

Coordinación, Vigilancia y la Responsabilidad Administrativa de la Empresa Principal en la Seguridad y Salud en el Trabajo

César Lengua Apolaya*

Resumen:

El presente artículo analizará las obligaciones esenciales que surgen en materia de seguridad y salud en el trabajo respecto de la empresa principal en un esquema de descentralización productiva, el cual se caracteriza en nuestro medio por el empleo difundido de la intermediación laboral y la tercerización de servicios, ambas modalidades reconocidas y reguladas por la legislación peruana.

Palabras clave:

Seguridad y salud en el trabajo – Tercerización – Empresa principal – Coordinación de empresas – Deber de vigilancia – Responsabilidad administrativa

Abstract:

This article analyzes the essential obligations arising on safety and health at work with regard to the parent company in a scheme of productive decentralization, which is characterized in our midst by the widespread use of labor intermediation and outsourcing services both modalities recognized and regulated by Peruvian law.

Keywords:

Safety and health at work – Outsourcing – Parent company – Coordination of companies – Duty surveillance – Administrative Responsibility

Sumario:

1. Introducción – 2. La concurrencia empresarial, los deberes de coordinación interempresarial y el deber de vigilancia del empleador principal – 3. La cuestionable regulación de la responsabilidad administrativa del empleador principal – 4. Conclusiones

* Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - PUCP

1. Introducción

El presente artículo tiene por objeto realizar un detenido análisis de las obligaciones esenciales que surgen en materia de seguridad y salud en el trabajo respecto de la empresa principal en un esquema de descentralización productiva, el cual se caracteriza en nuestro medio por el empleo difundido de la intermediación laboral y la tercerización de servicios, ambas modalidades reconocidas y reguladas por la legislación peruana.

La configuración y el establecimiento de este tipo de estructuración segmentada de actividades empresariales genera, en el terreno de los hechos, una confluencia compleja de empleadores diversos (y de sus respectivos trabajadores) en una misma locación o centro de trabajo; lo que a su vez conlleva, por los distintos procesos involucrados, a una compartición igualmente compleja de los peligros y riesgos ocupacionales que cada una de estas actividades “aporta” al ciclo productivo. Bajo este presupuesto, las normas de seguridad y salud en el trabajo creen por conveniente fijar en cabeza del empleador principal obligaciones especiales que atiendan a dicha circunstancia, con el propósito de propiciar una adecuada gestión de la concurrencia empresarial y de los consecuentes peligros ocupacionales que ella genera, lo cual deviene finalmente en la plasmación de los deberes jurídicos de coordinación preventiva y de vigilancia.

En ese sentido, es nuestra intención contemplar en este estudio el desarrollo de los fundamentos que caracterizan estas obligaciones preventivas propias de la descentralización productiva. En adición a ello, proponemos una crítica a la forma como la legislación nacional encara la responsabilidad de la empresa principal en la concurrencia empresarial a través de la atribución de una responsabilidad administrativa directa, proponiendo su revisión en base a pautas de orden constitucional.

2. La concurrencia empresarial, los deberes de coordinación interempresarial y el deber de vigilancia del empleador principal

La seguridad y salud en el trabajo constituye en nuestro país aún una materia interdisciplinaria en

desarrollo. Es posible que ciertas nomenclaturas jurídicas sean poco frecuentes por cuanto provienen de legislaciones extranjeras que cuentan con más años de experiencia en el abordaje de la prevención de los riesgos ocupacionales, aunque no es difícil antelar que con el tiempo terminarán por ser acogidas en el medio nacional con mayor naturalidad.

Por ello, es probable que la “concurrencia empresarial” y los “deberes de coordinación interempresarial”, en tanto conceptos jurídicos, sean términos de uso no muy frecuente, aunque responden en el fondo a realidades cotidianas que surgen –desde la óptica de la legislación laboral peruana– en los escenarios de contratación de servicios u obras bajo las formas de tercerización e intermediación laboral. Por su parte, el “deber de vigilancia del empleador principal” es un enunciado más intuitivo, ya que aludiría a un especial nivel de responsabilidad que asume la empresa principal en el orden de garantizar el cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de las empresas que contrata vía tercerización e intermediación.

Seguidamente nos dedicaremos al desarrollo de estos conceptos.

2.1 La concurrencia empresarial

La concurrencia empresarial es una noción bastante gráfica pues alude al hecho que dos o más empresas compartan el mismo lugar de trabajo para la realización de sus actividades, confluyendo así empleadores diversos –y sus respectivos trabajadores– en un espacio físico común, por lo general un centro de trabajo.

La doctrina distingue diferentes supuestos de concurrencia empresarial en los que surgen variadas obligaciones y responsabilidades preventivas producto de dicha confluencia,¹ siendo de nuestro interés particular el caso de la contratación de obras y servicios cuando existe un empresario principal y titular de la actividad a la que se dedica el centro de trabajo, quien contrata a otros empresarios físicamente concurrentes se dedican a la realización de actividades en beneficio de aquel.² Esta noción general se traduciría *mutatis mutandi* a los supuestos de tercerización e intermediación laboral previstos

1 ALFONSO MELLADO, Carlos, SALCEDO BELTRÁN, Carmen e Ignacio ROSAT ACED (Coordinadores). Prevención de Riesgos Laborales. 3ª edición. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2012. Pág. 738 y ss. SALA FRANCO, Tomás. Derecho de la prevención de riesgos laborales. 6ª edición. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2010. Pág. 227 y ss.

2 El concepto de “concurrencia empresarial” según la doctrina y legislaciones extranjeras podría en algunos casos hacer alusión también a otro tipo de realidades, como el caso en que varias empresas concurren en un mismo lugar de trabajo (entendido como cualquier área, edificada o no, en la que los trabajadores deban permanecer o a la que deban acceder por razón de su trabajo) sin que estas tengan ningún tipo de relación o vinculación jurídica o comercial; tal como sucede por ejemplo con los parques industriales, un edificio de oficinas, centros comerciales, etc. A manera de referencia, estos supuestos se encuentran previstos en la normativa española de seguridad y salud en el trabajo (Ley 31/1995 - Ley de Prevención de Riesgos Laborales, artículo 24) y se sujetan a la concepción amplia que deriva del artículo 17 del Convenio 155 OIT y del artículo 11 de la Recomendación 164 OIT.

en la legislación peruana, en virtud de los cuales es factible la contratación de terceras empresas para que, mediante el destaque o desplazamiento de su personal, presten servicios vinculados o no a la actividad principal de la empresa cliente –según nos refiramos a la tercerización o intermediación, respectivamente–.

Esta confluencia de diferentes empresas que se erige alrededor de la figura de un empleador principal es comúnmente denominada como “concurrency vertical”, la cual se caracteriza por:

[...] la existencia de una relación de cooperación contractual concreta entre dos empresarios: uno, que encarga formalmente a través del negocio de la contrata la ejecución de la obra o la prestación del servicio, denominado comitente, con independencia de que tenga o no trabajadores a su servicio prestando actividad en la concurrency y, otro, que asume su ejecución, identificado como el contratista que traslada a sus trabajadores al centro de trabajo cuya titularidad ostenta el comitente [...].³

En materia de seguridad y salud en el trabajo, la primera alusión legislativa a la concurrency empresarial se remonta al derogado Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo (Decreto Supremo No. 009-2005-TR). El artículo 61 del citado Reglamento⁴ recogió dicha realidad productiva derivada de los esquemas de descentralización estableciendo correlativos deberes de coordinación entre las empresas participantes del proceso productivo, así como un especial deber de vigilancia por parte del empleador principal en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo.

Para el legislador preventivo resultaba evidente que el reconocimiento de la concurrency empresarial como realidad material debía conllevar necesariamente al establecimiento de deberes jurídicos de coordinación y vigilancia que garanticen la protección eficaz de los trabajadores tercerizados e intermediados⁵ frente a los riesgos

del trabajo. La justificación del establecimiento de estos novísimos deberes empresariales radicaba en la búsqueda de la protección del trabajador involucrado en los modernos esquemas de descentralización productiva, a fin de colocarlo en niveles de protección y seguridad semejantes a los que aplicarían en el ideal de una empresa tradicional (que cuenta solo trabajadores directos), pues la práctica enseña que en algunos casos la descentralización productiva conlleva al debilitamiento de la protección ante los riesgos del trabajo; razón por la cual resulta imprescindible estatuir garantías adicionales en el ámbito preventivo para este colectivo de trabajadores. En otros términos, lo que se busca es evitar el debilitamiento de los derechos de seguridad y salud del personal de terceras empresas, superando así las dificultades que presenta en algunos casos la identificación del empleador *stricto sensu* en la producción fragmentada; objetivo que se persigue haciendo del empresario principal (i) un eje que permita activar el inicio, el desarrollo y el control de la coordinación interempresarial para la prevención de riesgos en el centro de trabajo compartido, y (ii) un centro de imputación de obligaciones preventivas específicas, tales como el deber de vigilancia sobre los terceros empresarios en la concurrency.⁶

Las normas preventivas en supuestos de concurrency empresarial deben asirse de elementos lo suficientemente objetivos que tiendan a su eficacia, y no parece haber nada más objetivo que la simple verificación de la realización de la actividad laboral de trabajadores tercerizados e intermediados en el centro de trabajo de un empresario principal, quien por ejercer el control real de este espacio físico, asume el rol de centro de imputación de deberes preventivos especiales (coordinación y vigilancia) generados a raíz de la concurrency. El rasgo locativo se presenta como factor de legitimación de tales deberes. Como bien señala SALA FRANCO:

El presupuesto configurador de esta situación reside en un elemento locativo, esto es, que haya

3 ESCUDERO PRIETO, Azucena. Prevención de riesgos laborales y descentralización productiva. Ed. Reus: Madrid, 2009. Pág. 97.

4 Decreto Supremo No. 009-2005-TR, artículo 61.- “El empleador en cuyas instalaciones sus trabajadores desarrollen actividades conjuntamente con trabajadores de contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores; o quien asuma el contrato principal de la misma, es quien garantiza:

a) La coordinación eficaz y eficiente de la gestión en prevención de riesgos laborales.

b) La seguridad y salud de los trabajadores.

c) La verificación de la contratación de los seguros de acuerdo a la normatividad vigente efectuada por cada empleador durante la ejecución del trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada uno por la seguridad y salud de sus propios trabajadores.

Asimismo, el empleador vigilará el cumplimiento de la normatividad legal vigente en materia de seguridad y salud en el trabajo por parte de sus contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios o cooperativas de trabajadores que desarrollen obras o servicios en el centro de trabajo o con ocasión del trabajo correspondiente del principal”.

5 Como puede apreciarse del texto de la norma, la alusión a “contratistas” y “subcontratistas” parecería hacer referencia al sistema de tercerización de servicios regulada por la Ley No. 29245, mientras que la alusión a “empresas especiales de servicios” y “cooperativas de trabajadores” evocan el régimen de la intermediación laboral regulada por Ley No. 27626; aunque los alcances de los deberes preventivos no se limitan a estas figuras jurídicas.

6 ESCUDERO PRIETO. Op. cit. Págs. 98-99.

*un “centro de trabajo” del que sea titular un empresario y que en él desarrollen sus actividades otras empresas. [Este supuesto] se refiere al caso de las empresas o trabajadores autónomos contratistas o subcontratistas de obras y de servicios que realizan su actividad en el centro de trabajo del que es titular el empresario principal o comitente. Y ello, aunque la actividad realizada por aquellos sea distinta de la correspondiente a la empresa principal titular del centro de trabajo.*⁷

Conviene precisar que en la legislación vigente la concurrencia empresarial sigue siendo recogida para efectos preventivos, esta vez por el artículo 68 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley 29783).⁸

De su lectura puede apreciarse que se conserva explícito el deber de vigilancia por parte del empleador principal, mientras que la coordinación interempresarial parecería haber pasado a un plano implícito. Preferimos este enfoque –en lugar de sostener la derogación de este deber– por cuanto dicha coordinación deviene en un mecanismo instrumental por lógica necesario para lograr la eficacia de la prevención en seguridad y salud de todo el personal que se encuentra en las instalaciones del empleador principal, que es precisamente uno de los objetivos que plantea el referido artículo. Sobre el particular volveremos luego.

Por lo pronto, consideramos pertinente dejar sentado que el establecimiento por norma de deberes especiales sobre el empleador principal en el caso de la concurrencia empresarial no desplaza, de ninguna manera, las obligaciones que directamente deben cumplir las empresas que son contratadas por aquél respecto de sus servidores. Como puede deducirse de una simple lectura de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, las obligaciones ahí establecidas son imputables respecto de cualquier y todo sujeto que tenga la condición de empleador, con independencia de la posición que pudiese

adoptar en una eventual cadena de concurrencia empresarial, correspondiendo al empleador principal la vigilancia de dicho cumplimiento. En todo caso, el establecimiento de deberes especiales como el de vigilancia busca:

[...] garantizar la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores vinculados laboralmente con las empresas contratadas, pero sin alterar el esquema general de que es el empresario jurídico-formal, o más correctamente, el que efectivamente ejerce los poderes de dirección, organización y control de las prestaciones realizadas por los trabajadores, el obligado en todo caso a garantizar la protección eficaz de los trabajadores a su servicio. [...] No hay que olvidar que cualquier empresario –laboral– es “garante” de la eficaz protección de sus trabajadores frente a los riesgos laborales, y en este caso el garante, según el diseño normativo, no es otro que el empresario contratista o subcontratista [...]” (énfasis nuestro).

2.2 La coordinación de las empresas en la concurrencia

Este concepto alude al deber que pesa, en primer lugar, sobre el empleador principal y, por derivación, sobre las empresas que le prestan servicios u obras en sus instalaciones, destinado a lograr una articulación conciliada, alineada y efectiva de la gestión preventiva mediante acciones de lo más diversas (no tasadas ni prescritas por ley), que persiguen el propósito finalista de lograr la protección eficaz de todos los trabajadores en el centro laboral en el campo de la seguridad y salud ocupacional, con independencia de quién sea el empleador formal del trabajador en la concurrencia empresarial.

La coordinación supone la realización de deberes de cooperación y de colaboración recíproca para lograr la aplicación coherente y responsable de

7 SALA FRANCO, Tomás. Derecho de la prevención de riesgos laborales. 6ª edición. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2010. Pág. 228.

8 Ley 29783, 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”.

9 MARTÍN HERNÁNDEZ, María Luisa. El derecho de los trabajadores a la seguridad y salud en el trabajo. CES: Madrid, 2005. Págs. 220-225. En el mismo sentido: ÁLVAREZ CUESTA, Henar. La batalla por garantizar la protección de los trabajadores en contratas y subcontratas. Un apunto especial en el sector de la construcción. En: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ. La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo. II jornadas universitarias castellano y leonesas sobre prevención de riesgos laborales. Ed. EOLAS: León, 2011. Pág. 293.

la acción preventiva, la aplicación correcta de los métodos de trabajo, el control de las interacciones de las diferentes actividades desarrolladas en el centro de trabajo (evitando su incompatibilidad y, por consecuencia, el incremento de los peligros y riesgos ocupacionales) y la adecuación entre los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores concurrentes.¹⁰ Sobre el particular, MARTÍN HERNÁNDEZ ha señalado que:

Para cumplir con este deber de cooperación [los empresarios concurrentes] habrán de realizar todas aquellas acciones preventivas de coordinación que en cada caso resulten necesarias para conseguir prevenir los riesgos laborales que afectan a todos los trabajadores vinculados con cada uno de ellos durante el cumplimiento de su prestación laboral de servicios, y en particular, para que cada uno de los empresarios concurrentes pueda transmitir a sus respectivos trabajadores la información en materia preventiva que, dadas las circunstancias, resulte necesaria.¹¹

Como indicamos en el punto anterior, la legislación nacional ya no explicita el deber de coordinación. Sin embargo, dicho deber se encuentra presente en el artículo 2 del Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo (Resolución 957 de la CAN), norma que es vinculante para el Perú. Esta disposición prevé que las empresas que desarrollan actividades simultáneamente en un mismo lugar de trabajo deber adoptar medidas de prevención y protección frente a los riesgos del trabajo, las cuales deben ser equitativa y complementariamente asignadas y coordinadas entre ellas.

Incluso, si no existiera dicha norma regional, el deber de coordinación se entendería implícito, como derivado de la propia concurrencia empresarial y del establecimiento del empleador principal como garante de la seguridad. En efecto, si asumiésemos que no existe un deber de coordinación, ello significaría que el empleador principal debiera adjudicarse el rol de responsable inmediato de dar cumplimiento a todas las normas preventivas respecto del personal tercerizado e intermediado en sustitución de sus respectivos empleadores. Esta hipótesis creemos que sería inconsecuente e incongruente con la propia Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, por el hecho que las empresas de tercerización e intermediación concurrentes, en su condición de empleadores, son responsables –frente a sus respectivos sus trabajadores– de dar cumplimiento a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo

contempladas por las leyes vigentes; reiteramos, por el simple hecho de tener a su cargo personal dependiente y por ser destinatarios –como empleadores– de las obligaciones jurídicas de prevención. Ello lo ratifica el propio artículo 68 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo en su literal d), al afirmar que las empresas contratistas, subcontratistas y entidades dedicadas a la intermediación laboral deben cumplir con las normas de seguridad y salud, correspondiendo al empleador principal el deber de vigilancia. De ello se deduce, por el simple peso de la lógica, que el empleador principal es el cardinal responsable de verificar y garantizar que dicho cumplimiento normativo por parte de sus contratistas y subcontratistas no solo sea real por cada empresa concurrente individualmente considerada, sino que corresponda también a una gestión colectiva efectiva, organizada, coherente y eficaz en todo el espacio físico en que se produce la concurrencia empresarial.

Además, en nuestro concepto la existencia de un deber jurídico de coordinación preventiva en la concurrencia empresarial viene confirmado por el hecho que la ley impone al empleador principal el rol de garante de la seguridad de los trabajadores de las empresas contratistas, subcontratistas y entidades de intermediación laboral. En efecto, si la ley impone esta responsabilidad es lógico y consecuente admitir como presupuesto que el empleador principal tenga también herramientas jurídicas suficientes para evitar que tales responsabilidades se gatillen y deriven en contingencias civiles, administrativas o penales. Entre tales herramientas jurídicas se debe encontrar la coordinación, entendida como obligación de cooperación que se impone a los distintos empresarios concurrentes y que es exigible por el empleador principal, incluso si no se ha pactado expresamente en el contrato de locación de servicios u obras respectivo, puesto que la obligación de coordinar la acción preventiva por parte de las terceras empresas concurrentes es un imperativo normativo (proveniente del Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo). Constituye además un interés legítimo del empleador principal civilmente tutelado (en tanto existe un elemento de responsabilidad detrás) a partir del deber de ejecución de buena fe de los contratos (art. 1362 del Código Civil), lo que conmina a las empresas prestadoras de servicios en la concurrencia a evitar la generación de perjuicios en su contratante producto de la actividad que realizan aquellas.

El deber de coordinar la acción preventiva se impone sobre esos terceros concurrentes en virtud

10 ALFONSO MELLADO y otros. Op. cit. Pág. 744.

11 MARTÍN HERNÁNDEZ. Op. cit. Pág. 217.

del deber de prevención. Hay que recordar que este, en consonancia con la doctrina especializada, constituye una obligación de carácter genérico, de formulación amplia, abierta y omnicompreensiva, de tal manera que las distintas obligaciones positivizadas en la norma preventiva son apenas concreciones mínimas de algunos de sus aspectos, mas no constituye un listado taxativo y cerrado de obligaciones empresariales.¹² Dada la naturaleza de las cosas en un supuesto de concurrencia empresarial, aunque la norma legal no establezca expresamente el deber de coordinación, este debe entenderse existente no solo por las razones anteriormente expuestas, sino como una derivación del deber de prevención en su faceta colectiva.

El liderazgo y la responsabilidad que ejerce la empresa principal en las tareas de coordinación interempresarial es usualmente justificada de manera similar a como se legitiman los regímenes legales de protección particularizada que abordan las leyes laborales de la descentralización productiva, y que tienden a establecer obligaciones específicas para colocar a los trabajadores tercerizados e intermediados en un plano en que sus derechos sean garantizados o, cuando menos, para reducir la posibilidad de su vulneración. En ese sentido, se afirma que la mera coincidencia física de diferentes entidades empresariales en un mismo lugar de trabajo puede llegar a colocar a aquellos (e incluso a los trabajadores directos) en un variado entramado de fuentes de riesgo, provocados ya no necesariamente por las actividades productivas de su propio empleador; siendo que esta variedad de fuentes de riesgo requiere de una gestión adecuada e integrada. Asimismo, se invoca como justificación del deber de coordinación el menor gasto que suelen realizar algunas empresas contratistas o auxiliares en tareas preventivas, la precariedad con la que operan algunas contratas y subcontratas, o simplemente su desinterés por la situación de los trabajadores de las demás empresas concurrentes;¹³ mientras que, en paralelo, se encarama la figura de la empresa principal o usuaria, quien en teoría cuenta con posibilidades

más reales de ordenación, organización y fiscalización de las actividades que se realizan en el centro de trabajo en conjunto, en comparación con sus contratistas.¹⁴

La OIT contempla el deber de coordinación como un componente imprescindible en la gestión de los riesgos en el centro de trabajo. En efecto, el artículo 17 del Convenio 155 OIT (no ratificado por el Perú) señala que “siempre que dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo tendrán el deber de colaborar en la aplicación de las medidas previstas en el presente Convenio”. La noción de concurrencia y deber de coordinación (colaboración) se encuentran claramente presentes en el precepto. Por su parte, el artículo 11 de la Recomendación 164 OIT señala que “cuando dos o más empresas desarrollen simultáneamente actividades en un mismo lugar de trabajo, deberían colaborar en la aplicación de las medidas relativas a la seguridad y salud de los trabajadores y el medio ambiente de trabajo, sin perjuicio de la responsabilidad de cada empresa por la salud y la seguridad de sus propios trabajadores [...]”.¹⁵

Por otro lado la OIT, a través de las Directrices ILO-OSH 2001, relieves la coordinación al sugerir en su numeral 3.10.5.2 que, en los supuestos de concurrencia, se adopten en la organización productiva disposiciones que tiendan mínimamente a lo siguiente:

- (i) Al establecimiento de medios de comunicación y de coordinación eficaces y permanentes entre los niveles pertinentes de la organización y el contratista antes de iniciar el trabajo, incluyendo disposiciones relativas a la notificación de los peligros y de las medidas adoptadas para prevenirlos y controlarlos.
- (ii) A la inclusión de disposiciones relativas a la notificación de lesiones, enfermedades, dolencias e incidentes relacionados con el trabajo que pudieran afectar a los trabajadores del contratista en su actividad para la organización.

12 SALCEDO BELTRÁN, Carmen. El deber de protección empresarial de la seguridad y salud en el trabajo. Tirant lo Blanch: Madrid, 2000. Pág. 25.

13 MARTÍNEZ BARROSO, María de los Reyes. La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores autónomos en actividades productivas descentralizadas. En: FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑOZ. La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo. II jornadas universitarias castellano y leonesas sobre prevención de riesgos laborales. Ed. EOLAS: León, 2011. Pág.132.

14 MARTÍNEZ BARROSO. Op. cit. Pág. 135.

15 El Estudio General de la OIT relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155), a la Recomendación sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 164) y al Protocolo de 2002 relativo al Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, señala lo siguiente respecto a las medidas que hay que adoptar cuando se encuentran presentes dos o más empleadores en un mismo lugar de trabajo: “174. La tarea de garantizar el mantenimiento de un grado adecuado de seguridad y salud en los lugares de trabajo, tales como las obras públicas u otras obras de construcción, en las que están presentes diversas empresas contratistas de diferentes tamaños y con cometidos distintos, requiere establecer mecanismos de colaboración, coordinación y comunicación eficaces, y una definición de los respectivos deberes y responsabilidades de cada agente que interviene [...]. En Perú, el empleador a cargo del lugar de trabajo, o el contratista principal, ha de garantizar la coordinación de la SST para todos los trabajadores y la contratación de los seguros correspondientes [...]”.

- (iii) Al fomento en el lugar de trabajo de una concienciación de la seguridad y de los riesgos para la salud, e impartir capacitación al contratista o a los trabajadores de este último, antes o después de que comience el trabajo, según sea necesario.
- (iv) A que se supervise periódicamente la eficiencia de las actividades preventivas del contratista en el lugar de trabajo.
- (v) A que se garantice que los contratistas cumplen los procedimientos y disposiciones relativas a la seguridad y salud en el trabajo.

Tal como lo hemos antelado, los deberes de coordinación interempresarial en los escenarios de pluralidad de empleadores en el centro de trabajo surgen como una necesaria reacción de carácter jurídico frente a la dispersión organizacional que proponen los innovadores esquemas de descentralización productiva. Este fenómeno, si bien ha perseguido principalmente transformar el marco clásico del sistema productivo surgido con la empresa fordista, en dicho afán tiende a repercutir inconscientemente en la seguridad ocupacional por cuanto la confluencia de diferentes sujetos (empresas y trabajadores),¹⁶ de diferentes procedimientos de trabajo o la simple asunción de responsabilidades segmentadas en las cadenas de producción, pueden originar en su interacción peligros y riesgos difíciles de antelar por cada organización empresarial aisladamente considerada;¹⁷ a lo cual habría que añadir las ya mencionadas dificultades prácticas que en algunos casos presenta la precariedad de la contratación y subcontratación de obras y servicios. Apelando a la realidad “se puede comprobar que en muchas ocasiones los índices de siniestralidad sufridos o provocados por las empresas contratadas o subcontratadas están muy por encima de los de las empresas para las que trabajan. Las causas de estas situaciones suelen ser entre otras: deficiente comunicación en materia de coordinación, inadecuada formación e información sobre los riesgos generales y específicos, imprevistos asociados a la temporalidad de los trabajos, desconocimiento de normas de seguridad internas, falta de control efectivo de las condiciones de trabajo, etc.”¹⁸

En última instancia, los deberes de coordinación preventiva atienden a la necesidad de proveer una protección eficaz a los trabajadores de forma colectiva, con la finalidad ulterior de otorgar protección individualizada. Como se puede inferir, la seguridad colectiva es el presupuesto de la eficaz protección individual de cada trabajador, y debe ser entendida como la seguridad de una locación determinada o de un ámbito de organización empresarial (centro de trabajo) en el que convergen distintos empresarios, cada uno con sus respectivos poderes y deberes sobre sus propios trabajadores, incluido el deber de seguridad. Así, la seguridad colectiva depende de la acción no de un empresario y sus trabajadores, sino de la acción conjunta de todos los empresarios y de sus respectivos trabajadores.¹⁹

Para que exista un tratamiento coherente de la seguridad y salud en el centro de trabajo debe existir un intercambio de información permanente y un alineamiento mínimo entre los diversos empleadores. En esta línea, la responsabilidad del empleador principal de garantizar la existencia de un sistema de gestión que cubra y proteja al personal de los terceros concurrentes no debería ser entendida como la sustracción de estos terceros de las tareas preventivas ni la atribución en cabeza del empleador principal de todas las obligaciones legales en esta materia respecto de trabajadores que le son ajenos, pues ello dejaría sin sentido ni propósito el paralelo deber de vigilar el cumplimiento de la normativa de seguridad ocupacional a la que deben sujetarse también estas terceras empresas. El empleador principal deberá ser un garante de la seguridad general (a partir del ejercicio diligente de su deber de vigilancia) y quien dirija la coordinación, pero no tiene la obligación de convertirse en sucedáneo de los empleadores a quienes contrata en la descentralización productiva, ya que éstos convergen al centro de trabajo conservando cada uno sus respectivas atribuciones y deberes sobre sus propios trabajadores. Este necesario enfoque será de mucha importancia al momento de analizar la responsabilidad administrativa en los casos de concurrencia. Será la vigilancia, la coordinación interempresarial y los mecanismos contractuales las herramientas con las que cuente la empresa principal para alinear la tarea preventiva en el centro de trabajo.

16 La pluralidad de empleadores obligados a dar cumplimiento a las normas preventivas en un mismo centro de trabajo podría generar una crisis de dispersión y consecuente ineficacia de la gestión preventiva, propiciada por la diversidad de tamaños de las empresas presentes en la concurrencia, las distintas complejidades de los procesos productivos realizados por cada una de ellas, o debido a la diversidad de enfoques de cara a la cultura preventiva.

17 Las empresas de intermediación laboral, contratistas y subcontratistas realizan las tareas contratadas aportando a la dinámica productiva los peligros y los riesgos de sus propias actividades laborales. Esto no solo incide sobre la seguridad y salud de sus propios trabajadores, sino que podría producir un incremento del índice del personal expuesto al riesgo (de considerarse a los demás trabajadores de la concurrencia), o la generación de nuevos peligros a raíz de la eventual acción recíproca entre unos y otros peligros de los diferentes empleadores.

18 Norma Técnica de Prevención No. 918 sobre coordinación de actividades empresariales de España.

19 MARTÍN HERNÁNDEZ. *Ibid.*

Debido a que no existe un mecanismo ni previsión legal para determinar cuáles son en concreto los mecanismos de coordinación interempresarial,²⁰ todo listado constituirá una mera aproximación o sugerencia que deberá ser concretada de acuerdo a la realidad empresarial, pues ésta debe ser la que sugiera, en principio, los mecanismos idóneos.

En esa línea, es necesario primero conocer los propósitos a fin de adoptar los mecanismos prácticos. Dentro de lo primero hallamos como objetivos de la coordinación los siguientes: (i) facilitar un sistema de gestión coherente y alineado al interior del centro de trabajo que parta por la identificación, evaluación y prevención de todos los riesgos presentes; (ii) contribuir al cumplimiento del deber de vigilancia del empleador principal; (iii) la adopción estandarizada de procedimientos o métodos de trabajo seguros que consideren la interacción de todos los peligros y riesgos producidos por la concurrencia; (iv) facilitar el intercambio fluido de información relacionada a la seguridad y salud en el trabajo; y (v) permitir la aplicación alineada de las normas de seguridad y salud.

En función de lo anterior, para elegir los mecanismos concretos de coordinación en la organización interempresarial, se suelen tomar como criterios los siguientes: (i) el nivel de peligrosidad de las actividades concurrentes (una mayor peligrosidad sugiere una coordinación más puntillosa y detenida); (ii) la complejidad de los procesos productivos; (iii) la cantidad de trabajadores involucrados en la concurrencia; (iv) la duración de los desplazamientos o destakes del personal de las terceras empresas; (v) el tipo de riesgos presentes.

En tercer lugar, la experiencia extranjera y la doctrina sugieren algunos mecanismos de coordinación: (i) el intercambio de información, en virtud de la cual la empresa principal puede requerir a sus contratistas cualquier dato o documentación con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las normas preventivas y hacer el seguimiento respectivo; (ii) la circulación de información, de

tal manera que todas las empresa concurrentes cuenten con la información recibida de las demás empresas al momento de evaluar sus propios riesgos y planificar las acciones preventivas; (iii) la impartición de instrucciones tendientes a asegurar la prevención de accidentes y enfermedades ocupacionales; (iv) el establecimiento de reuniones periódicas de los diferentes servicios de seguridad y salud ocupacional; (v) reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud en el trabajo, o la participación de representantes de las terceras empresas concurrentes en calidad de invitados en la reunión del comité de seguridad y salud en el trabajo de la empresa principal; (vi) adopción conjunta de medidas de prevención; etcétera²¹.

Ningún mecanismo de coordinación es definitivo ni invariable; por el contrario, como la coordinación es un elemento del sistema de gestión, los métodos empleados estarán también sujetos a la revisión periódica y la mejora continua.

El rol garante que hace pesar la ley sobre el empleador principal exige “una real implicación en la coordinación de actividades empresariales que alejará un siempre bien censurado cumplimiento meramente formal”.²² Sin embargo, dada la relevancia de documentar la gestión de seguridad y salud, la diversidad de posibilidades de acción en el campo de la coordinación interempresarial requiere para su concreción plantear por escrito los mecanismos concretos, acciones y procedimientos que se adoptarán. Para esto pueden adoptarse políticas internas que se incorporen a los contratos de prestación de servicios u obras que se celebren con las empresas tercerizadoras o de intermediación laboral. Alternativa o paralelamente, los Reglamentos Internos de Seguridad y Salud en el Trabajo pueden contener tales reglas de coordinación; o ser adoptadas estas en cualquier otro documento interno de gestión. Cualquiera que fuere el método a emplear, lo que se debería exigir es su cumplimiento insoslayable e imperativo por los empleadores en la concurrencia. La finalidad es evitar la dispersión de la información, la compartición de información irrelevante o la improvisación, tendiendo más bien

20 Esta forma de legislación genérica y abierta, que es común a diferentes áreas de la seguridad y salud en el trabajo, plantea grandes dificultades a los empleadores sobre todo al momento de deslindar responsabilidades administrativas. La experiencia nos demuestra que existe propensión de la fiscalización laboral a cuestionar los niveles de diligencia adoptados por el empleador (por más razonables que estos sean) en áreas como la coordinación interempresarial y la supervisión. El hecho que estas normas permitan un campo abierto para su interpretación y modelización a las diferentes realidades empresariales, conlleva también a que se trastoquen en un campo fértil para la aplicación de sanciones muchas veces pasibles de fundadas críticas.

21 La doctrina sostiene que el intercambio de información y la impartición de instrucciones son medios adecuados en aquellas concurrencias en las que no existen especiales obstáculos para llevar a cabo dicha coordinación elemental; por ejemplo, cuando la actividad desarrollada ostenta en la concurrencia baja complejidad o peligrosidad. Estos métodos sencillos suelen no ser recomendables en estructuras empresariales y productivas complejas (varios contratistas o subcontratistas), o cuando la peligrosidad de la actividad es moderada o alta. Además, cuando la concurrencia se caracteriza por mantener una actividad sostenida en el tiempo, son recomendables los medios de coordinación que se orienten a la planificación conjunta de la actividad preventiva. Cfr. ESCUDERO PRIETO. Op. Cit. Pág. 269-272.

22 MONTOYA MELGAR, Alfredo; PIZÁ GRANADOS, Jaime e Icíar ALZAGA RUÍZ. Curso de seguridad y salud en el trabajo. Segunda Edición. Editorial Universitaria Ramón Areces: Madrid, 2009. Pág. 123.

al establecimiento claro de los objetivos, las etapas o fases de la coordinación, los responsables, la documentación involucrada, plazos, entre otros.²³

2.3 El deber de vigilancia

Conforme al artículo 68 literal d) de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, al deber de coordinación que pesa sobre el empleador principal debe añadirse un complemento sustantivo que hace las veces de centro gravitacional de la responsabilidad que ulteriormente se exige al empleador principal en el plano administrativo: el deber de cautelar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte de las empresas contratistas, subcontratistas y entidades de intermediación laboral de las cuales se vale para el desarrollo de sus actividades. De esta forma, la ley ubica al empleador principal en la posición de garante de la seguridad en el centro de trabajo; opción legislativa que es fortalecida por disuasión o incentivación –conforme quiera interpretarse– con alguna fórmula de responsabilidad en caso de incumplimiento. En el caso peruano se opta por la imputación de responsabilidad administrativa directa, conforme lo veremos más adelante.

La vigilancia que debe ejercer el empleador principal no es una obligación que tenga por sujeto pasivo a los trabajadores tercerizados o intermediados, no solo porque ello quebraría la autonomía y la independencia empresarial que persiguen las normas que regulan estas modalidades, sino porque “todo lo que tenga que ver con ellos es obligación de su propio empresario, puesto que la relación de dependencia se encuentra establecida entre el trabajador y el contratista, debiendo éste observar, controlar y vigilar el cumplimiento de las normas respecto de sus trabajadores”.²⁴ En todo caso, el deber de vigilancia faculta al empleador principal a controlar y a exigir a las otras empresas el correcto cumplimiento de las normas preventivas.

Algunos autores consideran que el deber *in vigilando* lleva implícito un deber *in eligendo*²⁵; 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.

El deber *in eligendo* no es ajeno a nuestra normativa de prevención de riesgos laborales, pero se encuentra planteada en una perspectiva distinta a la comentada. El artículo 51 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo señala que es obligación del empleador considerar las competencias personales, profesionales y de género de sus trabajadores en materia de seguridad y salud en el trabajo al momento de asignarles las labores; esto, como un mecanismo destinado a evitar daños cuya previsibilidad sea factible en función de la debida elección del sujeto a quien se le encomienda la realización de la labor.

Aunque no existe una norma semejante para el caso de la contratación de empresas de tercerización o de intermediación laboral, consideramos factible entender el deber *in vigilando* como precedido por el deber *in eligendo*; aunque la obligación normativa que pesa sobre el empleador principal recae solo sobre lo primero (el deber de vigilar). En efecto, ambos deberes corresponden a dos manifestaciones temporalmente diferenciadas del deber general de diligencia, siendo que la vigilancia es razonablemente conducente solo cuando versa respecto de sujetos a quienes les resulta factible el cumplimiento de las normas de seguridad y salud. Pretender vigilar el debido cuidado de las normas preventivas por parte de empresas precarias o de cumplimiento dudoso resultaría una labor intrincada; pero en todo caso, una elección inadecuada no constituye *per se* factor atributivo de responsabilidad sobre la empresa principal. Lo relevante para la norma peruana es que, una vez en ejecución las prestaciones derivadas de la relación contractual con la empresa principal, el tercerizador o intermediador cumplan con las obligaciones concernientes a la seguridad y salud.

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.

En efecto, se reconoce sin ningún cuestionamiento que el deber de vigilancia no puede ni podría ser extendido más allá del perímetro del centro de trabajo de la empresa principal (siendo pasible de control solo cuanto atañe a las labores prestadas dentro de este), ni podría ser exigible respecto de las etapas previas o posteriores al tiempo del desplazamiento o destaque del personal

23 Notas Técnicas de Prevención No. 919 del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

24 SALCEDO. Op cit. Pág. 113.

25 SALCEDO. Op. cit. 114.

tercerizado o intermediado. Esta doble limitación —espacial y temporal— conlleva a que quede totalmente excluida del control la seguridad de los trabajadores que no presten servicios en el centro laboral de la principal, así como las incidencias previas o posteriores a la ejecución del contrato de servicios u obras. No podría ser de otra manera pues la lógica nos instruye en el sentido que la vigilancia puede ser impuesta como un deber jurídico genérico en tanto pueda existir un asidero material para su despliegue, esto es, la posibilidad real de controlar el cumplimiento normativo.

Pero no solo existen límites materiales a la vigilancia. Pese a que la práctica inspectiva pudiere no encontrar siempre empatía con los límites cualitativos (y estos desencuentros no son privativos de la experiencia nacional), la doctrina se explaya de forma sobreabundante en el sentido de reconocer que el deber de vigilancia, pese a colocar al empleador principal en la posición de un responsable global de seguridad, no podría perseguir la imposición de un rol de fiscalización omnicompreensivo, omnisciente ni omnipresente²⁶. De no reconocerse con razonabilidad estos límites cualitativos, la responsabilidad administrativa del empleador principal se tornaría prácticamente en una obligación de resultado y de carácter objetivo,²⁷ lo que disiente de las actuales tendencias del derecho administrativo sancionador inspiradas por la configuración del Estado de Derecho (siendo pilar de ello el principio de culpabilidad).

Alineados con las posturas en nuestro concepto extremistas, hay quienes como GORELLI afirman que la obligación de vigilancia se configura —en efecto— como una obligación de resultado, prácticamente objetivada, siendo que su naturaleza es absoluta y sin límites²⁸. Igual opina GOERLICH, para quien el empresario principal está obligado, más allá de la vigilancia, a evitar los incumplimientos por parte del contratista; siendo que si se producen éstos, el deber de vigilancia queda violado *de iure*, de modo que la única forma de zafarse de una imputación del incumplimiento

del deber de vigilancia supone demostrar la inexistencia del incumplimiento atribuido administrativamente al contratista.²⁹

No compartimos esta posición toda vez que ello, llevado al plano de la responsabilidad administrativa, podría llevarnos equivocadamente a concluir que estamos ante un supuesto de imputabilidad objetiva, bastando la sola comprobación del incidente, accidente o enfermedad vinculada al trabajo, o el simple incumplimiento normativo, para concluir que no hubo una adecuada y suficiente vigilancia de parte del empleador principal, convirtiéndolo automáticamente en depositario del reproche sancionador de la Administración. Sin embargo, un razonamiento así de simplista colisionaría de lleno con el análisis subjetivo de la responsabilidad administrativa que demanda la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley No. 27444) al exigir que el análisis de responsabilidad pondere, entre otros, la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor y las circunstancias de la comisión de la infracción (esto es, el grado de diligencia). Esta previsión conlleva a la necesidad de analizar el nivel de intencionalidad o de negligencia de manera previa a la sanción y como condición de legitimidad de la misma. Las posturas y prácticas objetivas en torno al deber de vigilancia sencillamente pretenden sortear este aspecto; así como también lo pretende hacer el procedimiento inspectivo laboral en nuestro caso al omitir este análisis,³⁰ pese a que este procedimiento especial debe respetar las garantías y principios previstos en la mencionada norma general, a tenor de lo que dispone el artículo 229 de la Ley No. 27444 (modificado por Decreto Legislativo No. 1029) cuando afirma que “los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados”.

Pero como antelamos, un importante sector de la doctrina no satisfecho con la responsabilidad ilimitada que pretende imponerse sobre el

26 En ese sentido se manifestó, a manera de ejemplo, la Sentencia del 11 de mayo de 2005 del Tribunal Supremo de España. Esta señala que no se trata de la exigencia de un control máximo y continuado —lo que podría hacer ineficaz esta modalidad productiva descentralizada—, pero sí de un control efectivo, pasible de verificación.

27 La generalidad con que son formulados los deberes de vigilancia suelen conllevar a esa confusión. Como se ha criticado con justa razón, “cabría pensar que, al menos, a los efectos de esta responsabilidad administrativa no existirían límites a la obligación de vigilancia del empresario principal, pues aunque cumpliera razonablemente esta obligación, de producirse el incumplimiento por parte del contratista o subcontratista, habría responsabilidad solidaria para aquel”. Cfr. SALA FRANCO. Op. cit. Pág. 235.

28 GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Responsabilidad patrimonial del empresario derivada de riesgos profesionales. Ed. Tecnos: Madrid, 2006. Pág. 184-185.

29 GOERLICH PESET, José María. Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales. Actualidad Laboral No. 8, febrero de 1997. Pág. 146. Citado por COS EGEA, Manrique. La responsabilidad administrativa del empresario en materia de prevención de riesgos laborales. La Ley: Madrid, 2010. Pág. 100.

30 Lo que se pone de manifiesto con toda claridad luego de la modificación del régimen de multas del procedimiento inspectivo laboral dispuesta por Decreto Supremo No. 012-2013-TR. Hoy en día estas multas constituyen montos fijos; antes las multas se fijaban en base a una escala dividida en tramos, dentro de los cuales la autoridad fijaba la sanción luego de analizar las circunstancias particulares del caso. El establecimiento de multas de monto único impide el análisis subjetivo de la responsabilidad administrativa —o en todo caso lo torna irrealizable e irrelevante—, pues bajo este sistema una negligencia levisima y un dolo deliberado se sancionaría con la misma penalidad. Ello contraviene flagrantemente las garantías sancionadoras mínimas que prevé la Ley No. 27444.

empleador principal, y mucho más alineada con los criterios que sienta la responsabilidad subjetiva, considera el deber de vigilancia como una obligación que no podría ser de tipo policial ni milimétrica, como erradamente podría entenderse, sino como indica SALA FRANCO, “una obligación de razonable supervisión por parte de la empresa principal de las tareas preventivas de la contratista, sin que pueda exigírsele un control diario y permanente de la empresa contratista o subcontratista y de sus trabajadores, lo que iría probablemente contra la idea misma de la descentralización productiva perseguida con la contrata”.³¹

De la misma opinión es ÁLVAREZ CUESTA cuando sostiene que si bien la vigilancia ha de ser total y permanente, e implica una comprobación de la actuación inicial del contratista y otras sucesivas de control periódico durante la ejecución del contrato, “no cabe convertir al empresario en detective en persecución de los trabajadores, ni de los suyos ni de los otros, ni que realice una vigilancia cuasipolicial, pues chocaría con las finalidades propias de la descentralización”³². En semejante sentido se pronuncia MARTÍN HERNÁNDEZ al sostener que el cumplimiento del deber de vigilancia, si bien debe ser efectivo (no simplemente formal), no debería rebasar los criterios de la razonabilidad hasta el punto de exigir a los contratistas exagerada documentación que pudiere –en la mayoría de casos– no coincidir con la realidad de los hechos o de los trabajos efectuados.³³

Así como la vigilancia y la supervisión de seguridad y salud respecto de los propios trabajadores debe ser efectiva –pero no ilimitada–, la vigilancia que ejerce la empresa principal sobre sus contratistas debiera obedecer a semejantes parámetros de razonabilidad. Sobre aquello ha señalado SAN MARTÍN MAZZUCCONI que el deber de vigilancia no puede entenderse como una fiscalización constante, minuto a minuto, de todas las operaciones ejecutadas en el ciclo productivo, pues un control de esa índole (policial, permanente y exhaustivo) atentaría contra la dignidad y profesionalidad de los mismos trabajadores, en tanto se les tendría por sujetos carentes de sentido común. La vigilancia no tiene por qué convertir al empleador en la “sombra del trabajador”³⁴; *mutatis mutandi*, tampoco en la de sus empresas de intermediación y de tercerización, en tanto ellas

son también depositarias –en tanto empleadores– de las responsabilidades preventivas que asienta la ley, y porque existe una exigencia legal de que estas conserven márgenes de autonomía para que su existencia y actividad laboral sea legalmente válida. Siendo así, la vigilancia no debería confundirse con una tarea policial, sino más bien razonable y mediata.

Por lo expuesto, queda claro que existe mayormente coincidencia en los fundamentos del deber de vigilancia. De hecho, para la doctrina es unánime que la imposición de este deber sobre el empleador principal es una medida razonable y sustentada en las posibilidades fácticas e inmediatas que tiene este con miras a cautelar la integridad de los trabajadores que laboran en el centro de trabajo. La discusión se plantea en el terreno de cómo debe interpretarse el cumplimiento del deber; es decir, bajo parámetros objetivos o subjetivos.

Cierto es que por la naturaleza especial de la materia sujeta a vigilancia –esto es la seguridad y salud– existe una particular propensión a presumir el elemento subjetivo del injusto administrativo; pero ello no puede servir en nuestro concepto para equiparar lo que sería una responsabilidad administrativa subjetiva “fuertemente objetivada”³⁵ con una responsabilidad administrativa propiamente objetiva. Sostener que el análisis de responsabilidad debe darse en términos objetivos contravendría de plano el derecho administrativo sancionador aplicable a estas circunstancias, tal como más adelante profundizaremos. Sin embargo, lo primero (entender que se genera una responsabilidad administrativa subjetiva, con rasgos fuertes de objetivación) cuando menos otorga al empleador la posibilidad de demostrar su inculpabilidad o el cumplimiento diligente de su obligación de vigilancia a fin de deslindar responsabilidad administrativa. En todo caso, compartimos lo señalado por COS EGEA cuando afirma que siempre debería admitirse la posibilidad de que el empleador principal pueda demostrar que desplegó toda la diligencia razonablemente exigible en el cumplimiento de su deber de vigilancia a fin de lograr la exoneración de su responsabilidad, aún cuando el contratista haya incurrido en infracción³⁶. Ello supone que el incumplimiento del empleador directo (contratista, subcontratista o empresa de intermediación) no debe suponer un llamado

31 SALA FRANCO. Op. cit. Pág. 234-235.

32 ÁLVAREZ CUESTA. Op. cit. Pág. 292.

33 MARTÍN HERNÁNDEZ. Op. cit. Pág. 221.

34 SAN MARTÍN MAZZUCCONI, Carolina. La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales. En: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, No. 84. http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/84/est03.pdf

35 COS EGEA. Op. cit. Pág. 94.

36 Op. cit. Pág. 100.

de responsabilidad en automático al empleador principal, sino que el juicio de reprochabilidad que recaiga sobre este último debe desenvolverse en función de la circunstancia particular del caso, de la naturaleza del incumplimiento detectado por la inspección y del tipo de vigilancia instaurado, a fin de evaluar el umbral de diligencia empleado en esta tarea.

No obstante, el reproche administrativo del empleador principal está previsto en las normas inspectivas laborales peruanas como una operación mecánica a través de una imputación directa de responsabilidad. Seguidamente abordamos una profunda crítica a esta disposición.

3. La cuestionable regulación de la responsabilidad administrativa del empleador principal

Si bien la responsabilidad administrativa del empleador principal en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo que compete a sus contratistas y demás empresas que les destacan trabajadores parece ser una regla común en muchas jurisdicciones, las leyes no son uniformes al momento de abordar el tipo de responsabilidad específica que se le atribuye. En ese sentido, las opciones legislativas fluctúan entre fijar: (i) mecanismos de responsabilidad directa sobre el empleador principal, donde la empresa principal resulta la imputada como responsable ante la mera comprobación del incumplimiento del contratista, sin que medie sanción para este último; (ii) sistemas de responsabilidad solidaria ante la verificación del incumplimiento del deber de vigilancia, donde ambas empresas son sancionadas administrativamente; y (iii) la imputación de responsabilidad administrativa subsidiaria sobre el empleador principal.

La OIT a través de la Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV) ha realizado un interesante repaso de las formas de responsabilidad que establecen algunas legislaciones latinoamericanas

en materia de seguridad y salud en el trabajo, cuando existen disposiciones de esa índole.³⁷ A partir de esas aproximaciones se concluye que en Argentina, Venezuela, El Salvador, Nicaragua y Panamá, rige la responsabilidad solidaria de la empresa principal; pero en Nicaragua la solidaridad opera solo en caso que el empresario principal no exija a los contratistas y subcontratistas el cumplimiento de las obligaciones legales en materia de higiene y seguridad del trabajo (es decir, en caso no ejerza deber de vigilancia). En Chile y Perú se habría establecido la responsabilidad directa de la empresa principal; mientras que en Bolivia rige la responsabilidad subsidiaria.

Efectivamente, en el Perú se prevé legalmente una responsabilidad administrativa directa sobre empleador principal. Consta así literal e indiscutiblemente en el artículo 103 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (Ley No. 29783)³⁸ y en el artículo 42.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo (Ley No. 28806).³⁹ Sin embargo, no es infrecuente que en la práctica nos topemos con que, en los procedimientos inspectivos, la autoridad señale que esta responsabilidad atribuida al empleador principal es “solidaria”, lo que es un flagrante error de calificación atendiendo al claro tenor normativo.

También en la doctrina se ha deslizado que el mencionado artículo 42.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo constituye un supuesto de responsabilidad solidaria⁴⁰. No suscribimos dicha opinión pues creemos que la literalidad de norma no debería prestarse a confusión. Tampoco consideramos que la solidaridad en el plano administrativo sancionador encuentre asidero en el Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo ni en su Reglamento. El primero de ellos refiere a la solidaridad en su artículo 17, mientras que el segundo en sus artículos 2 y 18. Sin embargo, ninguna de estas menciones plantea la solidaridad empresarial en el plano del *ius puniendi* estatal, sino que se refiere a una solidaridad de tipo obligacional frente a los trabajadores, y además,

37 [Cfr. http://actrav.lim.ilo.org/index.php/temas-prioritarios/cadenas-de-valor/tercerizaci%C3%B3n/subcontrataci%C3%B3n-de-obras-y-servicios/responsabilidad-en-materia-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo.html](http://actrav.lim.ilo.org/index.php/temas-prioritarios/cadenas-de-valor/tercerizaci%C3%B3n/subcontrataci%C3%B3n-de-obras-y-servicios/responsabilidad-en-materia-de-seguridad-y-salud-en-el-trabajo.html)

38 Ley 29783, artículo 103.- Responsabilidad por incumplimiento a la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores En materia de seguridad y salud en el trabajo, la entidad empleadora principal responde directamente por las infracciones que, en su caso, se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, personas que presten servicios, personal bajo modalidades formativas laborales, visitantes y usuarios, los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones. Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios responden directamente por las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

39 Ley No. 28806, artículo 42.- Responsabilidades empresariales [...]

42.2 En materia de seguridad y salud en el trabajo, la empresa principal responderá directamente de las infracciones que, en su caso se cometan por el incumplimiento de la obligación de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores de las empresas y entidades contratistas y subcontratistas que desarrollen actividades en sus instalaciones. Asimismo, las empresas usuarias de empresas de servicios temporales y complementarios, responderán directamente de las infracciones por el incumplimiento de su deber de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores destacados en sus instalaciones.

40 OSPINA, Estela y Karla GENOVA. Responsabilidad solidaria en materia de seguridad y salud en el trabajo. En: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (Perú): Revista de Trabajo, No. 16, Setiembre de 2008. Pág. 12-14.

condicionada a los parámetros que establezcan las legislaciones nacionales de los países miembros de la CAN.

En esa línea, la responsabilidad solidaria está expresamente prevista en la Ley de Seguridad y Salud pero para efectos de la responsabilidad civil que demande el trabajador lesionado o sus herederos a fin de responder frente a ellos de las indemnizaciones por daños y perjuicios que pudieren plantear, sea por la falta o deficiente contratación de seguros obligatorios, o el por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de vigilancia del empleador principal. Esto se desprende de los literales c) y d) del artículo 68 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Por consiguiente, la ley nacional no ha recogido la solidaridad en el ámbito administrativo sancionador referido a la seguridad y salud en el trabajo, y aquella no se desprende tampoco de las normas internacionales vinculantes para el Perú. Ello no perjudica naturalmente el evidente rol de garante que tiene el empleador principal, quien debe verificar que sus empresas tercerizadoras y de intermediación laboral cumplan con sus respectivos deberes, sin que ello implique necesariamente subrogarse en este rol. Si se desea, podríamos hablar de un esquema de responsabilidad solidaria frente al trabajador, donde el responsable principal (contratista) es el obligado directo, mientras que el empleador principal participa en la relación jurídica preventiva como vigilante de dicho cumplimiento. Esta sería la forma como la legislación nacional ha abordado la solidaridad obligacional, atendiendo al llamado hecho por el artículo 18 del Reglamento del Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo.

La responsabilidad administrativa solidaria no equivale, de ninguna manera, a una responsabilidad administrativa directa. Ambas son cosas muy distintas. La primera presupone necesariamente una pluralidad de administrados a quienes se les atribuye por igual el deber de afrontar la carga sancionadora, escenario que no es el recogido en el artículo 42.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo. Como es ampliamente reconocido, la responsabilidad solidaria “faculta a la Administración a dirigirse contra cualquiera de los responsables solidarios a fin de exigir el cumplimiento de la sanción por la verificación de una infracción administrativa, con independencia de que surja un derecho de repetición a favor de quien ha tenido que proceder al pago frente

al resto de obligados”⁴¹. Es precisamente esa pluralidad de responsables –que es el presupuesto de la solidaridad– la que no se encuentra presente ni en el artículo 103 de la Ley No. 29783 ni en el artículo 42.2 de la Ley No. 28806, de lo que se desprende que la ley inspectiva laboral, en materia de seguridad y salud en el trabajo, opta deliberadamente por prescindir de todo reproche sancionador contra las empresas de tercerización y de intermediación, aún cuando estas hayan sido las autoras del incumplimiento normativo contra la seguridad y salud en el trabajo, a fin de dirigir el *ius puniendi* estatal contra la empresa principal en exclusiva, responsabilizándole por las infracciones que hubieren cometido esos terceros (responsabilidad administrativa directa).

Aclarada cuál es la opción legislativa, corresponde ahora referirnos a la legitimidad de este modelo sancionador. Podría ser entendible en el plano material el por qué se busca imputar responsabilidad directa al empleador principal. Algunas razones frecuentes responden, por ejemplo, al hecho de que el principal es el beneficiario último del esquema descentralizado de producción. Asimismo, se alega que es él quien se encuentra en mejor posición fáctica de verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud por parte de las empresas que concurren en su centro laboral, por lo que le es reprochable administrativamente la omisión o el ejercicio ineficaz del deber de evitación del incumplimiento por parte de quienes son obligados directos y sustanciales del cumplimiento de las normas preventivas (las empresas de tercerización e intermediación, en su condición de empleadores de sus respectivos servidores). Finalmente, se invocan en algunos casos fundamentos más prácticos de índole recaudatorio, afirmando que el empleador principal es usualmente el empresario de mayor solvencia económica en la concurrencia, lo que le permite encarar más fácilmente las sanciones administrativas.

Sea cual fuere la justificación, en nuestro concepto, de todas las formas posibles de responsabilidad administrativa que podrían adjudicarse al empleador principal, la responsabilidad directa (en la forma como se encuentra recogida en la norma peruana) la hallamos reñida con principios basales del derecho administrativo sancionador que integran el núcleo duro de garantías constitucionales perseguidas por el Estado de Derecho a través de la consagración, para todo administrado y con independencia de la materia fiscalizada, de un debido procedimiento administrativo.

41 GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES. Derecho administrativo sancionador. Parte General. 3ª Edición. Ed. Aranzadi: Navarra. Pág. 595.

3.1 El principio de causalidad y la personalidad de la sanción administrativa

El artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General señala que la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales en esta materia; entre ellos, los de legalidad, debidos procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, presunción de licitud, entre otros. Debemos hacer énfasis en que todos estos principios constituyen un mínimo imprescindible e irreducible de derechos aplicable a toda clase de procedimiento administrativo, por más especial que este sea, dado que ello es una garantía expresa planteada el artículo 229.2 de la misma Ley, según modificación introducida por Decreto Legislativo No. 1029. Señala textualmente la norma: “los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo”.

Pero no solo ello, sino que dichos principios del derecho administrativo sancionador parten de una base constitucional e integran un desarrollo normativo garantista a favor de los administrados que limita la faceta punitiva del poder público (STC No. 0010-2002-AI/TC); esto, desde una lectura de derechos fundamentales reiteradamente afirmada por el Tribunal Constitucional. No se trata, por tanto, de simples principios orientadores de origen legal, sino de disposiciones que concretizan garantías constitucionalmente relevantes y vinculantes para el Estado en el despliegue de su *ius puniendi*. La jurisprudencia constitucional no es parca en dicho orden:

8. [...] Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la ley (Exp. No. 2050-2002-AA/TC).

21. [...] un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable

que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable (Exp. No. 2868-2004-AA/TC).

7. En virtud de ello, es que en la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que “los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador” (Exp. No. 00156-2012-PHC/TC).

Toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia (Constitución, Art. 2º, 24.e) constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones (Exp. No. 238-2002-AA/TC).

De todos estos principios del derecho administrativo sancionador capta nuestra mayor atención el principio de causalidad, pues es éste el que deja entrever el poco –o cuando menos cuestionable– asidero constitucional de la responsabilidad administrativa directa del empresario principal para responder por las infracciones que cometan las empresas de tercerización y de intermediación laboral. En efecto, de acuerdo con el numeral 8) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el principio de causalidad implica que “la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.” La contrariedad con el tipo de responsabilidad que analizamos es evidente, puesto que por definición legal, el artículo 42.2 de la Ley General de Inspección del Trabajo y el artículo 103 de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo plantean la tesis contraria –y por tanto proscrita– que es responsabilizar a la empresa principal directamente por hechos de terceros.

Al respecto, MORÓN destaca que el requisito de la causalidad reliva el principio de personalidad de las sanciones, en el sentido que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por ley, no pudiendo la Administración hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los hechos propios⁴². Entiéndase también que la responsabilidad administrativa por hecho propio debe hacerse a título de dolo o culpa, resultando

42 MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. Ed. Gaceta Jurídica: Lima, 2011. Págs. 723 - 724.

así altamente controvertida la objetivación de la responsabilidad administrativa, siendo que esta consecuencia es un vicio que deriva de la responsabilidad directa que impone actualmente la ley, pues a tenor de esta, son los incumplimientos de los terceros el elemento objetivo que activa la dudosa punición sobre empleador principal.

De la misma forma lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en el caso peruano al sostener que “[el] principio de culpabilidad [...] establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva” (STC N° 01873-2009-PA/TC). Precisa además que “un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad [por lo que] la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico, [no siendo] constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable” (STC No. 01287-2010-PA/TC).

Si bien como indica BACA existe hasta la fecha un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la aplicación y extensión plena del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo, hasta el punto que en muchos lugares aún se sigue admitiendo una responsabilidad de carácter objetivo de forma excepcional⁴³, parecería ser que la tendencia jurisprudencial en el Perú – al igual que en muchas otras latitudes – se orienta a favorecer cada vez más el acogimiento del principio de culpabilidad en el ámbito administrativo sancionador como una protección garantista de etiología constitucional, aunque con modulaciones propias respecto a lo que sucede en el derecho penal (pues como indica el citado autor, mientras que en lo penal la regla general es la exigencia del dolo, en lo administrativo se admite la culpa, lo que en la práctica conlleva a dificultades para distinguir ello de una responsabilidad absolutamente objetiva).

En todo caso, como indicaremos más adelante, si de algo serían responsables los empleadores principales cuando sus contratistas incurrir en alguna infracción contra la normativa de seguridad y salud en el trabajo, no sería de las infracciones cometidas por estos (tal como equivocadamente propone la ley peruana y se constata en la práctica inspectiva cotidiana), sino que su responsabilidad debería surgir por título distinto, propiamente, por la omisión o cumplimiento deficiente de una

obligación imputable, que es el deber de vigilancia. Dicho de otro modo, los empleadores directos (empresas de tercerización o de intermediación) deberían ser los llamados inmediatos a responder administrativamente por el incumplimiento de sus obligaciones en seguridad y salud en el trabajo – sea el incumplimiento de los deberes de formación, inducción y capacitación en materia preventiva, sea por la no realización de exámenes médicos ocupacionales, sea por no llevar la documentación exigida por el sistema de gestión, o cual fuere la obligación inobservada –, mientras que la empresa principal debería ser responsable administrativo únicamente en relación al incumplimiento de su deber de vigilancia en materia de seguridad y salud en el trabajo. Dicho de otro modo, los reproches administrativos que se traducen en sanciones o multas deberían corresponder, por tanto, a los diferenciados deberes jurídicos que impone la ley a los distintos empleadores inmersos en un supuesto de concurrencia empresarial.

Este razonamiento conllevaría a que el empleador principal no le deban ser aplicables las sanciones (multas) previstas para los empleadores directos (empresas de tercerización e intermediación), sino que su imputación como responsable vendría de manera especial y restringida por el incumplimiento del deber de vigilancia, que al día de hoy no se encuentra tipificado como infracción punible por el error y simplismo legislativo de atribuir una cuestionable responsabilidad directa al empleador principal por hechos de terceros.

Por lo expuesto, queda claro que la responsabilidad administrativa directa del empleador principal por hechos de terceros no es una opción legislativa libre de cuestionamientos. Por el contrario, existen variados y serios motivos doctrinarios y jurisprudenciales que sugieren la inconstitucionalidad de este tipo de medidas, lo que debería motivar un pronto replanteamiento del esquema sancionatorio previsto por ley, limitando la responsabilidad administrativa de la empresa principal a aquello a que le obligan expresamente las normas sustantivas en casos de concurrencia empresarial (deber de vigilancia).

3.2 La responsabilidad administrativa del empleador principal derivado del incumplimiento de su deber *in vigilando*

La responsabilidad administrativa del empleador principal en la concurrencia empresarial por incumplimientos de las normas de seguridad

43 BACA ONETO, Víctor. ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo realizado en Mendoza, Argentina, los días 15, 16 y 17 de setiembre de 2010. Pág. 8. http://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf

y salud de sus contratistas durante mucho tiempo fue objeto de diversos cuestionamientos, precisamente, bajo la invocación del principio de personalidad de las penas. Así, siendo las empresas contratistas de la concurrencia empresarial las autoras de la violación normativa –sostenían dichas posturas– corresponde a aquéllas –y no al empleador principal– asumir la consiguiente carga punitiva que aplicase la Administración.

Incluso cuando esa responsabilidad es planteada por algunas legislaciones como solidaria, algunos autores se decantan por negar su constitucionalidad entendiendo que la solidaridad supondría sancionar a la empresa principal por hechos de otros, además de afectar los principios de proporcionalidad e igualdad⁴⁴.

Uno de los autores más representativos de la doctrina de la inconstitucionalidad de la solidaridad administrativa es GÓMEZ TOMILLO, quien propugna con fundamentos más que razonables una revisión de los pronunciamientos judiciales que la legitiman. Este autor además cuestiona las motivaciones e implicancias político legislativas que podrían encontrarse detrás del establecimiento en la ley de responsabilidades solidarias en el plano administrativo (p. ej. el ánimo simplista de facilitar a la Administración la recaudación de la sanción, la atenuación de la eficacia disuasoria de la sanción, y el injusto tratamiento que reciben por igual el responsable doloso de la infracción y el culposo solidario)⁴⁵.

No obstante lo anterior, existe hoy en día un gran consenso en admitir la responsabilidad de la empresa principal cuando lo que se le imputa (y por lo que se le sanciona) es la infracción del deber de vigilancia. La mayoría de autores consideran que, hallando el factor de imputabilidad del empleador principal en el nivel de cumplimiento de su deber de vigilancia, se supera la observación preliminar basada en el principio de personalidad, pues así este empresario respondería no por los actos de un tercero, sino por el incumplimiento de su propia obligación de garantía⁴⁶, cuyo sustento material o fáctico ha sido ya expuesto en apartados anteriores. En palabras de RAMÍREZ TORRADO, “las responsabilidades que se le exigen al garante no se demandan por las acciones de otros, como podrá suceder en el caso de las consecuencias de la responsabilidad civil, sino que se exigen por las acciones u omisiones del

mismo garante, por haber omitido el deber legal de prevenirlo, y no haber cooperado para que el autor material de la infracción no haya actuado doloso o negligentemente”⁴⁷.

La doctrina administrativa establece que las obligaciones de vigilancia se enmarcan dentro de los denominados deberes de evitación de la infracción, de tal manera que el garante incurre en responsabilidad cuando el sujeto vigilado lleva a cabo la infracción administrativa y aquel no lo impide. Es la omisión de garantía lo que hace responsable al garante, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos⁴⁸:

- a) La verificación de un hecho descrito como infracción administrativa.
- b) La existencia de un deber jurídico específico de impedirla expresamente (la plasmación en la ley de un manifiesto deber de vigilancia).
- c) La omisión de impedir el hecho descrito como infracción administrativa (sea por dolo o por imprudencia).
- d) Tener la posibilidad efectiva de impedir la infracción.
- e) Que la Administración haya incoado expediente sancionador frente a todos los potencialmente responsables a fin de evitar la indefensión.

Algunos autores consideran que este tipo de responsabilidad fundada el deber de vigilancia debería concebirse y volcarse al procedimiento administrativo como una responsabilidad solidaria, pues el incumplimiento del deber de vigilancia es el elemento que legitimaría la conexión entre el incumplimiento del contratista o empresa de intermediación con la persona del empresario principal, haciéndose a este responsable por la misma infracción por la que se sancionaría al empresario concurrente que es autor directo de la violación, sin perder de vista que uno tiene la condición de responsable principal (el infractor directo) y el otro solo por solidaridad. Esta postura la comparte SALA FRANCO, para quien del incumplimiento de la obligación de vigilancia del empresario principal no se derivaría una responsabilidad administrativa independiente

44 BACA ONETO. Op. cit. Pág. 10 y 15.

45 GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op.cit. Pág. 605 - 611.

46 COS EGEA. Op. cit. Pág. 97-98.

47 RAMÍREZ TOMILLO, María Lourdes. Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. En: Revista de Derecho, No. 29, Junio 2008. Universidad del Norte: Barranquilla. Pág. 174. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85102907>

48 GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit. Pág. 339-341.

de la del empresario contratista o subcontratista incumplidor, sino una responsabilidad administrativa solidaria respecto de una única sanción impuesta a estos últimos.⁴⁹

En nuestro concepto, una flaqueza de este planteamiento es que se estatuye principalmente sobre la búsqueda de finalidades prácticas (tales como la disminución de incumplimientos normativos a nivel de empresas contratistas), lo cual resulta loable y en principio admisible. Así lo deja entrever FABREGAT al afirmar que la responsabilidad administrativa debe ser siempre solidaria “porque este marco de responsabilidades debe jugar un importante efecto incentivador del cumplimiento de las normas sobre seguridad y salud laboral, contribuyendo a disminuir el elevado número de accidentes laborales que en las contratas y subcontratas se dan”.⁵⁰ Sin embargo, esta postura omite considerar que dicho afán debe asentarse o, cuando menos, no ser incompatible con preceptos constitucionales que resguardan también a los empleadores en su condición de administrados. Como ya hemos advertido, los principios de culpabilidad y de personalidad, reconocidos por el Tribunal Constitucional como aplicables en el derecho administrativo sancionador peruano, son los que controvierten los esquemas de responsabilidad directa y solidaria del empleador principal.

En lo particular, consideramos que pueden existir otros medios para lograr semejante eficacia práctica sin soslayar las bases constitucionales sobre las cuales debe reposar la responsabilidad administrativa. Por ejemplo, nada impide instaurar normativamente una infracción administrativa específica por la violación del deber de vigilancia, tal como indicamos más adelante, de tal manera que queden superadas todas las discusiones jurídicas a las que hacemos alusión.

Ciertamente, en oposición a los defensores de la solidaridad, existen autores que afirman que la responsabilidad del empleador principal no puede ser canalizada constitucionalmente en el procedimiento sancionador bajo el manto de la

fórmula solidaria, lo que conllevaría a la necesidad de analizar en el procedimiento inspectivo laboral, por separado, la situación particular del garante (empleador principal), determinando cuál es su culpabilidad a partir de un análisis subjetivo que determine su nivel de diligencia de cara a su obligación de vigilancia. En buena cuenta, la postura conllevaría a que la responsabilidad del principal no sea automática ni mecánica –sino por culpa y bajo criterios de proporcionalidad⁵¹– a través de una infracción administrativa autónoma concentrada en el incumplimiento del deber de vigilancia; no en las infracciones que pudieren haber cometido las empresas de tercerización y de intermediación, las cuales podrán serles reclamadas a los autores materiales directos.

El rechazo a los esquemas de responsabilidad solidaria se funda también en la contravención del principio de proporcionalidad, el cual se encuentra contemplado en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (bajo el denominado “principio de razonabilidad”), sin perjuicio de su acogimiento constitucional (STC 01873-2009-PA/TC). En efecto, según estas posturas, resulta inequitativo para el derecho administrativo sancionador que puedan llegar a responder en iguales términos quien ha llevado a cabo por sí mismo la infracción y quien tan solo tiene la obligación legal de no impedirla, siendo que el contenido de injusto de la conducta de quien se limita a no impedir la infracción es menor, por su mayor lejanía y peligrosidad para el bien jurídico protegido⁵². En palabras de REBOLLO, la responsabilidad solidaria afecta el principio de proporcionalidad “al no permitir una adecuación de la sanción a las concretas circunstancias subjetivas y objetivas del responsable solidario, o incluso el [principio] de taxatividad [en el caso peruano, el principio de tipicidad] por una falta de predeterminación normativa suficiente de las conductas merecedoras de sanción”⁵³.

Aún en la hipótesis que consideremos plenamente constitucional la responsabilidad administrativa solidaria por violación del deber de vigilancia, subsistiría otro elemento que pondría en tela

49 SALA FRANCO. Op. cit. Pág. 281.

50 FABREGAT MONFORT, Gemma. La responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas de propia actividad. En: Revista de treball, economia i societat, No. 17, 2000. Págs. 23-35. (http://www.ces.gva.es/pdf/trabajos/articulos/revista_17/art2-rev17.pdf)

51 Como resolvió el Tribunal Supremo de España (Sala 3ª de lo Contencioso Administrativo) en su sentencia del 10 de diciembre de 2001, recurso 5694/1996: “[...] la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que derivan de las facultades de organización del centro de trabajo [...] es admisible que al lado de las concretas obligaciones que corresponden a la contratista se establezcan otras más generales para el empresario principal, pues los trabajadores de la contratista desempeñan su prestación laboral en instalaciones que no pertenecen a la empresa a la que están vinculados y la empresa contratista no va a poder cumplir con todas las obligaciones en la materia al no controlar el centro de trabajo, por lo que surge una responsabilidad que no es subsidiaria ni solidaria, sino directa, de primer grado, propia del empresario principal, distinta de la que corresponde al contratista, en el sentido de que no se ve sustituido por aquel en la responsabilidad derivada de las obligaciones que como empresario le incumben respecto de sus propios trabajadores [...]”.

52 GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit. Pág. 343.

53 REBOLLO PUIG, Manuel y otros. Derecho administrativo sancionador. Ed. Lex Nova: Valladolid, 2010. Pág. 289.

de juicio su procedencia en los casos que analizamos; esto a partir de la propia concepción legal de la responsabilidad solidaria. De conformidad con el artículo 232.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, “cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, [estas] responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan”. Casi idéntico tenor tiene el artículo 42.1 de la Ley General de Inspección del Trabajo. Este concepto legal va de la mano con lo señalado por la doctrina, pues se plantea que la solidaridad surgiría, en todo caso, cuando en la comisión de un ilícito administrativo han concurrido diversos sujetos, casos en los que la Administración renuncia a la individualización de la responsabilidad de cada uno, imponiendo a todos ellos una única sanción⁵⁴. Este presupuesto para la solidaridad en el derecho administrativo sancionador se cumple normalmente en los casos de coautoría, por lo que “no cabe en ningún caso [...] que quien no ha intervenido en los hechos ni a título de autor, ni a título de participante en la infracción, cómplice o inductor, sea hecho responsable de la infracción llevada a cabo por otros, porque ello sería incompatible con el principio de personalidad de las sanciones”⁵⁵.

Pues bien, como hemos venido sosteniendo, el eventual incumplimiento normativo cometido contra la seguridad y salud por las empresas de tercerización de servicios o de intermediación laboral es imputable directamente a éstas, mientras que a la empresa principal le sería atribuible la omisión de un deber distinto, constituido por el rol de vigilancia. Siendo así, no se cumpliría la premisa de la solidaridad exigida en la ley, ya que esta aplica cuando el cumplimiento de una misma obligación normativa corresponda a varias personas *conjuntamente*. Así, en los casos de concurrencia empresarial estaremos ante el incumplimiento de deberes distintos: los que corresponden al empleador directo y los que recaen sobre el empleador principal en su posición de garante. Esta bifurcación de obligacionales conduce, en el plano administrativo sancionador, al surgimiento de dos responsabilidades sancionables bien diferenciadas que atienden al incumplimiento de las obligaciones propias de cada empresario⁵⁶.

En el escenario expuesto, donde abundan las razones jurídicas para descartar el establecimiento

de una responsabilidad administrativa propiamente solidaria sobre el empleador principal concerniente a su deber de vigilancia, y dando por presupuesto que la responsabilidad directa hoy en día vigente merece un veto de carácter constitucional, suscribimos lo afirmado por GÓMEZ TOMILLO en el sentido que “debería propugnarse la construcción de una infracción administrativa autónoma [referida al deber de vigilancia], en la que, por razones de proporcionalidad, la sanción vinculada a tal omisión debería ser más reducida que la corresponde al autor de la infracción principal”⁵⁷.

Esta infracción específica debería obedecer – insistimos – a una responsabilidad por culpa. Como sostiene COS, “en definitiva, el incumplimiento del deber de vigilancia implica la concurrencia, junto al ilícito típico, del elemento culpabilístico”⁵⁸. Además, así lo plantea la jurisprudencia constitucional en relación al procedimiento administrativo sancionador.

De otro lado, el régimen de responsabilidad requerido debería permitir que la autoridad inspectiva, luego de la valoración del nivel de diligencia del empleador principal en su tarea de vigilancia, pueda definir –de ser el caso– una sanción entre un margen mínimo y uno máximo, graduando así la penalidad en función al caso específico, pues solo de esta manera podría cobrar vigencia el principio de proporcionalidad de la sanción, presente también en materia sancionatoria por interpretación constitucional.

Hacemos énfasis en la imperativa necesidad de hacer valer el principio de proporcionalidad pues, desde nuestra perspectiva, las sanciones previstas en el procedimiento inspectivo laboral presentan en general una situación de manifiesta ilegalidad y, por tanto, de inconstitucionalidad. Como se ha referido, el carácter imperativo del principio de proporcionalidad en los procedimientos sancionadores no solo se desprende de la interpretación hecha por el Tribunal Constitucional y de la Ley del Procedimiento Administrativo General para toda clase de procedimiento administrativo, sino que se encuentra previsto con carácter especial por el artículo 39 de la Ley General de Inspección del Trabajo (modificado por Ley No. 29981). Según esta norma, la aplicación de sanciones en la inspección laboral “es efectuada teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad”. Pues bien, el Reglamento

54 Op. cit. Pág. 288.

55 GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit. Pág. 599.

56 REBOLLO PUIG y otros. Op. cit. Pág. 273.

57 GÓMEZ TOMILLO y SANZ RUBIALES. Op. cit. Pág. 342.

58 COS EGEA. Op. cit. Pág. 82.

de esta ley (Decreto Supremo No. 019-2006-TR, modificado por Decreto Supremo No. 012-2013-TR) viola flagrantemente este mandato de razonabilidad y proporcionalidad, dado que la tabla de multas prevista en su artículo 48 contempla sanciones fijas y de monto único para cada tipo de infracción laboral cometida, no permitiendo desplegar esa evaluación particularizada bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Ello, a diferencia de la tabla de multas originaria del Decreto Supremo No. 019-2006-TR, que sí otorgaba a la autoridad sancionadora la posibilidad de graduar la multa entre topes mínimos y máximos con la debida fundamentación.

Es imprescindible por tanto una reforma integral de todo el régimen de multas laborales, ya que el vigente ignora por completo los requerimientos de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción, y promueve por el contrario un sistema de responsabilidad objetiva que tiene hoy en día poca cabida desde una panorámica constitucional. Luego de satisfecho esto, será factible prever adecuadamente la responsabilidad administrativa específica de la empresa principal por el incumplimiento del deber de vigilancia bajo un esquema que, recogiendo los lineamientos ofrecidos a lo largo del presente artículo, depare menos controversias y discusiones que la cuestionable responsabilidad directa.

4. Conclusiones

Las normas de seguridad y salud en el trabajo instauran en el empleador principal deberes especiales atendiendo a las posibilidades fácticas

de organización, control y fiscalización que poseen en un supuesto de concurrencia empresarial. En esa línea, se le impone la misión de encabezar las tareas de coordinación preventiva en la concurrencia y el deber de vigilar el cumplimiento preventivo de parte de las empresas contratistas, subcontratistas y de intermediación laboral que desplazan o destacan trabajadores a su centro de trabajo.

Sin embargo, partiendo de esos deberes, las normas inspectivas instituyen en el plano administrativo sancionador un inadecuado régimen de responsabilidad directa sobre la empresa principal por los incumplimientos que la Inspección del Trabajo pudiera advertir en dichas terceras empresas; responsabilidad que es equivocadamente tratada en algunos casos como responsabilidad solidaria.

En nuestro concepto, disponer un régimen de responsabilidad directa por hechos de terceros es incompatible con el principio de personalidad de la sanción. Y debido a que existen también dificultades jurídicas para adoptar un esquema de responsabilidad solidaria en los términos analizados en el presente artículo, somos de la opinión que resultaría adecuado adoptar una infracción administrativa autónoma para sancionar el incumplimiento específico de este deber, que permita que la empresa principal no sea sancionada por hechos de terceros, sino en función de su propia obligación de vigilancia y de acuerdo al nivel de diligencia evidenciado, haciéndose valer en la regulación que se implemente el respeto de los principios sancionadores de culpabilidad y proporcionalidad. 