

El deber de vigilancia de la empresa principal sobre el cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo en el marco de una tercerización de servicios

The duty of vigilance of the main company about compliance with occupational health and safety regulations in the context of an outsourcing of services

GRECIA ELENA ALDONATE PINTO*

Pontificia Universidad Católica del Perú
(Lima, Perú)

Contacto: grecia.aldonate@gmail.com
<https://orcid.org/0009-0001-3234-3919>

RESUMEN: En el presente artículo se brinda una aproximación al deber de vigilancia que debe cumplir toda empresa principal en su relación con una empresa tercerizadora. Dicho acercamiento se realiza a partir de una revisión de la regulación existente tanto en materia de seguridad y salud en el trabajo como en materia de tercerización de servicios, y se complementa con diversos pronunciamientos emitidos por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), a partir de los cuales se delimita los alcances y límites de este deber y se diferencia al mismo de otros deberes e instituciones de la seguridad y salud en el trabajo con los cuales suele confundirse. Finalmente, se brinda una pauta interpretativa del contenido de este deber para una implementación adecuada del mismo en una tercerización de servicios.

PALABRAS CLAVE: Deber de vigilancia, empresa principal, Seguridad y Salud en el Trabajo, tercerización de servicios.

ABSTRACT: This article provides an approach to the duty of vigilance that every main company must comply with in its relationship with an outsourcing company. This approach is based on a review of the existing regulations on occupational safety and health and on the outsourcing of services, and is complemented with various pronouncements issued by SUNAFIL, which delimit the scope and limits of this duty and differentiate it from other occupational safety and health duties and institutions with which it is often confused. Finally, an interpretative guideline of the content of this duty is provided for its proper implementation in the outsourcing of services.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresada del Programa de Segunda Especialidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada Senior de García Sayan Abogados (GSA Legal).

KEYWORDS: Duty of vigilance, principal company, health and safety at work, outsourcing of services.

Recibido: 20/02/2024

Aceptado: 20/03/2024

Publicado en línea: 30/03/2024

SUMARIO: I. Introducción. II. El deber de vigilancia en el ordenamiento peruano. III. Aspectos de la tercerización de servicios que pueden colisionar con el deber de vigilancia. IV. Delimitación de los alcances del deber de vigilancia en el marco de las relaciones de tercerización. 1. *Enfoque de SUNAFIL respecto del deber de vigilancia.* 2. *Figuras que suelen confundirse con el deber de vigilancia.* 3. *El deber de vigilancia como obligación de medios y no de resultados.* 4. *Aproximación al contenido del deber de vigilancia estipulado en el literal d) del artículo 68 de la LSST.* V. Alcances de una ejecución adecuada del deber de vigilancia del cumplimiento normativo de la empresa tercerizadora en materia de seguridad y salud en el trabajo. VI. Conclusiones. VII. Referencias VIII. Pronunciamientos de SUNAFIL empleados.



I. INTRODUCCIÓN

En nuestro ordenamiento jurídico existen distintas instituciones de la seguridad y salud en el trabajo (SST) que cuentan con un desarrollo que, si bien no es acabado, se puede postular que la legislación y jurisprudencia han realizado un esfuerzo significativo por desvelar los aspectos más relevantes de su configuración a fin de brindarle contenido. No obstante, ese no es el caso del deber de vigilancia del cumplimiento normativo en materia de SST, institución que es objeto del presente artículo, y de la cual se identifica un limitado desarrollo normativo y jurisprudencial.

Si bien este deber se encuentra consagrado en el literal d) del artículo 68 de la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (LSST), como se verá, dicha norma no contiene un desarrollo legislativo completo, con directrices claras y acabadas sobre los alcances del deber. De la misma forma, no se ha logrado un consenso jurisprudencial sobre los alcances y límites de este deber.

Todo lo anterior coloca a los encargados de ejecutar este deber en una posición adversa que compromete su nivel de cumplimiento, y siendo que se trata de una infracción grave en materia de SST, puede traer serias consecuencias tanto en lo económico como en la integridad de las personas sobre las cuales recae la

vigilancia. Resulta pues complejo para cualquiera ejecutar un deber cuyos límites y contenido no son de su conocimiento, y, por tanto, no ha interiorizado.

Por ello, el presente artículo busca brindar una aproximación al alcance de este deber, centrado específicamente en el marco de las relaciones de tercerización de servicios, dentro de las cuales la definición de límites del mismo puede resultar más complejo.

La metodología empleada en este artículo parte, en primer lugar, por revisar la normativa de seguridad y salud que regula el deber de vigilancia; en segundo lugar, contextualiza el fenómeno empresarial de la tercerización de servicios y sus requisitos; en tercer lugar, identifica espacios de consenso, aunque escasos, que se hubieran generado en la jurisprudencia administrativa, para deconstruir, a partir de conceptos básicos de SST y la normativa aplicable a la tercerización de servicios, los límites y alcances del deber de vigilancia que la empresa principal debe cumplir respecto de toda empresa tercerizadora. Todo esto, con la finalidad de formar directrices concretas para una adecuada gestión de este deber por parte de la empresa principal.

II. EL DEBER DE VIGILANCIA EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

Como hemos adelantado, el deber de vigilancia se encuentra regulado por el artículo 68, literal d), de la LSST.¹

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

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

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

Dicho artículo, regula distintos deberes y obligaciones de SST que deben ser ejecutados por toda empresa en cuyas instalaciones se desarrollen actividades por parte de terceros. Dentro de los aspectos que la norma define que deben ser garantizados, se encuentra el denominado deber de vigilancia del cumplimiento normativo de SST por parte de las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores con quienes la principal se vincula, y que supone un desplazamiento de personal al centro de trabajo de ésta.

Si bien los demás deberes y obligaciones que comprende el artículo 68 antes referido resultan relevantes para la SST, el presente artículo centra su análisis exclusivamente en el deber de vigilancia contenido en el literal d) de dicha norma, puesto que este deber en específico no ha tenido un desarrollo suficiente, sea a nivel normativo, doctrinario o incluso, jurisprudencial. De igual modo, si bien el deber de vigilancia puede configurarse en todas las formas de contratación con terceros en las cuales exista destaque, desplazamiento y/o el trabajador del tercero se encuentre ejecutando labores con ocasión del servicio que presta el proveedor a la empresa principal o usuaria, se acota el análisis al marco de una relación de tercerización de servicios.

192

Se reitera la legislación, si bien consagra el deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa por parte de las empresas terceras, no desarrolla ni brinda pautas de aplicación, ejecución o implementación de herramientas que concreten este deber en los hechos. Tampoco nos brinda una definición del deber ni una aproximación a sus alcances.

Ello ha generado que cada organización le haya brindado a este deber el contenido que ha considerado desde su práctica comercial o desde sus relaciones con terceros, de forma específica. Siendo que sólo han visto “revisados” sus sistemas o fórmulas de coordinación o vigilancia hacia terceros, una vez han sido incluidos en un procedimiento inspectivo laboral o un procedimiento administrativo sancionador. De este modo, no se tiene una pauta, desde la perspectiva preventiva, que sirva a las empresas para delimitar los alcances para una gestión adecuada en el cumplimiento de este deber.

Esta situación se agrava en tanto los pronunciamientos emitidos por la misma SUNAFIL, difieren dependiendo de la instancia que los emite, de la jurisdicción en la cual ha sido revisado el caso en concreto, y/o, incluso, del inspector a cargo del procedimiento inspectivo. A la fecha, no existe uniformidad sobre criterios para la

determinación del alcance de este deber, ni se ha logrado consenso sobre los límites del mismo dentro de una tercerización de servicios. Tampoco se ha establecido la forma específica de acreditación del cumplimiento del mismo.

Ello dificulta, o, en el peor de los casos, entorpece, una ejecución adecuada de este deber de parte de las empresas, quienes no cuentan con una guía clara o como mínimo con pautas para esbozar sus límites y alcances. Como se verá esta carga se complejiza en el contexto de una tercerización de servicios dentro de la cual debe preservarse la independencia y autonomía de la empresa tercerizadora.

Es indudable que en la delimitación del contenido del deber de vigilancia debe considerarse la forma de contratación que da marco al desplazamiento o a las actividades del trabajador involucrado, pues es evidente que la forma de organización de la actividad trasciende a la forma de ejecución del deber de vigilancia. Así, será muy distinto el despliegue que se efectúe en el caso de una intermediación laboral frente a aquel que se desarrolle en virtud de una tercerización de servicios.

Lengua señala que: “el deber de vigilancia faculta al empleador principal a controlar y a exigir a las otras empresas el correcto cumplimiento de las normas preventivas.” (2015, p. 389) La autora comparte en cierta medida esta postura, pero considera que no se trata de una facultad irrestricta, sino que la misma debe evaluarse dentro del marco de las limitantes que establece la figura jurídica de la relación que la soporta. Es innegable que el deber de vigilancia trasciende la forma de organización de las actividades empresariales y que supone una injerencia, la cual puede colisionar con la forma de contratación que se haya formalizado con aquella empresa, pues impone a la empresa principal una obligación de examinar la forma de organización de SST de una empresa tercera.

Por ello, es necesario hacer una revisión de las características intrínsecas de esta forma de externalización de actividades, pues a partir de ellas se podrá delimitar de mejor manera el deber de vigilancia que debe ser cumplido.

III. ASPECTOS DE LA TERCERIZACIÓN DE SERVICIOS QUE PUEDEN COLISIONAR CON EL DEBER DE VIGILANCIA

La tercerización de servicios es un fenómeno empresarial que surge de la búsqueda de eficiencias y nuevas formas de organización de las actividades, no

solo a nivel mundial, sino de forma primordial en el territorio peruano, pues se trata de una fórmula utilizada por la gran mayoría de organizaciones, independientemente del sector del que se trate.²

La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de La República, en la sentencia A.P. 764-2011-Lima, de fecha 23 de junio de 2011, ha definido a la tercerización de servicios de la siguiente manera:

“CUARTO: Que, la tercerización, también denominada outsourcing, es por definición, el proceso en el cual una firma identifica una porción de su proceso de negocio que podría ser desempeñada más eficientemente y/o más efectivamente por otra corporación, la cual es contratada para desarrollar esa porción de negocio. Esta figura jurídica contractual se encuentra orientada a que la primera organización pueda enfocarse en la parte o función central de su negocio, de ahí que el outsourcing o tercerización, sea considerada como una herramienta que le permite a las empresas enfocarse en hacer lo que realmente hacen bien.”

De la definición antes citada debe resaltarse que la tercerización de servicios supone el apartamiento de la empresa principal de la ejecución de una actividad que forma parte de su ciclo productivo, y el encargo de la realización de dicha actividad de forma integral a una empresa que puede ejecutar la misma con mayor pericia y/o eficiencia. De esta forma, como la propia definición que proporciona el artículo 2 de la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización (LST), señala, se trata de la contratación de una empresa que desarrollará actividades especializadas u obras, con personal que deberá estar bajo su exclusiva subordinación; y que se encuentra obligada a asumir los servicios por su cuenta y riesgo; con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; y ser responsable por los resultados de sus actividades.

Se enfatiza esta definición pues en ella se especifica de forma clara los límites (intrínsecos) que no pueden ser rebasados en el marco de una tercerización, aún en el cumplimiento del deber que es objeto del presente artículo. Si bien es

2 Conforme detalló Mesía, vicepresidenta ejecutiva de Overall, para el Diario Gestión en su análisis sobre la tercerización de servicios y sus alcances en los distintos sectores económicos: “86% de empresas en Perú tercerizan servicios” (2018). Si bien esta información recogía datos para la situación empresarial que se presentaba en el año 2018, se verá que post pandemia esta situación no ha variado mucho. Al respecto, APOYO Consultoría, en un informe determinó que “La mayoría de las empresas que generan empleo formal en el país utilizan el esquema de tercerización de trabajadores. El 82% de empresas declaró contar con trabajadores tercerizados.” (2022)

prioritaria la SST, ésta no puede desconocer o debe procurar respetar los parámetros dentro de los cuales se desarrollan las actividades que se contrata. Así, el contenido y alcances del deber de vigilancia no puede infringir las restricciones que la relación de tercerización impone a la ejecución de los servicios. No podrá suponer una injerencia o contravención a la autonomía empresarial de la tercerizadora ni la subordinación del personal de aquella a la empresa principal, pues ello desnaturalizaría la relación.

Ahora bien, teniendo claros los límites intrínsecos de este deber en el marco de una tercerización, cabe preguntarse ¿cuáles serán entonces los alcances de este deber?

IV. DELIMITACIÓN DE LOS ALCANCES DEL DEBER DE VIGILANCIA EN EL MARCO DE LAS RELACIONES DE TERCERIZACIÓN

Puntriano señala: “Advertimos que nuestra norma nacional recoge el deber *in vigilando* del empleador cliente o principal, y le exige el garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de terceros, para lo cual deberá no solamente proveer de unas instalaciones seguras en las cuales los trabajadores laboren sino también comprobar que las empresas empleadoras cumplan con sus deberes relativos a la seguridad y salud en el trabajo.” (2008, p. 169) Esta cita contribuye en la construcción del contenido del deber de vigilancia; no obstante, es preciso recurrir también a la jurisprudencia administrativa a fin de brindar un mayor alcance sobre el mismo, y resulta necesario, a efectos de delimitar sus alcances de forma más precisa, diferenciarlo de aquellas otras figuras o instituciones con las cuales suele confundirse, dentro de ellas, el deber de prevención y la supervisión efectiva.

A continuación, se realiza una revisión de distintos pronunciamientos emitidos por SUNAFIL, en base a los cuales se procurará brindar las pautas necesarias para una conceptualización correcta de este deber.

1. Enfoque de SUNAFIL respecto del deber de vigilancia

El numeral 27.16 del artículo 27 del Decreto Supremo N° 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (RLGIT), establece como infracción grave en materia de SST, el “No verificar el cumplimiento de la normativa legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte

de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo realizado por encargo de la principal.”. A partir de esta disposición, SUNAFIL ha verificado el cumplimiento del deber de vigilancia por parte de las empresas principales, pero se verá que los pronunciamientos que ha emitido no permiten comprender con claridad el alcance del mismo, pues dicha entidad tampoco cuenta con una conceptualización del deber de vigilancia y ello dificulta la labor de fiscalización que ésta realiza.

Se verá que, en la mayoría de casos, el análisis de SUNAFIL se limita a verificar si la empresa tercerizadora incurrió o no en un incumplimiento, y en aquellos casos en los que se ha identificado uno, se presume el no cumplimiento del deber de vigilancia de parte de la principal. Este criterio, a modo de ejemplo, puede observarse en la Resolución de Intendencia N° 1299-2022-SUNAFIL/ILM:

“3.3. (...) se aprecia que en el numeral 4.8 del Acta de Infracción *se comprobó que no se efectuó el deber de vigilancia del cumplimiento de la normativa de seguridad y salud en el trabajo por parte de la inspeccionada respecto de la empleadora del trabajador accidentado, toda vez que el personal inspectivo con ocasión de la Orden de Inspección N° 486-2021-SUNAFIL/INSSI verificó que EDYCOMSER S.A.C. no dio cumplimiento a la normativa en materia de seguridad y salud en el trabajo* referida a la identificación de peligros y evaluación de riesgos, supervisión efectiva y la formación e información en materia de seguridad y salud en el trabajo (...)” (Cursiva añadida)

De la cita anterior es claro que, para la SUNAFIL el deber de vigilancia pareciera no tener un contenido específico que *per sé* pueda o deba ser verificado a fin de poder definir si la empresa principal incurre en la infracción antes referida, pues a fin de determinar la infracción al deber de vigilancia por parte de la principal se utiliza como base únicamente la verificación del incumplimiento normativo de parte de la tercerizadora. Así, pareciera que para el ente fiscalizador no existen herramientas, deberes, o cargas adicionales y concretas que deban ser materializadas por la empresa principal para cumplir con este deber, pues en la misma cita se recurre a los incumplimientos detectados a la contratista en una orden de inspección distinta, de la cual no hace parte la principal.

Esta metodología de SUNAFIL resulta cuestionable, pues si bien el incumplimiento de la tercerizadora podrá ser utilizado razonablemente como un

indicio para verificar el cumplimiento o no del deber de vigilancia de la principal, el análisis del ente fiscalizador no puede restringirse a solo corroborar si la tercerizadora fue o no sancionada.

No puede establecerse de forma automática la infracción al deber de vigilancia por parte de la principal cada vez que se verifique un incumplimiento de la tercerizadora, pues, la comprobación del cumplimiento por parte de la contratista se efectúa en una inspección seguida exclusivamente contra ella, en la cual no interviene la principal. Esto podría generar, que de no producir una defensa adecuada la contratista (tanto en lo argumentativo como en lo probatorio) por decisión propia o por motivos ajenos, automáticamente la empresa principal sea multada por un supuesto incumplimiento del deber de vigilancia.

Este razonamiento introducido por SUNAFIL no considera pues que puedan existir factores ajenos a las partes, o no atribuibles al estricto cumplimiento del deber de vigilancia, que puedan devenir en la conclusión de infracción de la contratista. Por ello, el antes mencionado no puede ser el único elemento a evaluarse a efectos de verificar si la empresa principal ha cumplido o no su deber de vigilancia. Por el contrario, la función fiscalizadora y el esfuerzo analítico de SUNAFIL debieran estar dirigidos a verificar la implementación de herramientas, métodos y cargas en pro de la vigilancia, y no limitarse a comprobar si se ha determinado en el caso de la tercerizadora un incumplimiento.

Tendrá especial relevancia, entonces, verificar si la empresa principal ha dispuesto o no un mecanismo efectivo y eficiente de vigilancia del cumplimiento normativo de la tercerizadora. Este mecanismo puede estar traducido en un procedimiento debidamente ejecutado, en acciones concretas de seguimiento del cumplimiento normativo de la tercerizadora, en el diseño de herramientas de gestión de la SST y/o en procesos destinados a una estricta vigilancia, entre otros.

Ahora bien, aunque resulta cuestionable la lógica de la SUNAFIL, no se puede dejar de reconocer que las facultades de dicho ente fiscalizador, y, por tanto, su campo de acción, se halla circunscrito por la legislación; y como se ha señalado, la misma normativa no ha proporcionado los parámetros necesarios para delimitar el deber de vigilancia. Por ello, no causa sorpresa que dicha entidad hubiera empleado este análisis que resulta inacabado.

Lo que sí resulta atribuible al ente fiscalizador es la falta de uniformidad en sus criterios y, principalmente, la confusión que se genera en los mismos respecto de otros conceptos de relevancia en la SST, como son el deber de prevención y la supervisión efectiva. Se verá en el siguiente apartado cómo se confunden o se tratan indistintamente estas figuras con la del deber de vigilancia.

2. Figuras que suelen confundirse con el deber de vigilancia

Como se observa del Informe Final de Instrucción N° 1791-2022-SUNAFIL/ILM/SINS/AI3, la SUNAFIL equipara el deber de vigilancia con la obligación de supervisión efectiva, y señala lo siguiente:

“15. (...) motivo por el cual, debe establecer medidas preventivas en materia de SST que acoja a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, o quien asuma el contrato principal de la misma y que se encuentren en su centro de trabajo, siendo responsable de la vigilancia del cumplimiento de la normativa en materia de SST por parte de sus contratistas.

16. En el presente caso, los inspectores comisionados dejaron constancia en el numeral 4.6.1 del Acta de Infracción que *el sujeto inspeccionado no tuvo una supervisión efectiva, pues, de conformidad al artículo 26, literal c) del RLSST una de las obligaciones del empleador, dentro de su Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo es la de efectuar actividades de prevención, entre ellas, la de tener una supervisión eficaz: sin embargo, el sujeto inspeccionado, no cumplió con dicha obligación (...)*” (Cursiva añadida)

Es evidente que esta argumentación no se ajusta a la *ratio legis* del literal d) del artículo 68 de la LSST, pues la supervisión efectiva que establece el literal c) del artículo 26 del Decreto Supremo N° 005-2012-TR, es una obligación totalmente distinta que recae sobre el empleador de un trabajador. Así, la norma referida señala: “Artículo 26.- El empleador está obligado a: (...) c) Disponer de una supervisión efectiva, según sea necesario, para asegurar la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores.”

De esta manera, no es posible sustentar, como ha pretendido la SUNAFIL en este pronunciamiento, que el deber de vigilancia de la principal sea equivalente a la supervisión efectiva o que su contenido sea el definido en este precepto.

Como lo hemos adelantado, la obligación de supervisión efectiva recae sobre el empleador directo de cada trabajador, quien está en mejor posición de dirigir, regular, y fiscalizar de forma directa e inmediata sus labores a fin de que las mismas sean ejecutadas de forma adecuada. Así, la supervisión efectiva es ejercida sobre la persona del trabajador, y no así sobre una empresa. De igual modo, esta obligación está reservada a quien ejerce el poder de subordinación del trabajador, y a quien conoce plenamente la forma de ejecución de sus labores. Recordemos que el presupuesto esencial de la tercerización de servicios es la especialización del servicio que ejecuta la tercerizadora; motivo por el cual, es claro que dicha empresa no sólo está en mejor posición para la supervisión concreta del trabajador que desplaza a la principal, sino que en ciertos casos será ésta la única que cuenta con la pericia necesaria para hacerlo.

La confusión en la que incurre SUNAFIL en este caso denota que dicha entidad no ha encontrado una conceptualización adecuada del deber de vigilancia; tampoco ha logrado construir una aproximación al mismo que le permita aplicar con coherencia la infracción tipificada en el artículo 27, numeral 27.16, del RLGIT.

Otro error identificado en los pronunciamientos de SUNAFIL es el de asimilar el deber de vigilancia con el deber de prevención, cuando de la simple revisión del artículo 68 de la LSST, es claro que el deber de prevención que alcanza a todo el personal (sea directo o no) que se encuentra en las instalaciones de una empresa principal está regulado por el literal b) de tal artículo, mientras que el deber de vigilancia se consagra en el literal d) de la misma norma. De tratarse de deberes idénticos no fuera necesaria la duplicidad de disposiciones legales y menos aún en el mismo artículo. Los alcances de cada uno de estos deberes serán disímiles, pues el deber de prevención indefectiblemente, para esta autora, supone el ejercicio de acciones con una mayor y más profunda intensidad de aquellos que competen al deber de vigilancia.

Esta posición no supone que la autora desconozca la existencia y significativa relevancia del deber de prevención, y que este deber recae también sobre la principal y supone el desarrollo de un Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo (SGSST) que garantice la protección del personal de terceros que presten servicios en sus instalaciones e incluso de los visitantes; pero no se comparte la idea de la SUNAFIL de que se trate de un deber identificable con el deber de vigilancia del cumplimiento normativo. Cada uno de estos deberes

suponen cargas diferenciadas que, si bien recaen sobre la empresa principal, tienen dimensiones distintas. Por tanto, el deber de prevención no puede ni debe ser utilizado a fin de dar contenido a la infracción que fija el numeral 27.16 del RLGIT, que estrictamente sanciona el incumplimiento al deber de vigilancia del cumplimiento normativo de la contratista.

De todo lo anteriormente desarrollado, es claro que: i) la SUNAFIL, ente encargado de la fiscalización del deber de vigilancia, no ha fijado una idea clara del contenido de este deber, ii) el análisis que ha efectuado a lo largo del tiempo se ha limitado a verificar el incumplimiento de la tercerizadora y no así los recursos, métodos o procesos desplegados por la empresa principal para ejecutar el deber de vigilancia, iii) equipara o confunde el deber de vigilancia con instituciones distintas como el deber de prevención y/o la obligación de supervisión efectiva. Ello, reiteramos, tiene su origen en que la misma normativa no ha desarrollado de forma detallada este deber; asimismo, los esfuerzos de la SUNAFIL por darle contenido se han visto perjudicados por la falta de profundidad del análisis efectuado en los casos sometidos a su revisión, derivado de la lógica de solo verificar si la tercerizadora ha incurrido o no en infracción.

200

Todo esto, genera un entorno de incertidumbre para el administrado quien no encuentra respuestas ni en la normativa ni en la jurisprudencia. Las empresas principales no cuentan con una concepción clara sobre la manera de materializar el cumplimiento de este deber en sus operaciones. Esta aproximación no la logran ni siquiera como resultado de una inspección concreta que recaiga sobre ellas.

Sobre esta situación compleja de la falta de parámetros y definiciones, Seminario señala:

“Sin embargo, ¿cuál es el límite del deber de vigilancia? Lamentablemente, la ley no prevé límite alguno, lo que convierte este deber en un “cajón de sastre”, en el cual los inspectores de trabajo encuentran el argumento ideal para sancionar a la empresa principal por los incumplimientos de la contratista e, inclusive, podría ser el sustento de una demanda judicial contra ambas empresas, para que asuman de manera solidaria, una indemnización por daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo.” (2017)

No está de más indicar que esta dificultad se incrementa en el caso de empresas que ejecutan actividades de alto riesgo, pues deben tener un foco preventivo más intenso, precisamente, por la naturaleza de las actividades que ejecutan.

Tener claridad sobre el alcance de este deber, así como todos los demás que define la normativa para sus relaciones con terceros, es esencial para todo tipo de organización; y a fin de tener una comprensión adecuada del mismo es preciso partir por revisar la naturaleza de este deber.

3. El deber de vigilancia como obligación de medios y no de resultados

Como se desprende de los apartados anteriores, la autora no comparte la interpretación de la SUNAFIL respecto al mandato contenido en el artículo 68, literal d), de la LSST, dado que, se ha considerado que la principal es la responsable del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones de SST de sus tercerizadoras, lo cual supone una lectura inadecuada del artículo analizado.

Como se observa de la literalidad del artículo 68, literal d), el deber consignado en este dispositivo ordena a la principal “vigilar el cumplimiento de la normativa vigente” por parte de sus contratistas (obligación de medios), mas no a suplir *y así asegurar el cumplimiento de las obligaciones de SST* por parte de ellas (obligación de resultados).

Entender que la principal debe, en base a este deber, asegurarse del cumplimiento de la contratista de todas las normas de SST, o suplirla en este cumplimiento, supone asumir que la empresa principal tendría que actuar como entidad supervisora o fiscalizadora de la tercerizadora, reemplazando incluso a aquella en su posición de empleadora, lo cual es jurídicamente inviable pues toda empresa tercerizadora debe actuar con independencia y autonomía técnica y funcional, de acuerdo con las normas de tercerización. Ya se ha tenido oportunidad de repasar los requisitos de validez de la tercerización, y a partir de ellos, es claro que no se admite la posibilidad de una injerencia de parte de la principal en la ejecución de los servicios de la tercerizadora.

Una interpretación como la antes advertida, en la cual se concluye que la sola verificación del incumplimiento de una contratista constituye, automáticamente, un incumplimiento de la principal al deber de vigilancia, sin analizar las evidencias que pudieran ser presentadas en virtud de las cuales se podría acreditar que sí existieron actos de vigilancia por parte de la principal; constituiría un grave error jurídico, pues se estaría entendiendo incorrectamente que la obligación establecida en el literal d) del artículo 68 de la LSST es una

obligación de resultados y que, por tanto, la empresa principal debiera asegurar el cumplimiento de las obligaciones de SST de su tercerizadora. Sin embargo, la obligación que se inspecciona no es la de suplir a la tercerizadora sino la de vigilar y realizar coordinaciones para el cumplimiento de sus obligaciones. Dicha vigilancia o seguimiento se puede acreditar de forma debida con procedimientos, instructivos, actos concretos y procesos en general de gestión de proveedores.

Así, el que la tercerizadora incurra en un incumplimiento no es ni puede ser prueba plena de la carencia de vigilancia. Nótese que si la norma pretendiera sancionar el supuesto que considera la SUNAFIL, el legislador hubiera formulado una propuesta normativa que estipulara de forma directa que verificado un incumplimiento (así sea formal) de parte de una empresa tercerizadora, la empresa principal se entenderá como infractora; pero no es esa la carga que impone la norma a la empresa principal, ni es la conducta que sanciona el numeral 27.16 del artículo 27 del RLGIT.

Ahora bien, que el deber de vigilancia no resulte una obligación de resultados sino de medios, no supone que la empresa principal no esté obligada a procurar el mejor escenario que permita la prevención de riesgos y la plena seguridad y salud de todo aquel que desarrolle actividades dentro de sus instalaciones. Recordemos que existen otras figuras jurídicas, principios y deberes que determinan una participación activa y directa de la empresa principal. Claro está, dichas figuras no forman parte del contenido propio del deber de vigilancia, motivo por el cual, nuestro análisis no los implica, pues lo que busca este trabajo es una aproximación a solo el deber de vigilancia, por carecer de desarrollo.

4. Aproximación al contenido del deber de vigilancia estipulado en el literal d) del artículo 68 de la LSST

Sobre el deber de vigilancia del cumplimiento normativo, Lengua refiere: “El ámbito material del deber de vigilancia es extenso e intenso, pues estará sujeto al deber de vigilancia del empleador principal el cumplimiento de todas las normas de seguridad y salud en el trabajo que correspondan ser observadas por esas terceras empresas. Sin embargo, el deber en cuestión no puede ser absoluto, ni en lo material ni en lo cualitativo.” (2016, p. 389) De esta manera, el deber de vigilancia, aunque agudo no será irrestricto.

A continuación, se destacan algunos criterios de SUNAFIL que brindan una aproximación al contenido de este deber, y de los cuales se pueden extraer ideas base sobre sus alcances:

| N° | Criterio | Pronunciamento |
|----|--|--|
| 1 | El deber de vigilancia no implica suplir a la tercerizadora en el cumplimiento de sus obligaciones de SST. | • Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRECAJ |
| 2 | El deber de vigilancia sí presupone una constante coordinación entre empresa principal y empresa tercerizadora. | • Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRECAJ |
| 3 | El deber de vigilancia debe ejecutarse como un control periódico. | • Resolución de Intendencia N° 155-2023-SUNAFIL/ILM |
| 4 | El deber de vigilancia se desarrolla tanto en la contratación del proveedor como en la duración de la relación. | • Resolución de Intendencia N° 155-2023-SUNAFIL/ILM |
| 5 | El cumplimiento del deber de vigilancia no se limita al cumplimiento de la principal de sus propias obligaciones de SST, sino que se realicen esfuerzos más allá de ello. | • Resolución de Intendencia N° 155-2023-SUNAFIL/ILM |
| 6 | El cumplimiento del deber de vigilancia exige no sólo una revisión documental del cumplimiento normativo de la tercerizadora, sino que debe verificarse el correcto funcionamiento, desarrollo e implementación de los mismos. | <ul style="list-style-type: none"> • Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRECAJ • Resolución de Intendencia N° 1181-2022-SUNAFIL/ILM • Resolución de Intendencia N° 1299-2022-SUNAFIL/ILM |
| 7 | El deber de vigilancia faculta a la principal a controlar y a exigir el cumplimiento normativo en SST por parte de la tercerizadora. | • Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRECAJ |
| 8 | Las acciones que supone el deber de vigilancia pueden variar de acuerdo con la particularidad de cada actividad y realidad del centro de trabajo. | • Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRECAJ |
| 9 | Los riesgos que se deben controlar por medio del deber de vigilancia son aquellos que se encuentren dentro del campo de acción de la empresa principal. | • Resolución de Intendencia N° 155-2023-SUNAFIL/ILM |

Cada uno de los aspectos antes detallados resulta sustancial para delimitar el contenido del deber de vigilancia, pero claro está cada uno de ellos debe ser analizado también a la luz de la legislación que regula la relación mantenida entre las empresas que forman parte de este deber de vigilancia. Así, las condiciones jurídicas en virtud de las cuales se produce el desplazamiento del personal a los locales o centros de la empresa principal será una pauta clave para la delimitación

del deber de vigilancia; pues es innegable que éste se ejecutará de forma distinta si el desplazamiento se concreta en atención a una relación con componentes diferentes a la tercerización, como podría ser una intermediación o una locación de servicios. Frente a todos estos escenarios es indiscutible que la principal tiene un deber de prevención que actúa de forma indistinta, pero también resulta incuestionable que el deber de vigilancia, al ser un deber distinto y tener cargas disímiles, deberá configurarse respetando la relación marco sobre la cual se aplica.

Así, conforme al artículo 5 de la LST, los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en el artículo 2 y 3 de la norma, y que impliquen una simple provisión de personal, se encontrarán desnaturalizados. Por ello, es necesario para una válida tercerización el desarrollo de actividades especializadas u obras, por parte de tercerizadoras: i) que asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo, ii) cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, iii) sean responsables por los resultados de sus actividades, y iv) sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Por tanto, las acciones que ejecute la empresa principal en virtud del deber de vigilancia deben compatibilizarse con los límites que definen estos requisitos de validez de la tercerización.

204

Desde esta perspectiva, el deber de vigilancia, como lo hemos adelantado, no puede suponer que la empresa principal ejerza de forma directa alguna de las facultades reservadas a la empleadora de los trabajadores destacados. Conforme al artículo 2 de la LST, uno de los elementos de la validez de la tercerización es que los trabajadores de la empresa tercerizadora se encuentren bajo su exclusiva subordinación. Por tanto, la normativa no admite forma alguna por la cual la empresa principal pudiera ejercer alguna de las facultades propias de la subordinación.³

Sobre ello, Kahale (2011), señala: “El deber de vigilancia consiste en comprobar que (...) cumplen de manera efectiva con sus obligaciones en materia preventiva, más que en vigilar directamente a los trabajadores de dichas empresas en la ejecución de su prestación de trabajo. (...) se afirma que queda fuera

3 La LST es clara al respecto cuando en su artículo 4 señala expresamente: “Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de la seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización (...)”

del deber de vigilancia del empresario las estrictamente personales y la de los trabajadores que no presten sus servicios en el centro de trabajo del principal” (como se citó en Calderón, 2015, p. 20).

Por tanto, en el marco de esta relación no podría admitirse considerar que el deber de vigilancia suponga suplir a la tercerizadora en la forma de organización de sus actividades, ni arrogarse el cumplimiento de sus deberes o la observancia de sus obligaciones de SST. Por el contrario, toda actividad que realice la principal para el ejercicio del deber de vigilancia debe respetar la autonomía e independencia de la empresa tercerizadora y su pericia en el modo de la ejecución de sus servicios especializados.

Sobre esto último, debe destacarse también que, en una tercerización de servicios debidamente configurada, el presupuesto esencial será que la empresa tercerizadora es quien, por pericia o experiencia, tiene un mejor conocimiento y mayor manejo de las labores que involucra su actividad, y es ésta quien aporta los recursos materiales, tecnológicos y, en general, todo tipo de maquinaria y herramientas para su prestación. Por ende, está en mejor posición para brindar las instrucciones referidas a la prevención de riesgos que derivan de la actividad para la cual ha sido contratada.⁴

V. ALCANCES DE UNA EJECUCIÓN ADECUADA DEL DEBER DE VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO DE LA EMPRESA TERCERIZADORA EN MATERIA DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

Ante la interrogante: ¿cómo se ejecuta de forma adecuada el deber de vigilancia del cumplimiento normativo de SST? Previamente se han adelantado algunos elementos:

1. *El deber de vigilancia no implica suplir a la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones de SST.* Por tanto, la principal no puede arrogarse las obligaciones de aquella y cumplirlas de forma directa.

⁴ Claro está, ello en tanto los riesgos devengan de la sola ejecución de sus servicios, pues si se trata de riesgos derivados exclusivamente de las condiciones de trabajo o del entorno del centro de trabajo u operaciones, es evidente que quien tiene una mayor capacidad de prevención será la empresa principal; la misma que en virtud de su deber de Prevención deberá mitigar o si es posible eliminar dichos riesgos.

Aun cuando la empresa principal procurase arrogarse tales facultades, lo cual constituiría una causal clara de desnaturalización de los servicios de tercerización, ésta no es quien necesariamente está en mejor posición para cumplir con el fin preventivo de la obligación de que se trate. Por ejemplo, si la obligación detectada por la principal como incumplida por parte de la tercerizadora versara sobre la identificación de peligros y evaluación de riesgos y controles (IPERC) de una actividad exclusiva de aquella empresa y que resulta especializada, es claro que es la tercerizadora la única con capacidad incluso de identificar el peligro relacionado a la labor. No se puede esperar que la empresa principal (que no es especializada en dicha labor) pueda desarrollar esta herramienta de gestión, limitándose su accionar sólo a requerir a la empresa tercerizadora una adecuada elaboración de IPERC.

2. *El deber de vigilancia sí presupone una constante coordinación entre empresa principal y tercerizadora.* Es evidente que para una adecuada implementación del SGSST de la empresa tercerizadora que es desplazada a las instalaciones de la principal, debe existir una estrecha, constante e incluso permanente coordinación; pues las obligaciones de SST no se limitan a la ejecución aislada de labores, sino que estas labores se ejecutan dentro de la esfera y campo de acción de la principal. Será entonces esta empresa la que estará en mejor posición para trasladar información relacionada al entorno laboral, a las condiciones de trabajo e, incluso, a algunos factores de trabajo.

Por ello, nutrir el cumplimiento de las obligaciones por parte de la tercerizadora con una coordinación constante, es indispensable. Será entonces una manifestación razonable del deber de vigilancia la presencia de esta constante coordinación.

3. *El deber de vigilancia debe ejecutarse como un control periódico.* De este modo, la empresa principal no puede desligarse de su deber de vigilancia con la sola verificación del cumplimiento en una etapa de la relación. Como se verá más adelante éste debe cubrir toda la vida de la relación en sus distintas etapas.

Por otro lado, el cumplimiento de este deber exige cierta frecuencia y regularidad en la verificación del cumplimiento, más aún cuando de

trasfondo se tiene la mejora continua como una característica inherente y esperada en SST.

4. *El deber de vigilancia se desarrolla tanto en la contratación del proveedor como en la duración de la relación.* Este elemento se relaciona con el anterior, siendo que no se puede agotar la vigilancia a una sola etapa, sino que trasciende a toda la relación desde su constitución hasta su culminación.
5. *El cumplimiento del deber de vigilancia no se limita al cumplimiento de la principal de sus propias obligaciones de SST,* sino que se realicen esfuerzos más allá de ello.

Como se ha adelantado, el deber de vigilancia tiene un contenido propio diferente al de las demás obligaciones que establece la normativa de SST para toda organización como empleadora. Se ejecuta, en el marco de una relación con desplazamiento de personal a los locales o centros de la principal, y su alcance radica en la vigilancia (obligación de medios y no de resultados) de las actividades de la tercerizadora con un fin preventivo; por lo que no puede identificársele con ninguna otra obligación que recaiga sobre la empresa principal como empleadora. Se trata de un deber con contenido que supera al solo cumplimiento de sus obligaciones en SST.

6. *Cumplir el deber de vigilancia exige no sólo una revisión documental del cumplimiento normativo de la contratista,* sino que debe verificarse el correcto funcionamiento, desarrollo e implementación de los mismos.

Partiendo de que la empresa principal no tiene necesariamente la pericia para cotejar si el diseño, contenido o la implementación de una medida de SST aplicable a las actividades de la tercerizadora es adecuado, debe señalarse que la verificación que se ejecute, como veremos más adelante, deberá limitarse a aquello que se encuentre bajo su campo de acción.

Sin perjuicio de ello, esta no puede ser excusa para que la empresa principal únicamente realice un control a nivel documental, esto es, si tiene o no cada uno de los instrumentos del SGSST como el Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo (RISST), el IPERC, un mapa de riesgo, un programa y plan anual, una polí-

tica de SST, registros obligatorios, etc. Sino que, por ejemplo, si ha verificado que se tiene un programa de capacitaciones, lo mínimo esperable es que se verifique, dentro del control periódico, si se ha cumplido con esta actividad.

Ello no supone, como hemos visto que la empresa principal deba realizar un análisis exhaustivo que involucre una injerencia en la selección de la empresa o persona que dictará la capacitación o que pretenda regular un contenido del cual es la empresa tercerizadora quien está en mejor posición de organizar. Todo lo contrario, su deber de vigilancia se entenderá cumplido si en efecto, se ha verificado que la actividad planificada se ha concretizado.

De este modo, no se puede quedar, la empresa principal, en una corroboración superficial documental, sino que debe corroborar la implementación de aquello previsto por la tercerizadora como sistema preventivo.

7. *El deber de vigilancia faculta a la principal a controlar y a exigir el cumplimiento normativo en SST por parte de la tercerizadora.*

En efecto, la empresa principal no puede suplir a la contratista en el cumplimiento de las obligaciones que le atañen a ésta, pero sí puede y debe establecer mecanismos de control (entendido como verificación periódica y con coordinación constante) del cumplimiento normativo por parte de la tercerizadora. Estos mecanismos que pueden verse contenidos en protocolos, procedimientos, *check list*, libretas de cumplimiento, etc., a su vez, pueden establecer medidas de cumplimiento frente al requerimiento de corrección una vez identificado el incumplimiento normativo de parte de la tercerizadora.

De esta forma, si bien, no puede la principal arrogarse la facultad de ejecutar ella estas obligaciones de cargo de la tercerizadora, sí puede exigirle y penalizar el no cumplimiento, sea a través de una sanción pecuniaria, con la resolución del contrato, o la suspensión de actividades. Claro está, en atención a la autonomía empresarial de la tercerizadora deberán pactar ambas partes en su contrato de tercerización las medidas a adoptar y la tercerizadora deberá sujetarse a ellas en virtud no de una subordinación o dependencia a la principal, sino en virtud de su voluntad contractual contenida en el contrato de tercerización de servicios.

8. *Las acciones que supone el deber de vigilancia pueden variar de acuerdo con la particularidad de cada actividad y realidad del centro de trabajo.*

La actividad que es desplegada por la empresa tercerizadora, la pericia necesaria para su ejecución, e incluso el tipo de equipos y herramientas que ésta utilice para la ejecución del servicio serán elementos necesarios que deberán valorarse de cara a definir los alcances del deber de vigilancia de la principal. Pues dependiendo de cada uno de ellos, se puede esperar una conducta más o menos intensa de la empresa principal en su rol de vigilancia.

Lo mismo ocurre desde el otro lado, pues si el componente de las condiciones de trabajo (derivadas de la estructura del centro de trabajo) resulta más sustancial para la ejecución del servicio que las herramientas, equipos y demás señalados, el deber de vigilancia podrá ser más profundo o agudo.

Por otro lado, la forma de ejecución o proyección del deber de vigilar, así como las medidas de control que se establezcan deberán responder a la realidad de la relación sostenida con la tercerizadora y del entorno en el cual se materializa dicha relación. Incluso deberán responder a las características y dimensiones de la misma tercerizadora.

9. *Los riesgos que se deben controlar por medio del deber de vigilancia son aquellos que se encuentren dentro del campo de acción de la empresa principal.*

Es evidente que en caso se tratase de una actividad especializada, pero de la cual la empresa principal tiene pleno conocimiento en la forma de su ejecución, ésta contará con mayores elementos para efectuar un control más intenso del cumplimiento normativo por parte de la tercerizadora.

Asimismo, las medidas correctivas o las exigencias que ésta realice como consecuencia de haber identificado un incumplimiento normativo por parte de la contratista deberán estar delimitadas por la forma jurídica de la relación que mantiene con dicha empresa. En el contexto de una tercerización, ninguna de las medidas a aplicarse deberá contravenir los requisitos de validez de dicha figura legal:

no puede restarse autonomía empresarial a la contratista y no puede ejercerse subordinación sobre el personal de dicha empresa.

Superado este análisis, y definido su alcance objetivo y subjetivo, es preciso preguntarse ¿en qué momento se ejecuta el deber de vigilancia?, esto es, su alcance temporal. Sobre ello, solo cabe referir: el deber de vigilancia se ejerce como un control periódico, con constante coordinación, y tanto en la contratación como en la ejecución del servicio.⁵

En esta línea, respecto del cumplimiento del deber de vigilancia en la contratación del servicio, Lengua, señala que:

“Algunos autores consideran que el deber in vigilando lleva implícito un deber *in eligendo*; esto es, que no basta con controlar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte de las empresas tercerizadoras y de intermediación laboral, sino que es necesario satisfacer un estadio previo, concerniente a la correcta elección de la empresa de servicios u obras, corroborando que estas reúnen suficientemente las condiciones para poder cumplir con sus obligaciones en el campo de la prevención de riesgos laborales.” (2015, p. 389)

Lo antes señalado va en concordancia con la fórmula utilizada en la regulación española, esto es, la contenida en el artículo 10 del Real Decreto 171/2004, de fecha 30 de enero del referido año, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, Prevención de Riesgos Laborales, de fecha 8 de noviembre de 1995, sobre Coordinación de actividades empresariales, la cual detalla una serie de obligaciones de cargo de la empresa principal⁶.

5 Según Fernandez Marcos “Sin duda debe tratarse de un control activo, absoluto y permanente, en cuanto a su grado de intensidad, pudiendo deducir que para el estricto cumplimiento de la seguridad y salud de los trabajadores debieran producirse dos tipos de controles: control inicial, previo, para comprobar la solvencia técnica del contratista en cuanto a la garantía de las normas de prevención, y un control periódico, esto es, del cumplimiento de las obligaciones preventivas durante la existencia del vínculo contractual.” (como se citó en Calderón, 2015, p. 21).

6 “Artículo 10. Deber de vigilancia del empresario principal.

1. El empresario principal, además de cumplir las medidas establecidas en los capítulos II y III de este real decreto, *deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios correspondientes a su propia actividad y que se desarrollen en su propio centro de trabajo.*
2. *Antes del inicio de la actividad en su centro de trabajo, el empresario principal exigirá a las empresas contratistas y subcontratistas que le acrediten por escrito que han realizado, para las obras y servicios contratados, la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva.* Asimismo, el empresario principal *exigirá a tales empresas que le acrediten por escrito que han cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo.*

La autora coincide con que el deber de vigilancia se ejecuta incluso desde la selección del proveedor (en este caso, la tercerizadora). Por lo cual, deberá corroborarse, además del cumplimiento de los requisitos propios de la validez de la tercerización, que esta empresa cuenta con capacidad para el diseño y para la implementación de un sistema preventivo. Del mismo modo, deberá corroborarse la presencia o cumplimiento de aquellas obligaciones que, de forma expresa, sí ha considerado la regulación española en la materia, esto es, la evaluación adecuada de los riesgos, la planificación de su actividad preventiva, capacitación al personal y los mecanismos de coordinación a utilizarse como mínimo.

No obstante, no se agotan en dichas obligaciones aquellas que deben ser verificadas en virtud del deber de vigilancia por parte de la principal; sino que deberá corroborarse el cumplimiento de todos los deberes y obligaciones en materia de SST cuya configuración sea necesaria, previo al inicio de la relación⁷. Pues es claro que de no contarse con un SGSST implementado desde el primer momento en el que se ejecuta el servicio, se estará poniendo en riesgo la vida e integridad del personal desplazado. Esto, no puede ser admitido por la empresa principal.

Sobre ello, Seminario, también brinda algunas pautas, que, si bien están referidas al caso de un accidente de trabajo, la autora considera que pueden hacerse extensivos como parte del contenido del deber objeto del presente artículo:

“Entre otras cosas, antes de la contratación del servicio, debería verificar que la contratista tenga implementados los documentos obligatorios de seguridad y salud en el trabajo y, durante la prestación del servicio, realizar auditorías periódicas.

Las acreditaciones previstas en los párrafos anteriores deberán ser exigidas por la empresa contratista, para su entrega al empresario principal, cuando subcontractara con otra empresa la realización de parte de la obra o servicio.

3. El empresario principal *deberá comprobar que* las empresas contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo *han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas.* (Cursiva añadida)
- 7 Como se ha visto, esto involucra taxativa más no limitativamente, la capacitación a su personal, la comprobación de su aptitud, el diseño del IPERC, puesta en conocimiento de las recomendaciones de SST relacionadas al puesto a desempeñar, la entrega del RISST, la inducción conforme a la normativa correspondiente, la entrega de equipos de protección personal (EPP) previa capacitación en su uso, la contratación de los seguros respectivos, y en general, todos los instrumentos de gestión de la SST.

De este modo, se debería verificar que los trabajadores de las contratistas cuenten, cuando corresponda, con un Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR) y que dichas contratistas tengan implementados los documentos obligatorios en materia de seguridad y salud en el trabajo, en medio físico o digital; tales como la Política y objetivos en materia de seguridad y salud en el trabajo; los cargos de entrega del Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo; las constancias de capacitación y de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo; los registros obligatorios; las Actas que acrediten la elección, instalación y reuniones del Comité de Seguridad y Salud en el Trabajo, y entre otros, respecto de todos los trabajadores destacados o desplazados a sus instalaciones.” (2017)

Por otro lado, Seminario realiza un desarrollo de la forma del cumplimiento del deber de vigilancia durante la ejecución del servicio. Para ella, se espera de la empresa principal que actúe diligentemente y exija el cumplimiento, activando incluso, si persiste el incumplimiento, medidas destinadas a la suspensión de las actividades contratadas. De ello debemos destacar que se enfoca no sólo en la forma de ejecución del deber de vigilancia, sino que nos brinda una pauta para la acreditación de su cumplimiento. Por ello, se resalta que se debe dejar evidencia escrita de los pedidos que realiza la empresa principal en atención a su deber de vigilancia. Lo mismo ocurrirá respecto de la imposición de medidas al respecto, estas deben formalizarse por escrito, a fin de poder estar en posición de probar, frente a una potencial inspección laboral, el estricto cumplimiento del deber de vigilancia. Si se exhiben estas documentales y se acredita que, dada la naturaleza de la obligación que se detectó como incumplida, se ha adoptado una medida destinada a exigir su cumplimiento o a penalizar su persistente incumplimiento, deberá la autoridad inspectiva, aun cuando compruebe que el incumplimiento de la contratista se ha materializado, no aplicar la sanción por la infracción al deber de vigilancia. Pues tratándose de una obligación de medios y no de una obligación de resultados, y que la misma se produce en el marco de la autonomía empresarial de las partes involucradas en el contrato de tercerización, no se puede exigir que la empresa principal actúe más allá y supla a la contratista en el cumplimiento de sus obligaciones.

Finalmente, no puede olvidarse que el deber de vigilancia debe ser perenne en la relación entre la principal y la tercerizadora. Surge aquí una última interrogante: ¿abarca el deber de vigilancia a las obligaciones cuya ejecución debe producirse luego de finalizado el desplazamiento a las instalaciones de la principal?

Podría considerarse que el deber de vigilancia se extiende incluso hasta después de la terminación de la relación de tercerización. Para sustentar ello deberá sostenerse que su extensión estará delimitada por el alcance de las obligaciones que debe ejecutar la tercerizadora. Así, por ejemplo, si terminada la relación de tercerización y concluido el desplazamiento del personal, la empresa tercerizadora decide resolver los contratos de trabajo celebrados con su personal; es evidente que se activará una obligación de realización de exámenes médicos ocupacionales de retiro. Respecto de dicha obligación se puede sostener que también la empresa principal deberá corroborar su estricto cumplimiento, pues las dolencias que se identifiquen de dicha evaluación serán potencialmente derivadas de las labores realizadas dentro de su centro de trabajo.

Pues bien, puede resultar cuestionable esta postura, en tanto la relación marco no existe, esto es, se ha concluido el contrato de tercerización, por lo cual, la principal no cuenta con los elementos necesarios para, legítimamente, exigir el cumplimiento de esta obligación. Sin embargo, es claro que pueden establecerse mecanismos contractuales en virtud de los cuales se procure comprobar su cumplimiento, pero no debe olvidarse, como se ha establecido previamente, que una de las particularidades del deber de vigilancia será que el control ejercido se encuentre dentro del campo de acción de la principal. Allí donde el contrato de tercerización lo admita, se podrá entender comprendido dentro del alcance del deber de vigilancia la verificación del cumplimiento incluso de esta obligación, pero ello no ocurrirá siempre así. Deberá entonces respetarse la particularidad del caso en concreto.

VI. CONCLUSIONES

1. El deber de vigilancia se consagra en el literal d) del artículo 68 de la LSST, pero esta norma no desarrolla, ejemplifica ni brinda parámetros sobre el contenido de este deber.
2. El deber de vigilancia tiene una severa implicancia en la gestión de la seguridad y de la salud del personal que mantiene una relación laboral directa con la tercerizadora y es destacado al centro de trabajo de la principal para la ejecución de alguna actividad que hubiera sido tercerizada.
3. Existen pronunciamientos diversos, emitidos por la SUNAFIL, que difieren sobre los límites y el alcance en los cuales se enmarca el ac-

cionar diligente que debe tener una empresa principal en su rol de vigilancia del cumplimiento normativo de SST por parte de sus tercerizadoras. En estos pronunciamientos incluso se confunde al deber de vigilancia con otras instituciones como el deber de prevención o la supervisión efectiva.

4. El análisis que prima en las decisiones emitidas por SUNAFIL radica en comprobar si la tercerizadora se encuentra incurso en un incumplimiento normativo, vaciando de contenido al deber de vigilancia, pues se presume automáticamente un incumplimiento a este deber sin comprobarse si quiera si se han realizado diligencias, acciones o adoptado medidas que acrediten que se realiza una vigilancia real. Para SUNAFIL basta con que se sancione a la empresa tercerizadora para, sin mayor análisis, proceder a multar a la principal por no cumplir su deber de vigilancia.
5. Contrario a dicho análisis, el deber de vigilancia tiene un contenido específico que requiere ser desarrollado. En base a algunos pronunciamientos se han delimitado sus alcances, permitiéndose esbozar una idea más clara sobre la forma de ejecución del mismo. De igual forma, se han establecido las etapas de la contratación y relación dentro de las cuales debe ejecutarse este deber de permanente desarrollo.
6. Finalmente, el análisis de esta figura no puede desligarse de la relación marco en la cual se ejecuta, por lo que al brindarse contenido a este deber no puede desconocerse que su ejecución no puede suponer una injerencia en la autonomía empresarial de la tercerizadora ni la subordinación del personal de aquella a la empresa principal.

VII. REFERENCIAS

Béjar Cardenas, E. (2016). Exigibilidad del deber de coordinación interempresarial. Protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el marco de la descentralización productiva. *Soluciones Laborales* (103), 96-105.

Calderón Tarrillo, Ana Nelly (2015). *La responsabilidad del empresario en materia de seguridad y salud en el trabajo en los casos de tercerización*. [Trabajo para Optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Programa de Segunda Especialidad de Derecho del

Trabajo y de la Seguridad Social, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de Tesis y Trabajos de Investigación PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8399>

Las restricciones a la tercerización laboral podrían dejar sin empleo al menos a 100 mil trabajadores (2022, 7 de septiembre). *Apoyo Consultoría*. <https://www.linkedin.com/pulse/las-restricciones-la-tercerizaci%C3%B3n-laboral-podr%C3%ADan-dejar-/?originalSubdomain=es>

Lengua Apolaya, C. (2016). Coordinación, Vigilancia y la Responsabilidad Administrativa de la empresa principal en la Seguridad y Salud en el Trabajo. *Derecho & Sociedad* (46), 381-399.

Lengua Apolaya, C. (2016). La responsabilidad solidaria de la empresa principal en la tercerización de servicios según la ley peruana y propuesta de reconfiguración del ámbito de protección. *Actualidad Laboral y previsional* (202), 255-264.

Outsourcing: 86% de empresas en Perú tercerizan servicios (2018, 27 de abril). *Diario Gestión*. <https://gestion.pe/economia/outsourcing-86-empresas-peru-tercerizan-servicios-232422-noticia/>

Puntriano Rosas, C. (2008) Subcontratación de trabajadores y prevención de riesgos laborales. *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (III Congreso Nacional), 161-172.

Quiroz Eslado, L. (2012). La Seguridad y Salud en el Trabajo. Deber de prevención, capacitación, indemnización y auditorías. *Soluciones Laborales* (54), 100-104.

Quiroz Eslado, C. y Chavez Nuñez, F. (2012). Infracciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. En: Quiroz Eslado, C. & Chavez Nuñez, F. *Infracciones laborales ante los procedimientos de inspección del Ministerio de Trabajo*. (pp. 131-169). *Soluciones Laborales*.

Rosenbaun, J. y Castello, A. (2007). La descentralización empresarial. En Rosenbaun, J. y Castello, A. (Eds.), *Régimen jurídico de la subcontratación y la intermediación laboral* (pp. 21-29).

Seminario Gómez, C. Fiscalización Laboral – Deber de Vigilancia: ¿Cajón de sastre para la imposición de multas? *Agnitio*. <https://agnitio.pe/articulo/>

fiscalizacion-laboral-deber-de-vigilancia-cajon-de-sastre-para-la-imposicion-de-multas/

Toyama Miyagusuku, J. (2015). La tercerización e intermediación laboral. En: Toyama Miyagusuku, J. (Ed.), *El derecho individual del trabajo en el Perú* (pp. 183-232). *Gaceta Jurídica*.

VIII. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SUNAFIL EMPLEADOS

1. Informe Final de Instrucción N° 1791-2022-SUNAFIL/ILM/SINS/AI3 (2022, 31 de agosto) Autoridad Instructora III de la Sub Intendencia de Instrucción de la Intendencia de Lima Metropolitana.
2. Resolución de Intendencia N° 1299-2022-SUNAFIL/IL (2022, 1 de agosto). Intendencia de Lima Metropolitana.
3. Resolución de Intendencia N° 020-2023-SUNAFIL/IRE-CAJ (2023, 17 de febrero). Intendencia Regional de Cajamarca.
4. Resolución de Intendencia N° 1181-2022-SUNAFIL/ILM (2022, 11 de julio). Intendencia de Lima Metropolitana:
5. Resolución de Intendencia N° 155-2023-SUNAFIL/ILM (2023, 9 de marzo de 2023). Intendencia de Lima Metropolitana.