

# LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA FRENTE A LOS EVENTOS DE HOSTIGAMIENTO SEXUAL EN EL CONTEXTO DE LA CONTRATACIÓN INDIRECTA

*María Belén Ramírez Gómez*

Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres  
Lima, Perú

**Resumen:** El presente trabajo tiene como objetivo analizar las diversas normas sobre la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el contexto de la contratación indirecta, a fin de determinar la existencia de la responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria o principal y la empresa intermediadora o tercerizadora frente a los hechos donde no se adoptan las medidas adecuadas y oportunas para tramitar, investigar y sancionar los casos de hostigamiento sexual. Ante ello, se abordará primero los elementos esenciales de la relación laboral, con el propósito de establecer la diferencia entre la contratación directa y la contratación indirecta. Luego, se definirá el concepto de contratación indirecta, realizando un estudio sistemático sobre su diversa regulación. Por último, se realizará un estudio legal, jurisprudencial y doctrinal respecto a la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el ámbito laboral. Esta monografía permitirá concluir que las diversas normas sobre la prevención y sanción del hostigamiento sexual aún tiene vacíos legales por regular.

**Palabras claves:** Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual, reglamento, protocolo de fiscalización, contratación indirecta, empresa principal, tercerización, intermediación, relación laboral.

**Abstract:** The present work aims to analyze the various rules on the prevention and punishment of sexual harassment in the context of indirect contracting, in order to determine the existence of joint and several liability between the user or main company and the intermediary or outsourcing company against events where adequate and timely measures are not adopted to process, investigate and punish cases of sexual harassment. Given this, the essential elements of the employment relationship will be addressed first, with the purpose of establishing the difference between direct contracting and indirect contracting. Then, the concept of indirect contracting will be defined, carrying out a systematic study on its various regulations. Finally, a legal, jurisprudential and doctrinal study will be carried out regarding sexual harassment in

the workplace. This monograph will allow us to conclude that the various regulations on the prevention and punishment of sexual harassment still have several legal gaps to regulate.

**Key words:** Law for the prevention and punishment of sexual harassment, regulations, inspection protocol, indirect contracting, main company, outsourcing, intermediation, employment relationship.

## **SUMARIO**

|  |    |
|--|----|
| INTRODUCCION .....   | 3  |
| CAPITULO I: ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL .....                                    | 4  |
| 1.1. Prestación personal de servicios .....  | 4  |
| 1.2. Remuneración .....  | 5  |
| 1.3. Subordinación .....   | 6  |
| CAPITULO II: CONTRATACIÓN INDIRECTA .....  | 7  |
| 2.1. Intermediación Laboral .....  | 8  |
| 2.1.1. El registro y la responsabilidad solidaria en la intermediación laboral .....             | 10 |
| 2.2. Tercerización de servicios .....  | 11 |
| 2.2.1. Registro y responsabilidad solidaria de la tercerización de servicios .....               | 15 |
| CAPITULO III: LEY DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU DIVERSA REGULACIÓN ..... | 17 |
| 3.1. Prevención y sanción del hostigamiento sexual en la contratación indirecta .....            | 22 |
| CAPITULO IV: COMENTARIOS FINALES .....   | 26 |
| Bibliografía .....   | 28 |
| Webgrafía .....  | 28 |
| Jurisprudencia .....   | 28 |

## INTRODUCCION

Dada la naturaleza del presente trabajo, comenzaré esta monografía citando la frase del filósofo y escritor Jiddu Kirshnamurti (1995) “La violencia no es sólo matar al otro. Hay violencia cuando uno emplea una palabra agresiva, cuando hace un gesto de desprecio a una persona, cuando obedece porque tiene miedo”.

El hostigamiento sexual o acoso sexual para el ámbito internacional, es definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) como aquel “Comportamiento en función del sexo, de carácter desagradable y ofensivo para la persona que lo sufre. Para que se trate de acoso sexual es necesaria la confluencia de ambos aspectos negativos: no deseado y ofensivo (...) es una violación de los derechos fundamentales de las trabajadoras y los trabajadores, constituye un problema de salud y seguridad en el trabajo y una inaceptable situación laboral.”

Con el objetivo de combatir aquellos comportamientos que vulneran la dignidad de las personas, el Estado promulga la ley N.º 27942 - Ley de prevención y sanción del hostigamiento sexual, con el objetivo de prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, así como el hostigamiento sexual que se presente entre personas con prescindencia de jerarquía, estamento, grado, cargo, función, nivel remunerativo o análogo”. De igual manera, aprueba: el 22 de julio de 2019 mediante DS.014-2019-MIMP el reglamento de la ley N.º 27942, el 20 de septiembre del mismo año mediante Resolución Ministerial N.º 223-2019-TR la “Guía práctica para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo en el sector privado y público” y 18 de octubre de 2019 mediante Resolución de Superintendencia N.º 319-2019-SUNAFIL, el “Protocolo de fiscalización en materia de hostigamiento sexual”. Este protocolo establece las pautas que debe seguir Sunafil durante las inspecciones de investigación en los casos de hostigamiento sexual y la responsabilidad de las empresas en los casos de contratación indirecta, cuando no cumple con la investigación, implementación de medidas de protección a la víctima y sanción al victimario.

El presente trabajo se desarrolla en 4 capítulos: primero se aborda los elementos de la relación laboral; segundo, se define el concepto de contratación indirecta; luego se realiza un estudio sobre las diversas regulaciones, jurisprudencia y doctrina referente a la prevención y sanción del hostigamiento sexual y; finalmente, se establecen los comentarios finales.

## **CAPITULO I: ELEMENTOS ESENCIALES DE LA RELACIÓN LABORAL**

La Ley de Productividad y Competividad Laboral (Decreto Legislativo N.º728) – en adelante LPCL- establece en su artículo 4 que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. Este artículo es la base jurídica donde se determina los elementos esenciales del contrato. Siendo estos: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. El artículo en mención señala, además, que al estar presente todos estos elementos se configura la existencia de un contrato indeterminado.

Se considera elementos esenciales, porque deben encontrarse de manera indispensable en la relación jurídica para que esta sea considerada relación laboral.

### **1.1.Prestación personal de servicios**

La prestación personal de servicios es la labor que realiza el trabajador a favor del empleador. Para que dicha labor sea considerada de naturaleza laboral, debe ser realizada de manera personal y directa.

El profesor Neves indica que “el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, que puede ser una persona natural (como en el hogar o los pequeños negocios) o jurídica (...); además que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida sin asistirse de dependientes a su cargo ni, menos aún, transferirlo en todo o parte a un tercero”<sup>1</sup>

Es decir, para que la relación jurídica sea considerada de naturaleza laboral, el trabajador debe necesariamente, realizar la prestación de servicios de manera personal y directa, no pudiendo contratar un sustituto o colaborador para el realice el trabajo. Además, por ningún motivo, el trabajador puede ser una ser una persona jurídica.

Sin perjuicio de lo señalado, el artículo 5 de la LPCL señala que “el trabajador puede ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual en la naturaleza de las labores”, siendo esto de manera excepcional y en referencia a los trabajos a domicilio.

---

<sup>1</sup> NEVES MUJICA, Javier. (2003). *Introducción al Derecho Laboral*. (2da edición). Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

## **1.2.Remuneración**

Este segundo elemento, reconocido en el derecho internacional y constitucional, refiere que toda prestación de servicios a favor de un tercero, merita un pago que debe ser proporcional al trabajo efectuado, suficiente y de responsabilidad del empleador.

El artículo XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, señala en su segundo párrafo: “Toda persona que trabaja tiene derecho de recibir una remuneración que, en relación con su capacidad y destreza le asegure un nivel de vida conveniente para sí misma y su familia”.

De igual manera, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece el inciso 2) y 3) de artículo 23 que: “2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”.

Asimismo, el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala: “Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a)Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i)Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual”.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, indica en su artículo 7: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”.

En el derecho interno, el artículo 24 de la Constitución Política establece que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

En una relación jurídica de naturaleza laboral participan dos sujetos: el trabajador y el empleador, el primero tiene la obligación de realizar una prestación de servicio (trabajo) a favor del segundo y este, a cambio tiene el deber de pagar una remuneración como contraprestación. Esta remuneración puede ser pagada en dinero o en especie y de manera semanal, quincenal o mensual, según lo acordado entre el trabajador y el empleador.

Es importante señalar que no todo beneficio dinerario o en especie otorgado al trabajador tiene naturaleza remunerativa. Por ello, la Corte Suprema ha establecido en la casación N°13049-2017-Lima que para determinar la naturaleza remunerativa se debe reunir las siguientes condiciones: i) que lo percibido sea como contraprestación de los servicios del trabajador; ii) que sea percibido de forma regular, ordinaria y permanente y iii) que sea de su libre disposición, es decir, que el trabajo tenga la libertad de decidir el destino que le otorga, siendo necesario aplicar el principio de primacía de la realidad.

### **1.3.Subordinación**

La subordinación es el elemento exclusivo y más importante de la relación laboral.

El profesor Toyama señala que “El poder de dirección del empleador lo faculta a dirigir, fiscalizar y sancionar a sus trabajadores (...) ello no implica que el empleador ejerza dichas facultades siempre, basta con que el empleador tenga la potestad de dirigir al trabajador y que este tenga la obligación de sujetarse a dicha dirección”<sup>2</sup>.

Este tercer elemento que otorga al empleador la facultad de dirección, fiscalización y sanción sobre el trabajador, no se presenta en las contrataciones indirecta, siendo determinante ante los sucesos de desnaturalización de contrato.

Por ello, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia N° 01846-2005-PA/TC: “Se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador; lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones

---

<sup>2</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge. (2016). “*Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*” (1era edición). Gaceta Jurídica.

o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario)”.

Como se ha mencionado, este tercer elemento otorga al empleador tres facultades: (i) la de dirección que es la potestad que tiene el empleador para asignar funciones y responsabilidades al trabajador. (ii) la facultad de fiscalización, es el poder del empleador para supervisar o vigilar la actividad realizada por el trabajador en función a la prestación de servicios y; (iii) la facultad de sanción, es la potestad del empleador de sancionar al trabajador ante algún incumplimiento de la función o responsabilidad asignada. Esta sanción puede ser desde una amonestación, suspensión o despido.

Para determinar el cumplimiento de la subordinación, necesariamente deben concurrir las facultades mencionadas, tal y como lo señala el artículo 9 de la LPCL.

## **CAPITULO II: CONTRATACIÓN INDIRECTA**

Como se ha explicado en el capítulo anterior, toda relación laboral que se efectuó con una persona natural y tenga los 3 elementos mencionados, será considerado un contrato de trabajo, siendo este, una de las formas de contratación directa.

La contratación indirecta, por lo contrario; es un proceso de externalización o descentralización de servicios que inicia con el desarrollo de los sistemas productivos. Según Alarcón Salas esta surge con la llegada de la Revolución Industrial, la cual fue una etapa de transformación económica, social y tecnológica “(...) En el ámbito laboral, se comenzó a usar maquinarias automatizadas para la producción de bienes, dejando de lado el uso rustico de la mano de obra de los trabajadores, de animales para realizar labores, etc”<sup>3</sup>.

Villavicencio Ríos señala que este “(...) fenómeno que ha venido acentuándose cotidianamente y que se caracteriza por el surgimiento o incremento de (...) nuevas maneras de organización de la producción y del trabajo, que involucran fenómenos que rompen con la necesidad de centrar todas las funciones productivas (y el personal consiguiente) en la empresa (modelo fordista), y se dirigen hacia la concentración en ésta de las actividades nucleares (con

---

<sup>3</sup> ALARCON SALAS, Magaly. (2016). “Comentarios a la Ley de Productividad y Competividad Laboral” (1era edición). Gaceta Jurídica.

personal propio y cedido), externalizando aquellas que se consideran periféricas, cuya ejecución es encomendada a contratistas externos”<sup>4</sup>.

Ante lo señalado, podemos definir la contratación indirecta como aquella evolución tecnológica que se configura a través de la contratación de una empresa que se encargue de brindar mano de obra, para el desarrollo de actividades que la empresa contratante considera necesaria.

Esta forma de contratación indirecta se manifiesta según el profesor Toyama “(...) hacia la utilización de diferentes mecanismos de descentralización de servicios por medio de la intermediación laboral o internalización de servicios laborales (desarrollada en nuestro país por las empresas de servicios especiales -"services"- y cooperativas de trabajadores) pero especialmente por el outsourcing o externalización de obras y servicios (denominada también tercerización)”<sup>5</sup>.

A continuación, se analizará el concepto y regulación normativa de la intermediación y tercerización laboral.

## **2.1. Intermediación Laboral**

El profesor Jorge Toyama define la intermediación laboral “(...) como la provisión de trabajadores de una entidad que es el empleador (empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores) para que estos presten servicios bajo la dirección o sujeción de un tercero (empresa usuaria). Constituye (...) i) (...) un destaque exclusivamente de trabajadores al centro de trabajo –o el radio de acción- de la empresa usuaria, y; ii) los trabajadores laborarán bajo las órdenes de los jefes y supervisores de la empresa usuaria, es ella quien definirá el contenido de la prestación laboral”<sup>6</sup>.

La intermediación laboral es la simple provisión de personal que realiza la empresa contratista a la empresa usuaria o contratante. La empresa contratista cede su facultad de dirección y fiscalización a la última, manteniendo en su poder la facultad de sanción.

---

<sup>4</sup> VILLACIENCIO RIOS, Alfredo. (2004).” *La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico*”. *Ius et Veritas* N° 29. Asociación Civil *Ius et Veritas*.

<sup>5</sup> TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge, “*Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias*” *Derecho y Sociedades Asociación Civil* N° 30.

<sup>6</sup> TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge.”*La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización*”. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Tras una evolución normativa, la intermediación laboral, es regulada actualmente por la Ley N°. 27626 “Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores” (en adelante Ley N.º 27626) y su reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR (en adelante reglamento).

Como se ha indicado, la intermediación laboral es el desplazamiento de personal que realiza la empresa intermediadora a la empresa usuaria a fin que el personal realice las actividades que la empresa usuaria señale.

Es importante indicar, que el artículo 3 de la Ley N.º 27626 indica que los trabajadores no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria, siendo la actividad principal la labor que es consustancial al giro del negocio, como las involucradas a la etapa del proceso productivo de los bienes o servicios. Asimismo, este mismo artículo establece que la intermediación laboral solo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

La actividad temporal consiste en emplear uno o más trabajadores con el fin que realicen actividades en forma de contratación modal de suplencia y ocasional. La actividad complementaria es de carácter auxiliar, no está vinculada a la actividad principal y no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad empresarial. Y, la actividad de alta especialización, es la actividad auxiliar, no vinculada con la actividad principal, que exige un alto nivel de conocimientos técnicos, científicos o particularmente calificados.

Villavicencio Ríos , señala que el legislador comete un error al estipular los servicios complementarios y especializados como intermediación laboral, indicando que “tal asimilación no es del todo exacta ya que la contratación de servicios complementarios y especializados se encuadra dentro del fenómeno de tercerización o descentralización productiva y no dentro de la intermediación laboral”<sup>7</sup>

Las empresas intermediadoras de servicios temporales o complementarias solo podrán destacar el 20% del total de trabajadores de la empresa usuaria, siendo este un límite que la Ley N.º 27626 impone a fin que la empresa usuaria no pueda sustituir a sus trabajadores. En esa misma línea, se indica que la empresa usuaria no podrá contratar una empresa intermediadora

---

<sup>7</sup> Ídem.

para cubrir personal que se encuentre ejerciendo el derecho de huelga ni para cubrir personal en otra empresa de servicio o cooperativa.

En los casos de actividades de especialización el legislador no señala un porcentaje mínimo, pero indica que la empresa intermediadora debe asumir autonomía técnica y responsabilidad en las actividades.

Cuando la empresa usuaria no respete el porcentaje mínimo establecido o contrate una provisión de personal que realice la actividad principal de la empresa o no cumpla con la naturaleza ocasional o de suplencia, se considerará desnaturalizada la intermediación y, en consecuencia, se configurará una relación laboral directa entre el trabajador destacado y la empresa usuaria.

### **2.1.1. El registro y la responsabilidad solidaria en la intermediación laboral.**

La Ley N.º 27626 establece que toda empresa dedicada a la intermediación laboral, ya sea de servicio o cooperativas de trabajadores, tienen la obligación de inscribirse en el Registro Nacional de Empresas y Entidades que realizan actividades de intermediación laboral. Siendo el registro un requisito constitutivo, para el inicio y desarrollo de las actividades.

La inscripción en el registro se realiza ante la Autoridad Administrativa de trabajo de la sede principal de la empresa intermediadora. Para ello se requiere que presente una solicitud a la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia que haga sus veces y contar con un capital social mínimo de 45 UIT al momento de su constitución, adjuntando los documentos establecidos en el artículo 14 de la Ley N.º 27626.

De proceder la inscripción en el registro cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 7 del reglamento, la Autoridad Administrativa de trabajo emite una constancia de inscripción a fin que la empresa intermediadora pueda dar inicio a sus actividades. Asimismo, la Dirección General de Trabajo publica en el portal institucional del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, la relación de las entidades inscritas en el registro.

Cuando se cumple con todo lo señalado y las empresas de servicios o las cooperativas están listas para suscribir contratos de intermediación laboral, el artículo 24 de la Ley N.º 27626 señala que estas deberán conceder una fianza que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. Esta fianza puede ser otorgada por una entidad bancaria a nombre del Ministerio de Trabajo y Promoción

del Empleo y en favor de los trabajadores destacados, o puede ser otorgada a favor de la empresa usuaria.

La carta fianza, debe garantizar el pago de un mes de remuneraciones y la parte proporcional del mes de los derechos y beneficios laborales a la totalidad de trabajadores destacados.

En los supuestos donde la fianza sea insuficiente la Ley N.º 27626 establece la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria, donde éstos serán solidariamente responsables de la deuda por el tiempo de servicio trabajado en su empresa.

Por lo tanto, si la empresa intermediadora no cumple con el pago de los derechos laborales de sus trabajadores destacados, estos tienen la posibilidad de acudir a la empresa usuaria para que ejecute la carta fianza y realice el pago solicitado. Si la carta fianza resulta insuficiente, la empresa usuaria responde de manera solidaria por el pago del adeudo. Es decir, el trabajador puede solicitar el pago del adeudo a la empresa intermediadora o la empresa usuaria indistintamente. Si la empresa intermediadora no cumple con el pago de los derechos laborales y la empresa usuaria no realiza lo estipulado, el trabajador destacado puede demandar a la empresa intermediadora y la empresa usuaria, la cual responderá de manera solidaria.

## **2.2.Tercerización de servicios**

El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N° 02111-2012-PA/TCA que “(...)la tercerización u outsourcing constituye una herramienta de gestión que facilita a las empresas o instituciones centrar sus esfuerzos en sus actividades distintivas, es decir, en aquellas que conforman su core business, evitando el desperdicio de recursos y trabajo en aquellas actividades que, siendo necesarias para el producto o servicio que se ofrece, no las distinguen de manera especial [Schneider, Ben: Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios, Bogotá, Norma, 2004, p. 47].”

La tercerización de servicios a diferencia de la intermediación laboral, se encuentra regulada en varias normas, la Ley N° 29245 “Ley que regula los servicios de tercerización” (en adelante- Ley de tercerización), el Decreto Supremo N.º 006-2008-TR (en adelante, reglamento de la Ley de tercerización) y el Decreto Legislativo N° 1038, que precisa algunos alcances de la Ley de tercerización.

La tercerización de servicios es el contrato que celebra una empresa principal con una empresa tercerizadora, para que esta última desarrolle o realice un servicio u obra relacionado con la actividad principal de la primera.

A diferencia de la intermediación laboral, la tercerización de servicios no contempla la simple provisión de personal y la norma, si le permite realizar servicios u obras vinculada a la actividad esencial de la empresa principal.

El reglamento de la Ley N.º 27626, sin perjuicio, de la norma propia de la tercerización y a fin de evitar cualquier confusión entre las dos formas de contratación indirecta, establece que la tercerización tiene por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa.

A su vez, la Ley de tercerización en el artículo 2 señala que “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Este artículo establece 4 requisitos indispensables que deben concurrir a efecto que se reconozca la existencia de una empresa tercerizadora:

- (i) Asumir los servicios prestados por su cuenta y riesgos: La empresa tercerizadora debe ser autónoma por sí misma para realizar las actividades prestadas y responsabilizarse por los daños que esta produzca; es decir, no deben contar con el apoyo de la empresa principal.
- (ii) Contar con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales: La empresa tercerizadora debe contar con sus propios recursos para realizar la prestación de servicios o estos deben encontrarse bajo su administración y responsabilidad. La empresa tercerizadora puede utilizar bienes que se encuentren bajo el título de arrendamiento o posesión, pero por ningún motivo puede utilizar los recursos de la empresa usuaria de manera gratuita.

Sin perjuicio de lo señalado, es importante indicar que la jurisprudencia<sup>8</sup> ha determinado que la empresa principal de manera excepcional puede proporcionar de forma gratuita los recursos necesarios para la ejecución de servicios, siempre que estos relacionados de manera indispensable con la actividad principal.

- (iii) Ser responsable por los resultados de sus actividades: El profesor Toyama indica que “la intención del legislador es que la empresa tercerizadora cumpla con los servicios, que pueden ser por actividad y a resultado, o las obras, que son a resultado; y que no tengan por objeto la simple provisión de personal<sup>9</sup>”. Esto es que la empresa tercerizadora es el único encargado del cumplimiento de la actividad y responde por el incumplimiento y los daños ocasionados.
- (iv) Tener trabajadores bajo su exclusiva subordinación: La empresa tercerizadora debe ejercer la facultad de dirección, supervisión y sanción sobre sus trabajadores. Asimismo, Mejía<sup>10</sup> indica que la empresa tercerizadora tiene que cumplir con 3 aspectos: a) aspecto formal: El deber que tiene la empresa tercerizadora de celebrar contratos, registrar a su planilla y emitir boletas a sus trabajadores. b) aspecto sustantivo: La empresa tercerizadora es la empleadora directa de los trabajadores desplazados a la empresa principal, por esa razón, son ellos los responsables de pagar las remuneraciones, beneficios laborales y los aportes sociales. c) aspecto organizativo: La empresa tercerizadora es la que ejerce el poder de dirección, fiscalización y sanción en relación a los trabajadores desplazados a la empresa principal.

---

<sup>8</sup> La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema ha señalado “como excepción a esa obligación la entrega de materiales que Telefónica decida proporcionar debido a la particularidad de sus especificaciones técnicas. no enerva en absoluto el hecho constatado por el inspector de trabajo de que quien proporciona los materiales para la ejecución del servicio era la empresa principal y no la tercerizadora, quien se obligó a ejecutar por si misma los servicios, y quien debía proporcionar las herramientas, maquinarias (...) materiales y cualquier otro elemento necesario para la ejecución del servicio (Casación 20597-2016 -Lambayeque) Asimismo “se acordó que la empresa tercerizadora pueda tener acceso a los servicios de Telefónica del Perú S.A.A., siempre y cuando cumplan con la confidencialidad, de lo que se infiere que pueda utilizar algunos sistemas informáticos” (Casación 20153-2016 -Lambayeque)

<sup>9</sup> Ídem.

<sup>10</sup> MEJIA MADRID, Renato. (2014). “El alcance de la regulación de la descentralización productiva”. Themis. Revista de Derecho N°65, PUCP.

Independientemente de los requisitos mencionados, el artículo 2 de la Ley de tercerización y 4 de su reglamento contienen una lista enunciativa de elementos característicos que se presentan como indicios de la existencia de autonomía empresarial, a fin de demostrar que no realizan una simple provisión de personal y que cumplen con los requisitos indispensables estipulados en la norma. Siendo estos elementos:

- (i) La pluralidad de clientes: Para el legislador este elemento es un indicio de la autonomía empresarial de la empresa tercerizadora y únicamente no será valorado en los casos donde el servicio objeto de tercerización solo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, ni cuando exista un pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora y cuando la empresa tercerizadora se encuentre dentro del régimen de la micro empresa.
- (ii) Contar con equipamiento: Este elemento sirve de indicio para demostrar que la empresa tercerizadora cuenta con sus propios recursos técnicos o materiales y que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o administración y responsabilidad.
- (iii) La inversión de capital: Este elemento al igual que el anterior, sirve de indicio para acreditar la autonomía financiera.
- (iv) La retribución por obra o servicio: Este elemento es indicio que sirve para acreditar que la contratación con la empresa tercerizadora no es para la simple provisión de personal, sino para la realización de un servicio, es por ello que la empresa principal no efectúa el pago por la cantidad de trabajadores que realiza la obra o servicio sino por el monto total de este.
- (v) Otros indicios: Al ser esta lista de carácter enunciativo, el reglamento de Ley de Tercerización contempla la posibilidad de aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal.

Estos elementos deben ser analizados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada, la dimensión de la empresa principal y tercerizadora.

### **2.2.1. Registro y responsabilidad solidaria de la tercerización de servicios**

Al igual que las empresas intermediadoras y las cooperativas de trabajadores, las empresas dedicadas a la tercerización de servicios también deben cumplir con un procedimiento de inscripción. En este caso, para que las empresas dedicadas a la tercerización de servicios puedan iniciar sus actividades, estas deben inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras ante la Autoridad Administrativa de Trabajo competente, del lugar donde la empresa desarrolla sus actividades, en un plazo de 30 días hábiles desde su constitución. La inscripción se realiza con la sola consignación en la planilla electrónica del desplazamiento de sus trabajadores a la empresa principal.

El artículo 5 de Ley de tercerización y 5 de su reglamento regulan los supuestos de desnaturalización, señalando que este se produce en los casos donde no se cumplan con los requisitos indispensables de la tercerización de servicios, cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora se encuentren bajo la subordinación de la empresa principal, lo cual demostraría la provisión de personal; y en los casos donde la empresa principal continúe con la prestación de servicios luego de haber transcurrido el plazo de 30 días desde la cancelación del registro de la empresa tercerizadora.

Este último supuesto no es del todo claro, ya que el reglamento de la Ley de tercerización señala que en los casos donde se verifique alguna de las situaciones de desnaturalización de la tercerización, la inspección del trabajo propondrá la cancelación del registro. Es decir, el efecto de la desnaturalización es la cancelación del registro, entonces, cómo se podría producir la desnaturalización de la tercerización por el último supuesto si ya se efectuó la cancelación del registro. El legislador debería regular de manera más clara estos artículos y establecer el pago de una multa para aquellas empresas tercerizadoras que continúen prestando servicios a pesar de la cancelación de su registro y para las empresas principales que sigan manteniendo el contrato con aquellas empresas.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea la empleadora del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

La Ley también establece que la empresa principal será responsable solidaria en los casos donde la empresa tercerizadora no cumpla con los pagos de los derechos y beneficios laborales y seguro social, devengados por el tiempo en que los trabajadores estuvieron desplazados.

Esta responsabilidad solidaria va a contemplar al empresario principal, al contratista y al subcontratista, siendo ellos deudores solidarios frente al trabajador y se extenderá hasta por 1 año posterior a la culminación del desplazamiento.

Alarcón señala respecto a este tema que “como las empresas tercerizadoras son empleadores de los trabajadores que desplacen, deben responder directamente por sus obligaciones laborales o de previsión social, (...)cuando no cumplan oportuna e íntegramente, todas las empresas involucradas en la cadena de servicio u obras, se convierten en deudoras solidarias”<sup>11</sup>.

Ante lo mencionado, debemos recordar que son las empresas tercerizadoras los empleadores de los trabajadores desplazados, ya que con ellos se firma el contrato de trabajo, cumpliendo los elementos de la relación laboral. Por ese motivo, cuando el trabajador desplazado solicite el pago de sus obligaciones laborales deberá acudir primero, a su empleador y, en caso que este no cumpla, se configuraría la falta de autonomía empresarial. Es a raíz de ese supuesto donde iniciaría la responsabilidad de la empresa principal y los demás, contemplados en la norma.

Cuando la empresa principal asuma la responsabilidad solidaria, este tiene la facultad por el DL N° 1038 de repetir contra la empresa tercerizadora por la obligación asumida.

---

<sup>11</sup> Ídem.

### **CAPITULO III: LEY DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL HOSTIGAMIENTO SEXUAL Y SU DIVERSA REGULACIÓN**

En los últimos años, la legislación nacional ha sufrido una serie de cambios respecto al tema de del hostigamiento sexual. En 1986 se promulga la Ley N.º 24514 “Ley que regula el derecho de estabilidad del trabajo” contemplando por primera vez, en el inciso h) del artículo 25 el tema de hostigamiento sexual, en el campo laboral.

Posteriormente mediante el Decreto Legislativo N.º 728 “Ley de Productividad y Competividad Laboral” del 27 de marzo de 1997, se indicó en el inciso g) del artículo 30, el hostigamiento sexual como acto de hostilidad equiparable al despido.

En el año 2003 se regula una ley propia para los temas de hostigamiento sexual, Ley N°27942 – “Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual” (en adelante la Ley) y en noviembre del mismo año, se promulga su reglamento mediante Decreto Supremo N° 010-2003-MIMDES, tanto la Ley como su reglamento tenían como objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en los centros de trabajo público y privado, en instituciones educativas, policiales y militares y en los demás campos no sujetos al derecho laboral. Asimismo, no solo contempla el hostigamiento sexual vertical, sino también horizontal.

En la actualidad, la Ley ha sufrido modificaciones importantes, y su reglamento ha sido derogado por el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP.

Es necesario mencionar, que estas modificaciones implementadas en el año 2019 han sido de vital importancia, ya que anteriormente la Ley y el DS derogado, no regulaban de manera específica los casos de hostigamiento sexual en la contratación indirecta, lo único que la ley que contemplaba era la posibilidad que la víctima interponga una demanda civil de indemnización por daños y perjuicios, omitiendo regular algún tipo de sanción contra el hostigador.

Es importante contar con una regulación clara, uniforme, sencilla y exacta sobre el tema de hostigamiento sexual, y esto es porque durante los últimos años hemos percibido que la violencia se encuentra profundamente arraigada en nuestra sociedad, demostrándose con el alto porcentaje de delitos de feminicidio y las diversas formas de violencia manifestada no solo en ámbitos familiares, sino también escolares, de trabajo y centros de estudio en general.

En la exposición de motivos de la Ley se indica que el hostigamiento sexual es un claro ejemplo de las diversas formas de violencia, y esta se dirige especialmente contra las mujeres en ejercicio abusivo del poder en diversos ámbitos.

A nivel internacional se sanciona todo tipo de abuso y violencia. Sin embargo, este caso en particular es contemplado como acoso sexual y lastimosamente tampoco existe un convenio sobre regule y sancione los casos de acoso sexual en el ámbito laboral.

El artículo 2 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” indica “Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: (...) b. Que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, (...)”.

La Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional de Trabajo (OIT-2013) ha considerado el acoso sexual como una forma de discriminación, y de acuerdo con los requerimientos del Convenio, debe prohibirse.

Asimismo, la OIT señala al acoso sexual como el comportamiento en función del sexo, el cual se presenta cuando se condiciona a la víctima para que acceda a comportamientos de carácter sexual, mediante promesas de mejoras laborales y este sucede en un ambiente laboral hostil en el que la conducta da lugar a situaciones de intimidación o humillación de la trabajadora hostigada<sup>12</sup>.

En la exposición de motivos del nuevo reglamento de la Ley, se indica que el hostigamiento sexual afecta a hombres y mujeres. Sin embargo, tiene mayor impacto en las mujeres, estableciendo un reporte entre enero de 2013 y agosto de 2018 del Centro de Emergencia Mujer (CEM) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, donde se reporta que, a nivel internacional, se atendieron 1994 casos de acoso sexual y entre enero del 2018 y abril del 2019 se atendieron 692 casos de acoso sexual en espacios públicos.

---

<sup>12</sup> Organización Internacional de Trabajo. (2013) “Acoso sexual en el trabajo y masculinidad Centro América y República Dominicana” [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san\\_jose/documents/publication/wcms\\_219961.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_219961.pdf)

De igual manera, las estadísticas del servicio “Trabaja sin Acoso” del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), de los casos atendidos entre octubre de 2018 a enero de 2019, el 97.4% de personas que han denunciado son mujeres, el 100% de agresores denunciados son hombres, el 74% de casos corresponden a una relación laboral jerárquica y el 66% de los casos identificados se encuentran en una etapa inicial del hostigamiento sexual<sup>13</sup>.

Sin embargo, según el último estudio privado realizado por Genderlab<sup>14</sup> en organizaciones privadas para identificar el acoso sexual laboral en el año 2019, el cual comprende 5000 respuestas de mujeres y hombres, siendo el 45% respuestas de mujeres, demuestra solo el 1% de denunció y tomo otras acciones legales, el 2% denunció lo sucedido utilizando los mecanismos formales de la empresa, el 6% le comento a Recursos Humanos, el 9% pidió que la cambiaran del lugar del trabajo, el 19% habló con su jefe directo, el 25% de lo comentaron con compañeros de trabajo y el 29% de no comentaron lo sucedido.

La misma encuesta demuestra que el acoso provino el 50% de los compañeros de trabajo, 23% de quienes tienen una posición jerárquica superior y el 6% de parte de los clientes.

Ante las estadísticas mencionadas, ratifico lo señalado respecto a las modificaciones implementadas en la Ley y en su nuevo reglamento, la cuales han sido de vital importancia, ya que la anterior regulación no estaba contemplada para la realidad laboral del Perú.

La actual Ley que contempla las modificaciones implementadas por la Ley N.º 29430 señala en el artículo 4 que “el hostigamiento sexual es una forma de violencia que se configura a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o sexista no deseada por la persona contra que se dirige, que puede crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante; o que puede afectar su actividad o situación laboral, docente, formativa o de cualquier índole. No siendo necesario acreditar el rechazo ni la reiterancia de la conducta”. (subrayado agregado)

El artículo mencionado, ha señalado 2 supuestos por la cual se podría configurar el hostigamiento sexual: (i) conducta de naturaleza o connotación sexual: siendo aquel comportamiento o actos físicos, verbales, gestuales, comentarios e insinuaciones, observaciones o miradas lascivas; exhibición o exposición de material pornográfico;

---

<sup>13</sup> <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/noticias/26959-el-100-de-agresores-denunciados-por-hostigamiento-sexual-son-hombres>

<sup>14</sup> <https://elcomercio.pe/economia/negocios/solo-dos-de-cada-100-mujeres-denuncian-formalmente-el-acoso-sexual-laboral-segun-genderlab-noticia/>

tocamientos, roces o acercamientos corporales; exigencias o proposiciones sexuales; contacto virtual, entre otras de similar naturaleza; y, (ii) conducta sexista: comportamientos o actos que promueven o refuerzan estereotipos en los cuales las mujeres y los hombres tienen atributos, roles o espacios propios, que suponen la subordinación de un sexo o género respecto a otro.

Asimismo, señala que estos comportamientos pueden crear un ambiente intimidatorio, hostil o humillante. Si bien ni la Ley ni su actual reglamento definen el concepto de ninguno de los 3 tipos de ambiente. Considero pertinente señalar las definiciones existentes en la última versión del *Diccionario de la Lengua Española (2019)*, la cual contempla las siguientes definiciones:

- Intimidar: (Del lat. mediev. *Intimidare*) 1. tr. Causar o infundir miedo, inhibir. 2. prnl. Empezar a sentir miedo, inhibirse.
- Hostil: (Del latín *hostilitis*) contrario o enemigo.
- Hostilidad: (Del lat. *hostilitas*) 1. f. Cualidad de hostil 2. f. Acción hostil. 3. f. Agresión armada de un pueblo, ejército o grupo.
- Humillar: (Del lat. tardío *humillare*) 1. tr. Inclinar o doblar una parte del cuerpo, como la cabeza o la rodilla, especialmente en señal de sumisión y acatamiento. 2. tr. Abatir o doblar una parte del cuerpo, como la cabeza o la rodilla, especialmente en señal de sumisión y acatamiento. 3. tr. Abatir el orgullo y altivez de alguien. 4. tr. Herir el amor propio o la dignidad de alguien. 5. tr. Taurom. Dicho de un toro: Bajar la cabeza para embestir, o como precaución defensiva. 6. prnl. Hacer actos de humildad. 7. prnl. Dicho de una persona: Pasar por una situación en la que su dignidad sufra algún menoscabo. 7. prnl. Arrodillarse o hacer adoración.

Esta modificación en la regulación ya no establece la necesidad de acreditar el rechazo para la configuración del hostigamiento sexual, ni tampoco importa si la conducta se realiza durante o fuera de la jornada laboral, educativa o formativa y señala que el hostigamiento sexual se puede manifestar de manera implícita o explícita, con promesas, amenazas, de manera oral o escrita, con acercamientos o tocamientos y por el trato ofensivo u hostil.

La Corte Suprema en la Casación N.º 3804-2010 Del Santa establece 3 elementos para que se configure el hostigamiento sexual: a) que la conducta tenga relación con temas de carácter sexual b) que la conducta no sea bienvenida y c) que la conducta afecte el empleo,

pudiendo consistir en la amenaza de pérdida del empleo, beneficios tangibles o a través del ambiente hostil en el trabajo.

Si bien la Ley actual ya no establece los elementos constitutivos para la configuración del hostigamiento sexual, que anteriormente era el sometimiento, el rechazo y la conducta del hostigador. Ahora, el hostigamiento solo se configura, como se ha indicado líneas arriba, a través de una conducta de naturaleza o connotación sexual o una conducta sexista no deseada por la persona contra la que se dirige.

Particularmente, puede señalar que esta modificación complica el procedimiento probatorio para acreditar la existencia del hostigamiento sexual. Como se ha indicado, la conducta de naturaleza o connotación sexual puede ser un acto físico, gestual o verbal, desde una mirada lasciva o un tocamiento; entonces, como una presunta víctima puede probar que la manera en que la mira su compañero del costado cada vez que se encuentran a solas, le ocasiona incomodidad y miedo, o cómo se puede probar los gestos incómodos y libidinosos que realiza el jefe de la empresa principal cada vez que se encuentra a solas con la presunta víctima. No hay forma y si existe el costo sería demasiado elevado. Sería la palabra del compañero o del jefe contra la presunta víctima, que puede ser una trabajadora de una empresa intermediadora o tercerizadora.

La Guía Práctica para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el trabajo en el sector privado y público señala que el primer medio de prueba es el testimonio el cual debe valorarse tomando en cuenta el contexto y la vulnerabilidad, y otros medios de prueba pueden ser informes y/o pericias psicológicas, médicas o análisis biológicos, entre otros. Corresponde ante lo señalado realizar la siguiente pregunta ¿Quién asume los gastos de dichas pruebas? La trabajadora presuntamente hostigada, que tal vez se encuentra en un estado de vulnerabilidad y que debe probar que la mirada del jefe de la empresa donde brinda servicios le ocasiona incomodidad y miedo.

Estas razones son el principal motivo por el cual las víctimas de hostigamiento sexual no denuncian, porque muchas veces no encuentran la forma como probar dichos actos o temen que no les crean. Es importante que se establezca de manera específica elementos constitutivos, los cuales puedan ser probados de manera sencilla, caso contrario, las víctimas del hostigamiento sexual no tomarán la decisión de denunciar.

Es por tal razón, lo importante de implementar medidas de prevención. El empleador tiene la responsabilidad de capacitar a los trabajadores sobre normas y políticas contra el hostigamiento sexual en la empresa, la cual debe darse 2 veces al año, una al inicio de la relación laboral y la otra en cualquier fecha del año, esto es a fin de sensibilizar sobre la importancia del hostigamiento sexual.

### **3.1.Prevenición y sanción del hostigamiento sexual en la contratación indirecta**

Como se ha mencionado, es el reglamento de la Ley, el Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP (en adelante reglamento de la Ley), que por primera vez regula los casos de hostigamiento sexual que involucran empresas de tercerización o intermediación de servicios.

Si bien es un gran avance en legislación, el reglamento de la Ley no es del todo claro, dejando varios supuestos en el aire, los cuales lo comentaremos más adelante.

Este nuevo reglamento, estipula en 3 supuestos en casos de hostigamiento sexual en la contratación indirecta:

- (i) Cuando el/la presunto/a hostigador/a labore para una empresa de intermediación o tercerización de servicios y la presunta víctima forme parte de la empresa principal o usuaria, la denuncia se formula ante la empresa principal o usuaria, la cual, en un plazo no mayor a un (1) día hábil de recibida la queja o denuncia o de conocidos los hechos, informa sobre la queja o denuncia a la empresa de intermediación o tercerización de servicios para que tome las medidas que considere pertinentes. (subrayado agregado)

En este supuesto, el reglamento y el Protocolo de Fiscalización en materia de Hostigamiento Laboral (en adelante protocolo), señalan que la denuncia se debe realizar ante la empresa la empresa principal o usuaria, siendo ella la encargada de llevar a cabo el procedimiento de investigación través de su comité de intervención frente al hostigamiento sexual, también deben emitir el informe final, aplicar las medidas de protección y comunicar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (en adelante MTPE).

El procedimiento de investigación se debe realizar en un plazo no mayor a quince (15) días calendario de recibida la queja o denuncia y el informe final debe contener como mínimo: a) la descripción de los hechos, b) la valoración de los medios probatorios, c) la propuesta de sanción o de archivamiento debidamente motivada y d) la recomendación de medidas

adicionales para evitar nuevos casos y, debe ser remitido a la empresa intermediadora o tercerizadora de servicios a fin que aplique las sanciones correspondientes.

- (ii) Cuando la presunta víctima de hostigamiento sexual labore para una empresa de intermediación o tercerización de servicios y el/la presunto/a hostigador/a forme parte de la empresa principal o usuaria, se interpone la queja o denuncia ante la empresa principal o usuaria, la cual, en un plazo no mayor a un (1) día hábil de recibida la queja o denuncia o de conocidos los hechos, informa sobre la queja o denuncia a la empresa de intermediación o tercerización de servicios para que tome las medidas que considere pertinentes.

El reglamento y el protocolo establecen que la empresa principal es la encargada de recibir la denuncia, investigar, sancionar e informar al MTPE. La empresa intermediadora o tercerizadora se encarga de dictar las medidas de protección.

- (iii) Cuando el/la presunto/a hostigador/a y la presunta víctima laboren para una empresa de tercerización o intermediación de servicios, y el acto de hostigamiento sexual se haya producido dentro del ámbito de control o con ocasión del servicio que prestan a la empresa principal o usuaria, la presunta víctima puede interponer la denuncia ante la empresa de tercerización o intermediación de servicios o ante la empresa principal o usuaria. En este último caso, la empresa principal o usuaria traslada la queja o denuncia a la empresa a la que pertenece el/la presunto/a hostigador/a en un plazo no mayor a un (1) día hábil de recibida.

El reglamento y el protocolo señalan que el procedimiento de investigación y sanción está a cargo de la empresa de intermediación o tercerización de servicios, sin perjuicio de la coordinación correspondiente con las otras empresas principal o usuaria. Asimismo, la empresa de intermediación o tercerización de servicios se encarga de brindar las medidas de protección e informar el MTPE.

El protocolo también establece las infracciones que estarían cometiendo las empresas en el supuesto que no cumplan con lo señalado. Si la empresa (principal, usuaria, tercerizadora o intermediadora) no recibe la denuncia, no cumple con el procedimiento de investigación, no brinde las medidas cautelares necesarias o no sancione los actos de hostigamiento sexual estaría

cometiendo una infracción muy grave y, cuando no cumpla con informar al MTPE cometería una infracción leve.

Ni el reglamento de la ley ni el protocolo han indicado el procedimiento a realizar cuando en la empresa principal o usuaria se produzca un acto de hostigamiento sexual entre dos personas de empresas intermediadoras o tercerizadoras distintas. Ejemplo:

La empresa la Virutis S.A. dedicada a la distribución de materiales de construcción, contrata con la empresa intermediadora Juntitos S.A. a fin que destaque personal para que realicen el servicio de limpieza y también contrata con la empresa Pimpinela S.A. para que brinden servicios de carga y transporte para distribución del material.

Si dentro de las instalaciones de la empresa Virutis S.A. Maria, trabajadora destacada de la empresa Juntitos es víctima de tocamientos indebidos por parte de un transportista de la empresa Pimpinela S.A. ¿Quién es la empresa encargada para recepcionar la denuncia, realizar la investigación y efectuar la sanción?, ¿Existe algún tipo de responsabilidad para alguna de las 3 empresas?

Esas son preguntas que lastimosamente quedan sin respuestas porque ninguna de las normas ha brindado una regulación que nos permita abordar este tema.

De igual manera, sucede en las posibilidades de accionar que tiene la víctima de una empresa intermediadora o tercerizadora frente al hostigamiento sexual.

El artículo 8.1 y 8.2 de la Ley y 8 del nuevo reglamento de la Ley, le otorgan a la víctima de hostigamiento sexual 3 opciones, siempre y cuando se cumplan los siguientes supuestos:

- a) Si el hostigador es el empleador, personal de dirección, personal de confianza, titular, asociado, director o accionista, la víctima puede optar entre accionar el cese de la hostilidad o el pago de la indemnización.
- b) Independientemente del cargo del hostigador, si el empleador o instancia competente omite iniciar la investigación del caso de hostigamiento sexual o adoptar las medidas de protección, prevención y sanción correspondiente, la víctima puede accionar el cese de hostilidad o el pago de la indemnización.
- c) La posibilidad de la víctima de demandar los daños y perjuicios sufridos.

Si la víctima opta por la opción del pago de la indemnización debe necesariamente renunciar, ya que al amparo de los artículos 30 y 35 de la Ley de Productividad y Competividad Laboral, el hostigamiento sexual constituye actos de hostilidad equiparable al despido arbitrario. Ante ello, la víctima recibirá el pago de la indemnización equivalente a una remuneración y media mensual ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce (12) remuneraciones y (iii) acudir a la vía judicial a fin de interponer una demanda por daños y perjuicios.

Es importante señalar que, ante los supuestos indicados, si la presunta víctima labora en una empresa intermediadora o tercerizadora y el presunto hostigador labora en una empresa usuaria o principal. La presunta víctima no tiene la posibilidad de renunciar, ya que no entra en el supuesto a), permitiéndole solo dos caminos: accionar el cese o demandar los daños y perjuicios sufridos en la vía civil. La norma solo le permitirá renunciar cuando la instancia competente no cumpla con investigar o adoptar las medidas de protección.

El legislador no puede regular de manera discriminatorio cuando se pretende brindar distintas posibilidades de accionar a las víctimas. En este caso un trabajador con contrato directo tiene más opciones que un trabajador de una empresa intermediadora o tercerizadora.

De igual manera, la norma no indica, en los casos de contratación indirecta, contra quien la víctima puede demandar los daños y perjuicios ocasionados. El artículo 22 de Ley señala “Si el acto de hostigamiento sexual se presenta en una relación no regulada por el Derecho Laboral, la víctima tiene el derecho al pago de una indemnización por el daño sufrido, la cual se tramita en la vía civil en proceso sumarísimo, salvo el caso de los beneficiarios de modalidades formativas, supuesto en el que se tramita bajo la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo”. ¿Podría demandar que respondan solidariamente la empresa usuaria o principal y la empresa intermediadora o tercerizadora de servicios, por los daños y perjuicios ocasionados? ¿O solo puede demandar al presunto hostigador?

Debemos tomar en cuenta que el artículo 1183 del Código civil señala que la responsabilidad solidaria no se presume, solo la ley o el título de obligación la establecen de forma expresa.

## **CAPITULO IV: COMENTARIOS FINALES**

La Octava Sala Laboral Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N.º 13550-2016 que “el acoso sexual es una amenaza grave que vulnera fehacientemente garantías mínimas y derechos fundamentales (...)”.

El hostigamiento sexual vulnera el derecho a la integridad física, psicológica y moral, al trato digno, la honra, al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad, al acceso a una vida libre de violencia, a la prohibición de la discriminación, al medio ambiente laboral sano, a las condiciones justas de trabajo y a la igualdad ante la ley.

Siendo el hostigamiento sexual un acto que vulnera tantos derechos, debe tener una regulación clara, uniforme, ordenada a fin que el ciudadano de a pie pueda entenderla y proceder conforme su derecho.

Las encuestas señaladas en el capítulo anterior nos demuestran que las personas no denuncian los actos de hostigamiento sexual ocurridos en un ambiente laboral, prefiriendo callar la injusticia para conservar su trabajo. Por ese motivo, el hostigamiento sexual se convierte en una desventaja para el trabajo y eso ocurre porque las empresas involucradas no capacitan a los trabajadores sobre las normas y políticas implementadas.

La guía práctica para la prevención y sanción del hostigamiento sexual en el lugar de trabajo en el sector privado y público indica que el hostigamiento sexual tiene consecuencias psicológicas, perjudica el desempeño de las labores y provoca miedo a la víctima.

La regulación sobre el hostigamiento sexual debe contemplar la responsabilidad solidaria, laboral, civil y administrativa de las empresas involucradas (la empresa intermediadora o tercerizadora y la empresa usuaria o principal) cuando estas no cumplan con los deberes establecidos.

Si el legislador ha establecidos los alcances de la responsabilidad solidaria respecto al pago de beneficios e indemnizaciones labores, contribución al seguro social de salud, al seguro complementario de trabajo de riesgo (SCTR) y a los aportes al sistema pensionario, también debe ampliar la responsabilidad solidaria en materia de hostigamiento sexual y así poder tener lograr que las empresas involucradas cumplan con las normativas sobre la materia.

Como bien se ha indicado, la responsabilidad solidaria no se presume, solo se establece por ley de forma expresa, es por ello, que se debe establecer la responsabilidad solidaria del

pago de la indemnización por daños y perjuicios ocasionados, ya que la Ley, el reglamento de la Ley y el protocolo otorgan responsabilidades a todas las empresas involucradas.

De igual manera, la norma debe establecer la responsabilidad solidaria respecto al pago de la indemnización cuando la víctima opte por la renuncia.

Capítulos anteriores se ha señalado que la norma le otorga la posibilidad de renunciar al trabajador de la empresa intermediadora o tercerizadora solo cuando el empleador o instancia competente omite realiza las investigaciones o adoptar las medidas de protección.

Ante ese supuesto, si la presunta víctima de hostigamiento sexual labora para una empresa de intermediación o tercerización de servicios y el/la presunto/a hostigador/a forme parte de la empresa principal o usuaria, el reglamento de la ley señala que la empresa principal es la encargada de realizar la investigación y adoptar las medidas de protección. Si este no cumple, el trabajador puede renunciar por actos de hostilidad y sería la empresa tercerizadora o intermediadora la responsable del pago de la indemnización por despido arbitrario, aun cuando la responsabilidad fue de la empresa intermediadora o tercerizadora de servicios.

En este trabajo monográfico logra demostrar la necesidad de tener una ley que logre unificar de manera uniforme los eventos de hostigamiento sexual en el contexto de la contratación indirecta, siendo importante señalar la responsabilidad solidaria de las empresas involucradas a fin de lograr el cumplimiento de las capacitaciones, recepción de denuncias, procedimientos de investigación y sanción de los casos de hostigamiento sexual denunciados.

## **Bibliografía**

Alarcon Salas, M., Toyama Miyagusuku, J., Mejia Madrid R. (2016). Comentarios a la Ley de Productividad y Competividad Laboral. (1era edición). Gaceta Juridica.

Neves Mujica, Javier. (2003). Introducción al Derecho Laboral. (2da edición). Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villaciencio Rios, A. (2004). La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico. Ius et Veritas N° 29. Asociacion Civil Ius et Veritas.

Tomaya Miyagusuku, J. “Tercerizacion e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias. Derecho y Sociedades Asociacion Civil N° 30.

Tomaya Miyagusuku, J. La intermediación laboral: regulación y sus relaciones con la tercerización. Sociedad Peruana De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social.

Mejia Madrid, R. (2014). El alcance de la regulación de la descentralización productiva. Themis. Revista de Derecho N°65, PUCP.

## **Webgrafia**

Organizacion Internacional de Trabajo. (2013) “Acoso sexual en el trabajo y masculinidad Centro América y República Dominicana” [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san\\_jose/documents/publication/wcms\\_219961.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---sro-san_jose/documents/publication/wcms_219961.pdf)

<https://www.gob.pe/institucion/mtppe/noticias/26959-el-100-de-agresores-denunciados-por-hostigamiento-sexual-son-hombres>

<https://elcomercio.pe/economia/negocios/solo-dos-de-cada-100-mujeres-denuncian-formalmente-el-acoso-sexual-laboral-segun-genderlab-noticia/>

## **Jurisprudencia**

Sentencia N° 01846-2005-PA/TC

Expediente N° 02111-2012-PA/TCA

Casación 20597-2016 –Lambayeque

Casación 20153-2016 –Lambayeque

Casación N.º 3804-2010 Del Santa

