que se imponga a los hostigadores. Respecto de la obligación del pago de la indemnización, se ha establecido una responsabilidad solidaria que calificamos directa por parte del titular de la institución pública o el funcionario que no haya cumplido con adoptar las acciones oportunas y adecuadas para tramitar, investigar y sancionar los hechos. Consideramos que también en este caso el periodo de prescripción de la solidaridad laboral deberá ser la de diez años, la que se aplicaría también al hostigador.

IV. PROTECCIÓN DE GRUPOS DE TRABAJADORES VULNERABLES

En lo que respecta a la protección de grupos de trabajadores vulnerables, como son los adolescentes, las mujeres gestantes, se han establecido obligaciones específicas de

protección para estos grupos, ello atendiendo a las posibles situaciones de desventaja en la que pueden encontrarse. Recordemos que el artículo 25° de la Constitución brinda una protección especial a la madre, al menor de edad y al impedido que trabaja, la cual debe exteriorizarse en la emisión de normas estatales que permitan hacer efectiva esta protección especial. A continuación, analizaremos si es que en estos casos se ha establecido algún tipo de solidaridad laboral.

Por un lado, tenemos que mediante Ley N° 29973 se ha establecido un marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica. Cabe indicar que, de acuerdo con la definición legal de dicha norma, se entiende por personas con discapacidad a aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. Al respecto, se ha establecido una obligación especial vinculada a los ajustes que debe hacer el empleador dentro de su organización para adaptar las herramientas de trabajo, las máquinas y el entorno en función de las necesidades del trabajador con discapacidad; para lo cual se podrá contar con la asesoría del Ministerio de Trabajo y Gobiernos Regionales. La realización de ajustes razonables no será necesaria en los casos en los que se demuestre que éstos suponen una carga económica excesiva, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo. Sin embargo, no se ha definido la existencia de responsabilidad económica del que pueda ser acreedor el trabajador discapacitado, en caso el empleador se negara a realizar los ajustes razonables, ya que evidentemente la negativa de implementar dichos ajustes podría ocasionar el término de la relación laboral por, viéndose privado el trabajador de la percepción de futuros ingresos.

En lo que respecta al trabajo adolescente, este se encuentra regulado por el Código de Niños y Adolescentes, donde se establece que el adolescente que trabaja será protegido en forma especial por el Estado, quien reconoce el derecho al trabajo en los adolescentes, con algunas restricciones impuestas por el referido cuerpo normativo. Asimismo, se ha establecido la prohibición de realizar ciertas actividades peligrosas que atentan contra la salud física o moral del adolescente, estableciéndose mínimos de edad para la realización de ciertas actividades como son la pesca industrial, labores industriales, comerciales, agrícolas no industriales, etc. De cualquier forma, los adolescentes deberán contar con la autorización de sus padres o responsables y, en algunos casos, también con la autorización de algunas entidades estatales (el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, el Juzgado del niño y adolescente o los municipios distritales y provinciales)

La protección especial a la mujer en estado de gestación que nuestra normativa laboral ha establecido se enfoca en evitar la discriminación por ese motivo, en brindar prestaciones sociales con periodos de descanso, así como el derecho a la reasignación de labores de riesgo cuando se pueda poner en peligro el desarrollo del embrión y el feto, conforme lo establecen la Ley N° 28048, Ley N° 29783, Decreto Supremo N° 005-2012-TR y el D.S. N° 009-2004-TR. Se considera que la mujer gestante se encuentra en una situación riesgosa o que puede afectar el desarrollo normal del embrión y el feto cuando hay exposición a agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales, así como condiciones de trabajo peligrosas. Asimismo, deberán considerarse los riesgos adicionales de los cambios en la mujer producto del embarazo, como es el deterioro existente en la salud que puede impedir el desarrollo habitual de las labores sin que llegue a constituir incapacidad temporal para el trabajo.

A pesar de la protección especial que brindan las normas especiales para estos tres casos, no se han regulado supuestos de responsabilidad solidaria en los casos en que estos grupos con mayor vulnerabilidad requieran el cobro de sus acreencias laborales. Entonces, ¿si no está regulado no hay solidaridad? En estos casos consideramos que la responsabilidad solidaria sería respecto del Estado en los casos en que las particularidades

especiales de este grupo y el cumplimiento de las normas laborales hayan generado un perjuicio en los trabajadores; por no haber garantizado la efectiva protección de estos grupos vulnerables mediante sus distintas facultades de control, supervisión y fiscalización.



CONCLUSIONES

1. El fundamento de la solidaridad laboral debe ser construido tomando como fuente la Constitución Política del Perú, posteriormente, la doctrina civil para los casos en los que no existe una regulación legal como en el caso de grupo de empresas. No obstante, el sustento esencial de una construcción jurídica de una institución de la “solidaridad laboral” y su unificación legal, la encontramos en los principios laborales que protegen el crédito laboral de los trabajadores afectados (principalmente, remuneraciones y beneficios sociales). Dichos principios tienen reconocimiento constitucional y son inherentes al derecho laboral, pues buscan proteger al trabajador por encontrarse dentro de una natural relación de desventaja en relación al empleador, así como proteger las acreencias laborales del trabajador, las cuales tienen naturaleza alimentaria.

En ese sentido, se puede definir como solidaridad laboral a la obligación que permite que en caso exista pluralidad de acreedores (solidaridad activa) cualquiera pueda exigir al deudor el pago de la totalidad de la deuda y en caso de pluralidad de deudores (solidaridad pasiva) que cualquiera de ellos se encuentre obligado a pagar la totalidad de la deuda. En ambos casos, esa deuda deberá ser consecuencia de la existencia de una relación laboral que le dio origen.

2. La solidaridad laboral podrá ser directa o subsidiaria, pues no admite una única forma de aplicación; por el contrario, deberá analizarse ante qué supuesto nos encontramos, a fin de determinar qué tipo de solidaridad laboral deberá aplicarse. Asimismo, será necesario analizar los elementos de la solidaridad laboral, en el aspecto objetivo, subjetivo y temporal, a fin de determinar los límites de la misma.

En ese sentido, conforme se ha establecido ya en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2008, resulta necesaria una regulación legal de la solidaridad legal que permita unificar en una sola norma todos los supuestos en los que dicha figura podría presentarse, a fin de establecer cierta predictibilidad en la protección de los derechos de los trabajadores

constitucionalmente reconocidos; incluso cuando, como hemos señalado, no siempre sería indispensable que la solidaridad laboral se establezca de forma expresa, pues la satisfacción de los derechos laborales resulta prioritario.

3. A lo largo de la presente investigación hemos desarrollado distintos supuestos de solidaridad laboral cuya aplicación variará dependiendo del supuesto y la figura jurídica ante la cual nos encontremos. Así, en la intermediación laboral la legislación aplica una solidaridad de tipo subsidiaria; no obstante, analizando la ejecución cada una de las fianzas que permite la regulación termina siendo una solidaridad de tipo originaria.
4. De otro lado, en la tercerización de servicios la legislación aplica una solidaridad directa entre la empresa principal y la tercerizadora, sin embargo, la norma deja de lado el análisis en el caso de que la cadena de subcontratación se amplíe. Para este caso, hemos establecido una solidaridad laboral directa y que involucra a todos los que participan en el proceso productivo incluyendo al beneficiario final (dueño de la obra o empresario principal).
5. En el caso de grupo de empresas se ha optado por la figura del empleador complejo en donde termina siendo un solo sujeto el que se responsabiliza, en virtud del análisis de los principios y de la jurisprudencia que se pronuncia sobre este tema, a fin de determinar los alcances de la responsabilidad solidaria en dicho supuesto.
6. En la solidaridad de riesgos laborales, se parte de los deberes y obligaciones que debe cumplir el empresario donde se lleva a cabo la actividad riesgosa, quien deberá responder de forma directa con los demás empleadores que participen en ella.

7. Finalmente, a modo de conclusión, presentamos el siguiente cuadro, en el que se resume el alcance de la solidaridad laboral para cada uno de los supuestos planteados en la presente investigación:



Supuesto	Tipo de Solidaridad	Ámbito Objetivo	Ámbito Subjetivo	Ámbito Temporal
<u>Intermediación</u>	Subsidiaria	Derechos laborales adeudados: remuneraciones, bbss, pagos a la seguridad social y otros beneficios establecidos por ley, convenio o unilateralmente	Empresa usuaria	4 años desde cese (Ley N° 27321)
<u>Tercerización</u>	Directa	Derechos laborales adeudados y devengados durante la vigencia del contrato de tercerización, incluso cuando hubiera sido destacado sólo unos días. Estos adeudos deberían incluir: remuneraciones, beneficios sociales, pagos a la seguridad social y otros beneficios establecidos por ley, convenio o unilateralmente. (No debería limitarse sólo a los beneficios legales)	Empresa principal, contratista y subcontratistas	1 años desde la culminación del destaque
<u>Grupo de empresas</u>	Originaria	La totalidad de los adeudos laborales: remuneraciones, beneficios sociales, indemnizaciones por despido arbitrario, aportes a la seguridad social, etc.	Empresa del grupo que ejerza mayor poder de dirección sobre los trabajadores	4 años desde cese (Ley N° 27321)
<u>Riesgos laborales</u> 1. Seguridad y Salud	Directa	La totalidad de los gastos en los que incurrió la persona accidentada o que padece la enfermedad	Contratistas, subcontratistas, empresarios titulares de los centros de trabajo, propietarios de obra, etc., en tanto intervengan en la ejecución de la actividad de la empresa	10 años (Código Civil, considerando la naturaleza civil de la indemnización)

2. SCTR	Subsidiaria	Prestaciones económicas y de rehabilitación médicas, y de	Empleador único o complejo	4 años desde cese (Ley N° 27321)
---------	-------------	---	----------------------------	----------------------------------



BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCIA, Manuel. “Curso de Derecho del Trabajo”. Editorial Ariel. Barcelona, 1981.

ALONSO OLEA, Manuel y María Emilia CASAS BAAMONDE. “El Derecho del Trabajo”. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, sección publicaciones. Madrid, 1991.

ARCE ORTIZ, Elmer. “Grupo de empresas y Derecho Laboral”. En: Ius et Veritas N° 26. Año XIII. PUCP. Lima, junio de 2003.

ARCE OTIZ, Elmer. “Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Primera edición”. Editorial Palestra. Lima, 2006.

ARCE ORTIZ, Elmer. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencia”. Palestra Editores. Lima. Perú, 2008.

ARCE ORTIZ, Elmer. “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”. Libro editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2008.

BIANCA, Massimo. “Diritto Civile - L'obbligazione”. A. Giuffrè Editore: Milano, 1999.

BLANCAS BUSTAMANTE. “La cláusula del Estado Social en la Constitución”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 2011.

CABANELLAS, GUILLERMO, “Tratado de derecho laboral. Doctrina y legislación iberoamericana”. Tercera Edición. Tomo II. Buenos Aires: Claridad. 1987. P. 62

CASTELLO, Alejandro. MARIEZCURRENA, Patricia. “Derecho del Trabajo (en sus dimensiones individuales y colectivas) y descentralización productiva” Informe de Uruguay al Cuestionario del Tema II, en el marco del XVIII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Consultado: 10 de octubre de 2010. < www.audtss.com.uy/varios/informeuytema2paris2006.doc>

COLLADO, Luis. *“Sistematización de la doctrina judicial sobre los grupos de empresa”*. En: Grupos de Empresa y Derecho del Trabajo. Editorial Trotta. Madrid. 1994.

CORTEZ DIAZ, José María. En *“Seguridad e Higiene del Trabajo”*. Editorial Tebars, España. 2000.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *“La descentralización productiva y su impacto sobre las relaciones laborales”*. Editorial Grijley. Lima, 2009.

DE LOS HEROS PEREZ ALBELA, Alfonso. *“Los contratos de trabajo de duración determinada: ¿regla o excepción?”* En: Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Doctor Américo Plá Rodríguez. Grijley. Lima, 2009. p.283.

DIEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”*. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

ERMIDA URIARTE, Oscar. *“Empresas multinacionales y Derecho laboral”*, Editorial Amalio Fernández. Montevideo, 1981

GALA DURAN, Carolina. En *“Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contrataciones y subcontratas de obras o servicios”*. Relaciones Laborales. Madrid, 2003

GARCIA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?*. Editorial Gaceta Jurídica. 2010.

GOMEZ VALDEZ, Francisco. *“Derecho del Trabajo”*. Editorial San Marcos. Lima, 1996.

GONZALES RUIZ, Agustín. En *“Manual para la prevención de riesgos laborales en las oficinas”*. FC Editorial. España. Año 1995.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *“La Tutela de los Trabajadores ante la Descentralización Productiva”*. Grupo Difusión. Madrid, 2007.

HIERREZUELO, Ricardo y AGUAD, Jorge. *“La solidaridad en el nuevo marco de las relaciones de trabajo”*. Revista Argentina – Buenos Aires, 2000.

HIERREZUELO, Ricardo. NUÑEZ, Pedro. *“Responsabilidad Solidaria en el contrato de trabajo”*. Sociedad Argentina del Derecho Laboral. Argentina. 2008.

LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes de Derecho*. Lima: Palestra, 2006.

LOPEZ-VALCARCEL, Alberto. En: *“Seguridad y Salud en el Trabajo en el marco de la globalización de la economía”*. Editorial OIT. 1996.

MEJIA MADRID, Renato. *“Transmisión de empresa y relaciones laborales”*. En: Revista Foro Jurídico. Año III. N° 6. Lima, 2006.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. *“Derecho de Trabajo”*. Editorial Tecnos. España, 1998.

MONTOYA MELGAR, Alfredo; GALIANA MORENO, Jesús M^a; SEMPERE NAVARRO, Antonio V.; RIOS SALMERÓN, Bartolomé. *“Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”*. Editorial Thomson Aranzadi. Navarra, 2007.

NEVES MUJICA, Javier. *“Introducción al Derecho Laboral”*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: 2009.

OSPINA FERNANDEZ, Guillermo *“Régimen General de las Obligaciones”*, ditorial Temis, Bogota 1987.

OSTELING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *“Compendio de Derecho de las Obligaciones”*. Editorial Palestra. Lima, 2008.

PAREJA PAZ-SOLDÁN, José. *“Historia de las Constituciones Nacionales (1812-1979). Segunda Edición*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *“Los principios del Derecho del Trabajo”*. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1998.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *“Los grupos de empresas”* en Revista Civitas, nº 6, abril-junio. Madrid 1981

PODETTI, Humberto A. Los principios del Derecho del Trabajo. En: DE BUEN LOZANO, Néstor y MORGADO VALENZUELA, Emilio. *Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Primera Edición. Universidad Autónoma de México. México.

PUERTA, Luis *“La solidaridad del responsable civil y de su compañía aseguradora frente al perjudicado”*, Editorial Montecorvo. Madrid 1977.

PUNTRIANO ROSAS, Cesar. *“Las condiciones de trabajo en nuestro ordenamiento laboral”*. Comentarios a un pronunciamiento de la Corte Suprema. En: *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 97. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Octubre de 2006.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *“Derecho del Trabajo Individual”*. Editorial Edial. Lima, 2000.

RODELLAR LISA, Adolfo. En *“Seguridad e higiene en el trabajo”*. Editorial Marcombo S.A. 1988.

RITTER, Gerhard A., *“El Estado Social, su origen y desarrollo en una comparación internacional”*. Traducción de Joaquín Abellán. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1991.

SANTORO PASARELLI, Francesco. *“Nociones del Derecho del Trabajo”*. Editorial Bosch. Madrid, 1963.

SEMPERE NAVARRO, Antonio. ARETA MARTINEZ, María. *“El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario”* En: *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 48.

SOLUCIONES LABORALES. Comentario del 27 de junio de 2008. *“Precisiones a la Ley de Tercerización generan reacciones diversas”*. Boletín Laboral y Alerta Laboral. Lima, noviembre de 2010.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y CUEVA VIEIRA, Eduardo. “Grupo de empresas, transmisión de empresas y persecutoriedad laboral ¿cuáles son sus alcances?” En: Diálogo con la Jurisprudencia N° 90. Vol. 11. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, marzo de 2006.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Los Contratos de Trabajo y otras Instituciones del Derecho Laboral”. Primera edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2008.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Derechos Laborales Individuales y Tribunal Constitucional. En: Los Derechos Fundamentales”. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral”. En: Ius et Veritas N° 40. Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, junio de 2010.

UGAZ OLIVARES, Mauro. “Transmisión de empresa y Convenio Colectivo”. En: Estudios de derecho del trabajo y de la seguridad social: Libro homenaje a Javier Neves Mujica. Editorial Grijley. Lima, 2009.

