

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 01-2018-GRC-GRDS-DRTPEC-DIT

Sumilla: Desnaturalización del
Contrato de Tercerización

Callao, 04 de enero de 2018

VISTO: El recurso de apelación interpuesto el 20 de junio de 2017 y la ampliación del recurso presentado con fecha 14 de agosto de 2017 por la empresa **LAN PERÚ S.A. con RUC N° 20341841357**, en contra de la Resolución Sub Directoral N° 044-2017-GRC-GRDS/DRTPEC-DIT-SDIT de fecha 14 de febrero de 2017, expedida en el marco del procedimiento sancionador, al amparo de las disposiciones contenidas en la Ley General de Inspección del Trabajo – Ley N° 28806 (en adelante, la **LGIT**) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 019-2006-TR, y normas modificatorias (en lo sucesivo, el **RLGIT**); así como los escritos presentados con posterioridad a la apelación mencionada, que forman parte integrante del procedimiento sancionador.

I. ANTECEDENTES

De las actuaciones inspectivas y el procedimiento sancionador

Mediante Orden de Inspección N° 867-2016-GRC/GRDS/DRTPE-DIT-SDIT, de fecha 02 de setiembre de 2016, se dio inicio al procedimiento de inspección laboral realizado a la empresa LAN PERU S.A., a fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones socio laborales referidas a Desnaturalización de la Relación Laboral -incluye todas-, la cual en un primer momento estuvo a cargo del inspector de trabajo Raúl Francisco, Tineo Quispe, sin embargo, posteriormente se incorporó a las investigaciones, el inspector de trabajo Ricardo Dante Cerna Obregón -por solicitud del primero mediante informe S/N-2016-. Concluyendo el citado procedimiento con la emisión del Acta de Infracción N° 258-2016, de fecha 04 de noviembre de 2016, la cual, determinó la propuesta de multa por la comisión de una infracción **muy grave** de acuerdo al artículo 25.20 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, al haber determinado el incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la Ley de Tercerización, su desnaturalización en perjuicio de (24) trabajadores.

De la Resolución Apelada

Con fecha 14 de febrero de 2017, la Sub Dirección de Inspección del Trabajo, actuando como órgano resolutor de primera instancia, emitió la Resolución Sub Directoral N° 044-2017-GRC-GRDS-DRTPEC-DIT-SDIT, mediante la cual sanciona a la inspeccionada por haberse constatado, que los contratos de "Servicios Técnicos Especializados de Mantenimiento" suscritos por la Empresa AVIO S.A., y LAN PERÚ, con fecha 01 de noviembre de 2015, se encuentran desnaturalizados al no haber definido la exclusividad o de que se haga cargo de una parte integral del proceso del servicio Especializado que, deberá desarrollar AVIO S.A., por lo que la inspeccionada incurrió en causal de incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la Ley de Tercerización, su desnaturalización, su uso fraudulento, siendo afectados (24) trabajadores. Imponiendo a la inspeccionada una sanción económica de (5 UITs) por cada trabajador afectado, siendo la suma equivalente a **S/ 164,900.00 (Ciento Setenta y Cuatro Mil Novecientos con 00/100 Nuevos Soles)**; por incumplimiento en las siguientes materias:

N°	MATERIA	NORMATIVA VULNERADA	CONDUCTA INFRACTORA	TIPO INFRACTOR (RLGIT)	TRABAJADORES AFECTADOS	MONTO DE MULTA
01	Socio laboral.	Ley 29245 art.5; D.S N° 018-2007-TR art.2° y 4°; D.S N°015-2010-TR; Res. Ministerial N°250-2007-TR; D.S N°019-2006-TR, modificado por D.S N° 012-2013-TR.	Por incumplimiento de las disposiciones relacionadas con la Ley de Tercerización, su desnaturalización y su uso fraudulento.	25.20 Artículo 25 Muy grave	24	S/474,000.00
Tercer párrafo de la Única Disposición Complementaria Transitoria Ley 30222 (monto no será mayor 35%)						No (>35%)
MONTO TOTAL						S/. 164,900.00

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

Del recurso de apelación presentado por la inspeccionada

Dentro del plazo establecido por Ley, la inspeccionada interpone recurso de apelación en contra de la resolución mencionada ut supra; asimismo, con fecha posterior al mencionado recurso, la inspeccionada, presentó los escritos mencionados en el primer párrafo de la presente resolución; todos estos, se sustentan principalmente en los siguientes argumentos:

i) La resolución Sub Directoral carece de una debida motivación -inexistente o defectuosa-, razón por la que, debe ser declarada nula.

ii) La Resolución Sub Directoral N° 044-2017, no evalúa ni se pronuncia sobre los fundamentos de fondo de los descargos formulados por LAN: No se ha producido la desnaturalización de la tercerización de servicios entre LAN y AVIO.

iii) La resolución Sub Directoral debe ser revocada pues LAN, no ha incumplido ninguna obligación sociolaboral.

II. CUESTIONES EN ANALISIS

1. Determinar si los argumentos de la inspeccionada son amparables.
2. Determina si corresponde confirmar la Resolución apelada, por haber incurrido el sujeto inspeccionado en las infracciones previstas en el RLGIT

III. CONSIDERANDO:

De la aplicación en el presente caso

PRIMERO: Que, a efectos de establecer determinación alguna, corresponde señalar, que la nulidad deducida por la inspeccionada, es contemplada en sede administrativa en el artículo 10° de la Ley N° 27444, que es de aplicación supletoria al presente procedimiento, de acuerdo a la undécima disposición final y transitoria de la LGIT, **el cual enumera los vicios del acto administrativo que causa nulidad**, entre las que, se encuentra la contravención a la Constitución, a las leyes, las normas reglamentarias, o el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, dispuestos en el artículo 3° de la referida Ley, siendo las siguientes: competencia, el objeto y contenido, finalidad pública, motivación y procedimiento regular; asimismo, si se encuentra dentro de las causales de la conservación de los actos, estipulados en el artículo 14° del referido cuerpo normativo.

SEGUNDO: En consideración al primer argumento de apelación expuesto en el que señala que, "La resolución Sub Directoral carece de una debida motivación -inexistente o defectuosa-, razón por la que, debe ser declarada nula", debemos señalar que,

Sobre el presente argumento, es necesario precisar que la debida motivación constituye una garantía constitucional del administrado, que busca evitar la arbitrariedad de la Administración al emitir actos administrativos, por lo que según lo establecido por el artículo 139.5° de la Constitución, refiere que la obligación de los órganos jurisdiccionales a emitir sus resoluciones con la **debida motivación**, siendo esta una garantía fundamental en los supuestos en que la decisión emitida, afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas, garantizando que las resoluciones emitidas sean fundamentadas en datos objetivos proporcionados por el ordenamiento jurídico y no en el mero capricho de los juzgadores; al respecto el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, señala los vicios de motivación que pueden presentarse, estando dentro de estos los siguientes:

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

a) **Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, **en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión** o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (El resaltado es nuestro.)

Criterio el cual ha sido considerado, también por la inspeccionada, la misma que fundamenta su primer argumento, invocando el vicio de motivación inexistente o aparente.

Sin embargo, es pertinente precisar que, el Derecho a la Debida Motivación o Principio de Debida Motivación debe analizarse partiendo de la premisa que, se encuentra subsumido y es un componente esencial del Principio del Debido Procedimiento, el cual, a su vez, está consagrado como un Principio del Procedimiento Administrativo, de conformidad con el numeral 1.2] del Artículo IV° del Título Preliminar de la LPAG, el mismo que establece lo siguiente:

“Artículo IV°. - Principios del procedimiento administrativo.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

[...]

1.2 Principio del Debido Procedimiento. – Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

[...]”.

Adicionalmente, el Principio de Debida Motivación está expresamente contemplado en el numeral 4] del Artículo 3° de la LPAG y en el Artículo 6° del mismo cuerpo legal, como requisito de validez de los actos administrativos, tal y como puede apreciarse a continuación:

“Artículo 3°. - Requisitos de validez de los actos administrativos. - Son requisitos de validez de los actos administrativo

[...]

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

[...]”.

“Artículo 6°. - Motivación del acto administrativo.

6.1 La motivación deberá ser expresa, **mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.**

[...]

6.3 **No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto”.**

Así, el cumplimiento del Principio de Debida Motivación permite que, el administrado tenga el derecho de conocer anticipadamente y mediante una clara y motivada descripción, los hechos analizados por la Administración Pública y la fundamentación jurídica llevada a cabo para dicho análisis, siendo que, de no garantizarse dicha situación, se corre el riesgo de que el pronunciamiento de la autoridad competente revista características de arbitrariedad. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha emitido importantes pronunciamientos, señalando lo siguiente:

“La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTP-E-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTP-E-SDIT

artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario.

En el Estado Constitucional Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

Por lo que, la motivación debe otorgar **seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento**; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad. El deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones.

En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes¹.

Asimismo, en relación con el referido Deber de Motivación, el Tribunal Constitucional ha establecido el siguiente criterio:

“[...] la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación [...].

Razón por la que, tal motivación debe generarse previamente a la decisión contenida en la resolución, es por ello que el Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, **“motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente – las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”**². (Subrayado y negrita es nuestro).

Ahora bien, en relación con el Derecho a la Debida Motivación y su incumplimiento bajo la figura denominada **Motivación Aparente**, adicionalmente a la prohibición ya revisada contenida en el numeral 6.3 del Artículo 6 de la LPAG, conviene revisar lo señalado por Guzmán en los términos siguientes:

“La motivación del acto administrativo resulta ser un componente esencial del principio del debido procedimiento, el mismo que como lo hemos señalado anima el funcionamiento del procedimiento administrativo general en todas sus etapas.

La motivación permite, en primer lugar, que el administrado conozca los fundamentos y presupuestos que dan lugar a la resolución, para efectos de la ejecución del acto o la interposición de los recursos que correspondan. En segundo

¹ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 11 de octubre de 2004, en los seguidos de Acción de Amparo por los señores Gonzalo Antonio Costa Gomez y Martha Elizabeth Ojeda Dioses vs. Municipalidad Provincial de Tumbes (Exp. N° 2192-2004-AA/TC).

² Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional con fecha 17 de febrero de 2005, en los seguidos de Acción de Amparo por dona Blethyn Oliver Pinto vs. Comandante General del Ejército (Exp. N° 4289-2004-AA/TC).

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

término, permite a la Administración una ejecución adecuada de las resoluciones que la misma emite, así como posibilita la revisión de oficio de los actos administrativos por parte de la Administración, incluyendo la llamada acción de lesividad.

Con el amplio preámbulo establecido, pasaremos a analizar los argumentos establecidos por la Sub Dirección que, fueron observados por la inspeccionada:

1. (...) se advierte que no existe ningún vicio de nulidad en los actos realizados por los inspectores comisionados, por cuanto el procedimiento inspectivo en su etapa de investigación, se ha realizado conforme a lo previsto en la LGIT y su Reglamento de la LGIT, a través de visitas inspectivas de investigación en el centro de trabajo del sujeto inspeccionado (...), fragmento que es contradicho por la inspeccionada en el extremo que, para ella la Sub Dirección considera erróneamente, que se haya cumplido con la debida motivación, toda vez que el procedimiento inspectivo se habría llevado a su criterio -bajo los parámetros por la LGIT y su reglamento.

De la primera observación realizada por la inspeccionada, se debe señalar que, ésta es reiterante en este punto, ello en vista a que el mismo argumento está presente en su escrito de descargo, donde observa el proceder del inspector y sus conclusiones vertidas en los puntos 1.3, 1.5 y 1.6 del acta de infracción N° 258-2016 -puntos en los que desarrolla lo observado en sus visitas inspectivas; razón por la que, es preciso señalarle en primer lugar que conforme a lo establecido en el Artículo 16 de la Ley 28806: "Actas de Infracción": (...) *Los hechos constatados por los inspectores actuantes que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos que se establezcan, se presumen ciertos sin perjuicio de las pruebas que en defensa de sus respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados* (...) (cursiva y negrita es nuestro), razón por la que las actuaciones inspectivas en el presente procedimiento deben presumirse como ciertas, más aun cuando la inspeccionada no contradujo ello mediante medio probatorio; en segundo lugar se debe tener en cuenta que los actos emitidos por los inspectores son actos de Administración y no actos administrativos, ya que forman parte de las piezas procesales de los expedientes administrativos, asimismo, estos actos no producen efectos jurídicos directos, pero que sí pueden ser considerados como medios de prueba -que la administración produce en el procedimiento-.

Razón por la que, conforme lo dispuesto en el artículo 47° de la Ley General de Inspección del Trabajo, se considera que los hechos constatados por los inspectores de trabajo que se formalicen en actas de infracción, **observando los requisitos que se establezcan, merecen fe y se presumen ciertos**, sin perjuicio de las pruebas que puedan aportar los interesados en defensa de sus respectivos derechos e intereses. Razón por la que, lo argumentado en este extremo no logra enervar lo resuelto por el inferior en grado.

Ahora bien, respecto a la segunda observación, en la que la inspeccionada señala que, la Sub Dirección para encubrir en apariencia de legalidad lo contenido en el Acta de Infracción a expresado:

2. (...) habiéndose desarrollado la fundamentación fáctica al advertir que, de los documentos exhibidos por el inspeccionado (consolidado mantenimiento LAN PERÚ, Contrato de Servicios entre otros) y por las visitas efectuadas en las instalaciones del centro de trabajo (...), en razón de tal fragmento, la inspeccionada señala que "cómo es posible que la Sub Dirección considere que mencionar de manera escueta y general, algunos de los documentos que han revisado a lo largo de las actuaciones inspectivas, sean suficientes para cumplir con la debida motivación, más aún cuando señala "pues lo cierto es que la revisión de la referida documentación pudo llevar a una de dos conclusiones que es 1) que la tercerización es válida o 2) que la tercerización es inválida y por consiguiente estaría desnaturalizada.

3. (...) suscrito con la Empresa AVIO S.A., con fecha 01 de noviembre de 2015, no ha definido la Exclusividad o de que se haga cargo de una parte integral del proceso del Servicio Especializado que debería desarrollar la razón social AVIO S.A.; asimismo, desarrollando una (...), la inspeccionada señala que respecto a este punto tampoco la inferior en grado motivo o brindo declaración en la Resolución Sub Directoral. De lo referido por la inspeccionada en los puntos (3 y 4) debemos señalar, que no es acorde, ello en razón a que la Sub Dirección en el considerando octavo, estableció las razones por las que, considera que la tercerización es inválida y por lo tanto esta desnaturalizada, asimismo, describe la razón por la que considera que AVIO no se

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

haga cargo de una parte integral. Conforme a lo expuesto y en razón a lo señalado, lo argumentado por la inspeccionada en este extremo no logra enervar lo resuelto por el inferior en grado.

TERCERO: Con relación al segundo argumento de apelación, en el que la inspeccionada señala que: “La Resolución Sub Directoral N° 044-2017, no evalúa ni se pronuncia sobre los fundamentos de fondo de los descargos formulados por LAN: No se ha producido la desnaturalización de la tercerización de servicios entre LAN y AVIO.

En este punto se verificará y determinará en razón de los actuado, si LAN y AVIO, desde un inicio celebraron o no una válida tercerización de servicios, para lo cual desarrollaremos los siguientes:

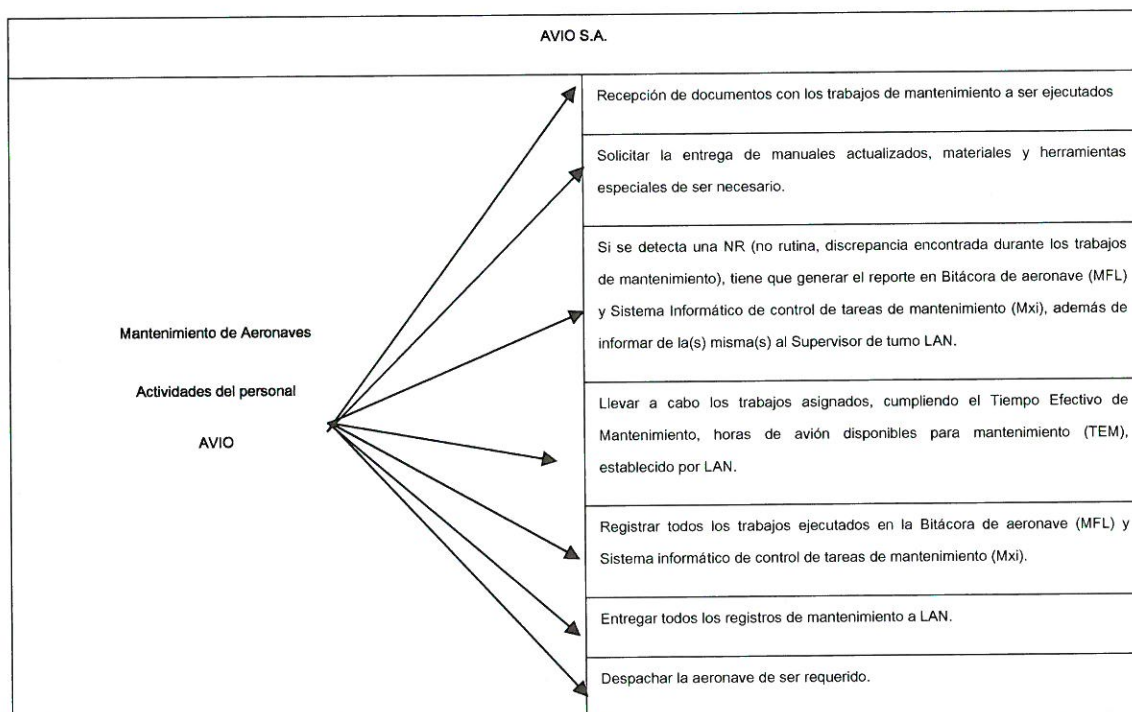
Del análisis del Contrato de Servicios Técnicos Especializados de Mantenimiento [COSTEM]

En consideración a la cláusula primera del Contrato de Servicios Técnicos Especializados de mantenimiento -de aquí en adelante [COSTEM]-, se tiene que AVIO, se encargara del mantenimiento de las aeronaves de la flota “Airbus 320 Fam”.

Según la cláusula tercera del [COSTEM], AVIO S.A., prestará la ejecución de servicios integrales, asimismo señala que, cuenta con recursos financieros, técnicos, materiales y herramientas básicas. En la misma clausula, las partes declaran que en ningún supuesto se configurara una simple provisión de personal, pues los servicios brindados por AVIO, serán ejecutados de manera integral. No obstante, dicha cláusula presenta una contradicción respecto a lo señalado en la cláusula cuarta en el punto “C”. Pues mientras que, en la cláusula 4.C, la empresa se obliga a proveer por su propia cuenta de todo lo referente a “equipos, materiales y herramientas”, en la cláusula 3.1, declara que sólo cuenta con “...herramientas básicas...”.

En la misma clausula [3.2 tercer párrafo], las partes declaran que en ningún supuesto se configurara una simple provisión de personal, pues los servicios brindados por AVIO, serán ejecutados de manera integral.

Para un mejor análisis, respecto de las funciones de “Mantenimiento”, desempeñadas por AVIO, se detallaron las realizadas en el presente cuadro:



Cuadro A: Info: Anexo 1 (fjs.038)

Gobierno Regional del Callao
Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo
Abate MIGUEL ANGELO PICOAGA VARGAS
Director de Inspección del Trabajo

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

Asimismo, al señalar la cláusula cuarta, que **AVIO** se obliga a realizar todas las actividades en concordancias al contrato, en favor de **LAN PERÚ**, queda establecido que ésta debía hacerse cargo de todas las actividades señaladas en el cuadro que antecede sin intervención alguna de los trabajadores de **LAN PERÚ**, y que la única condición válida, era que debía existir la coordinación de su supervisor con la del supervisor de **AVIO**.

Asimismo, se debe poner principal relevancia a lo establecido en el Anexo 2 del Contrato de Servicios Técnicos Especializados de Mantenimiento "Penalidades y Procedimientos Diario de Revisión", pues de lo actuado por los inspectores se tiene que, cuando se realizó la visita se encontró solamente al supervisor de LAN, Victor Salazar y a dos (02) trabajadores (01 de AVIO y 01 de LAN); y no se encontraba con el supervisor designado por AVIO Renzo Romano; lo señalado es con el fin de recordarles que tal como se establece en el numeral 3 del Anexo 2, la labor de supervisión debe ser realizada de manera conjunta entre los supervisores designados, - caso contrario conforme lo señalado en el art. 5° literal b) del Reglamento de la Ley 29245 nos encontraríamos en un supuesto de desnaturalización³-, razón por la que, los trabajadores de la empresa Tercerizada sólo deberían recibir ordenes de los superiores jerárquicos de la misma empresa, mas no de la empresa Principal, ello en razón al principio que señala "La empresa prestadora del servicio [tercerizadoras] debe ser autónoma respecto a la empresa principal o cliente".

De lo contenido en el Acta de Infracción:

Del numeral 1.3, del acta infracción se tiene que el Supervisor de LAN PERU, Victor Salas Velarde en la visita de fecha 15 de setiembre de 2016, manifestó que los trabajadores de AVIO S.A., **sólo laboran en la noche**, ello de acuerdo al programa de mantenimiento comunicado por la razón social de LAN.

Criterio que es reafirmado en el escrito de apelación, cuando la inspeccionada nada señala que (...) LAN procuró tercerizar parte de los flujos y proceso de mantenimiento para el turno de la noche del equipo Airbus 320, a una empresa especializada, con la capacidad financiera, técnica y material; organización propia que le permita asumir ese encargo, siendo AVIO la elegida, autorizada por OMA por parte de la DGAC, como lo refrenda su Certificado de Aprobación.

Asimismo, conforme a lo señalado en el numeral 1.5 del acta de infracción, de la visita inspectiva realizada en el centro de trabajo [fecha 27/09/2016 a horas 21:45 pm), los inspectores junto al Sr. Victor Salazar Velarde (Sub Gerente FLOOR PLANNIN y además Supervisor Designado por LAN), y un representante del Sindicato realizaron la diligencia inspectiva, hecho que acredita la ausencia del Supervisor de AVIO el Sr. Renzo Romano Supervisor de AVIO S.A. en la presente diligencia, situación que demuestra, que quien dirigía la labor de los trabajadores de LAN como de AVIO era el Sr. **Victor Salazar Velarde**.

Por otro lado, se observa que, la inspeccionada en el punto III) de su recurso de apelación señala: "LAN es una empresa cuyo giro principal es el transporte aéreo de pasajeros, carga y correo (fojas 169 ultimo párrafo), y no señala dentro de estas la de mantenimiento, criterio contrario a lo establecido en el art. Artículo 4 de la Ley 29245, en el que se establece: (...) Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, **manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización**, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, **en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar** y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza⁴.(subrayado en negrita es nuestro)

³ D.S.006-2008-TR

Artículo 5.- Desnaturalización de la tercerización
Se produce la desnaturalización de la tercerización:

a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora.

b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal.

c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

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

⁴ Ley 29245 Artículo 4.- Desplazamiento de personal a la empresa principal

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

Empero, si se considera al pie de la letra lo señalado anteriormente por la propia inspeccionada, no sería posible tercerizar dicha actividad, pues en palabras del profesor (ELMER, ARCE) respecto a la tercerización se tiene que: “Es una forma de Organización Empresarial por la que **una Empresa Principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras**, para que le provean de obras o servicios especializados vinculados o integrados a la misma” (subrayado y negrita es nuestro)⁵.

Sin perjuicio de lo señalado, se considera que, si bien la inspeccionada (no lo señala), se considera que, la labor de mantenimiento de las aeronaves es esencial para el giro de la actividad empresarial de LAN, y por lo tanto forma parte de “core business”, ya que, si las aeronaves no se encuentran en óptimas condiciones tendrían imposibilidad de funcionamiento, y por lo tanto las demás funciones conexas no serían posibles de ser realizadas (es decir las ligadas a la seguridad aeronáutica y de los pasajeros que se encuentren a bordo).

CUARTO: En atención al tercer argumento de la apelación, en la que la inspeccionada sostiene que, “La resolución Sub Directoral debe ser revocada pues LAN, no ha incumplido ninguna obligación sociolaboral”. Razón por la que, la recurrente rescata (5) argumentos para desvirtuar lo señalado por los inspectores y la Sub Dirección respecto de que la tercerización entre LAN y AVIO se desnaturalizo.

1. Que AVIO no contaría con recursos técnicos, financieros y materiales para prestar a cabo los servicios bajo su propia cuenta y riesgo.

Respecto de este punto si bien la apelante señala que, AVIO es una empresa autónoma y absolutamente independiente y externa, que cuenta con su propio personal, así como recursos financieros, técnicos y materiales; estos no han sido probados, sobre todo que cuente con recursos financieros. Razón por la que el Convenio de Cooperación Empresarial mediante el cual LAN, proveerá la utilización y **suministro de bienes, equipos, herramientas y maquinarias**; asimismo en la misma clausula LAN, **autoriza el uso de [OI] ambiente ubicado en el segundo piso del Hangar de Mantenimiento, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez del Callao**.

De lo actuado, se verifica que, LAN no sólo provee a AVIO de herramientas, sino también de local, ahora bien, de lo señalado y acreditado por los inspectores comisionados se puede concluir que en dicha relación contractual de tercerización solo existe una simple provisión de mano de obra, situación que es contraria a lo señalado en el artículo 2 ° de la Ley 29245.

Asimismo, en ningún momento se señala, si AVIO, brindaría también el servicio de tercerización a otras empresas, por lo que también queda acreditado que tiene como supuesto cliente exclusivo a la empresa **LAN**, hecho que, también no es acorde a lo establecido en el artículo 2 ° de la Ley 29245.

2. Que los servicios establecidos en el Contrato de Servicios suscrito entre LAN y AVIO, serían muy genéricos y que no se establecería una actividad especializada única.

Tal y como menciona la inspeccionada, la cláusula segunda del contrato expresa las actividades, las mismas que hemos señalado de manera precisa en el (cuadro A) ubicado en el considerando Tercero de la presente resolución.

No obstante, se debe observar también que, conforme al Contrato de Servicios Técnicos Especializados de Mantenimiento, clausula segunda, AVIO, se comprometió a prestar en favor de LAN PERÚ, los servicios especializados de mantenimiento de aeronaves de la flota “**Airbus 320FAM**”, sin embargo, del reporte

Los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

⁵ Arce Ortiz, Elmer, Subcontratación entre empresa y contratos laborales, Palestra, Lima, 2006, pp. 39-87

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

consolidado de Mantenimiento de fechas 4,5,6,13 y 14 de julio de 2016 obrante a fojas 19 a 23, se tiene que AVIO, además de prestar servicio para el cual fue supuestamente contratado, también presto el servicio de mantenimiento de la flota Airbus 319, hecho que vulnera abiertamente el [art.5ºb] D.S. 005-2008-TR] y **consecuentemente** desnaturaliza de manera concreta y objetiva la tercerización ya que, como anteriormente se ha señalado AVIO fue contratada para prestar servicio de mantenimiento solo a la flota Airbus 320, condición contractual entre AVIO y LAN PERU, que imposibilitaba que AVIO preste servicio de mantenimiento a una flota para la cual no había contrato celebrado.

3. Que no existiría una plena subordinación de los trabajadores de AVIO, al estar supuestamente supeditados a órdenes y directivas de LAN.

La inspeccionada señala que tanto en el Acta de Infracción como en la Resolución Sub Directoral se señala que, los trabajos que realizan los trabajadores de AVIO "son establecidos" por LAN en virtud de los "Reportes de Consolidado de Mantenimiento", documentos que demostrarían que nuestra empresa, de una manera indirecta "da las ordenes en los trabajos" al personal de AVIO. Asimismo, señala que, siendo LAN el operador aéreo, es quien tiene conocimiento de los servicios que requieren ser realizados en cada aeronave y susceptibles de ser encargados a AVIO, además de que también, como línea aérea, conoce de las programaciones de los vuelos diarios a todos los destinos a los que opera y ello le permite prever la urgencia y debida oportunidad de los servicios de mantenimiento para no generar un conflicto con la operación, agrega que como LAN conoce la premura en la atención de los mantenimientos de las aeronaves en función de lo que cada equipo requiere y a la par, como clientes del servicio, es quien se encuentra legitimado para indicar la aeronave o equipo cuyo mantenimiento lo delega a un tercero, lo que para nada significa intervenir en la dirección y/o ejecución misma del servicio a cargo de AVIO.

Respecto a lo señalado por la inspeccionada, debemos señalar lo siguiente:

Que, mediante Contrato de Cooperación Empresarial, se designaron como Supervisores a los señores:

Por LAN: **Víctor Salazar Velarde**

Por AVIO: **Renzo Romano Fierro**

Los cuáles serán el nexo para las coordinación que se lleven entre LAN y AVIO, así mismo de la cláusula cuarta del contrato en mención se puede extraer que, entre las funciones del Supervisor de AVIO esta, recibir los documentos de trabajo de mantenimiento a ser ejecutados, que contienen el listado de herramientas y materiales especiales y necesarios para la ejecución de los servicios, de la misma manera, el Supervisor de AVIO solicitará al contacto encargado de almacén el listado de herramientas y materiales especiales especificados en los documentos de trabajo y mantenimiento.

En conclusión, cualquier coordinación entre LAN con AVIO debía ser ejecutada por intermedio de sus "Supervisores", y ello en razón de no ir en contra de lo señalado en el Art. 5 de la Ley N° 29245 - "Desnaturalización", puntualmente cuando señala, que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora **no deben tener** una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, "[agregado en negrita es nuestro];

Sin embargo, de la documentación que obra en autos y que fuera presentada por la propia inspeccionada, se observa, de los documentos de "préstamo de herramientas" obrante a fojas 11,12,13 y 14 del expediente de actuaciones inspectivas, que LAN (por intermedio del Asistente Almacén Técnico – Cristian Cabezas) otorgó **"directamente"** a **diferentes trabajadores de la empresa AVIO**, las herramientas y no por medio de su Supervisor, situación que, nos hace concluir que LAN tenía contacto directo con los trabajadores de AVIO, no siguiendo el procedimiento regular en los supuestos que exista una Tercerización con los parámetros que la Ley exige, que para el presente caso (conforme fue regulado en su propio contrato civil entre AVIO y LAN PERU) es utilizar como nexo al Supervisor de AVIO; situación que demuestra de manera fehaciente y contundente la desnaturalización del contrato de tercerización celebrado entre LAN y AVIO.

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

Reforzando lo anteriormente señalado, de lo establecido en la cláusula cuarta, se colige que el Supervisor de AVIO, debería estar presente en todo momento pues cualquier coordinación -entre LAN y AVIO- que se requiera se debería hacer a través de él; sin embargo, se observa que, en la visita inspectiva de fecha 27 de setiembre de 2016, realizado en las instalaciones de la inspeccionada se verifico la presencia de los trabajadores y se contó solo con la participación del Supervisor de LAN Victor Salazar Velarde, situación que nos hace colegir que el supervisor de LAN efectuaba órdenes directas a los trabajadores de AVIO.

4. Que AVIO realizaría las mismas labores que LAN

Respecto a este punto la inspeccionada señala que, el hecho que determinados procesos de mantenimiento sean ejecutados directamente a través de LAN como OMA reconocida por la DGAC no impide asignar a un tercero como AVIO la ejecución de otros mantenimientos a los cuales, si está habilitado de prestar, ya que en ello justamente se constata la tercerización. Asimismo, refuerza lo señalado estableciendo que AVIO se ocupará únicamente del mantenimiento de aeronaves Airbus 320.

En referencia a lo señalado por la inspeccionada, se establece que tal como ella menciona la labor de AVIO "sólo" debió ser prestada a la flota Airbus 320, pero se tiene de los consolidados de mantenimiento (obrante a fojas 19 a 23 de autos) que no fue así, ya que AVIO presto servicio de mantenimiento también a la flota **Airbus 319**, proceder que genera la desnaturalización de la tercerización, pues se encontraba prestando servicios para un fin diferente para el que supuestamente fue contratado, incumpliendo lo contenido en la cláusula segunda del Contrato de Servicios Técnicos Especializados de Mantenimiento.

5. Que LAN no habría informado a sus trabajadores sobre los servicios brindados por AVIO

La inspeccionada refiere a que en la Resolución Sub Directoral N° 044-2017, no se menciona el fundamento jurídico imputado a LAN por un supuesto incumplimiento legal por no haber proporcionado información a sus propios trabajadores (es decir, al personal de LAN) sobre el contrato de tercerización suscrito con AVIO. Asimismo, señala que el art. 6 de la Ley 29245 [disposición legal transcrita en la resolución], impone una carga formal de información pero que se le asigna explícitamente a la empresa tercerizadora, es decir, aquella que ejecutará el servicio contratado por organización (empresa principal), siendo en el caso concreto AVIO.

Respecto a lo referido por la inspeccionada, se señala que si bien el art.6 de la Ley 29245, no establece tal mandato, el art. 8 del Reglamento de Tercerización D.S. 006-2008-TR en su párrafo tercero si lo hace, al menos respecto de poner en conocimiento del Sindicato de la Empresa Principal:

Artículo 8.- Contenido de los contratos y derecho de información de los trabajadores desplazados

(...) La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que éstos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical. (...) (subrayado y negrita es nuestro), conforme a lo expuesto, lo argumentado por la inspeccionada en este extremo no logra enervar lo resuelto por el inferior en grado.

QUINTO: Asimismo, en razón de lo establecido, debemos señalar que, un procedimiento administrativo tiene por desenlace y finalidad última, la expedición de un acto administrativo (de acuerdo a lo establecido en el art. 1 de la Ley 27444) -el cual puede impactar positiva o negativamente en los administrados-, cuya motivación es un requisito ineludible para las entidades, toda vez que debe existir total certeza en cuanto al razonamiento llevado a cabo antes de adoptar la decisión contenida en él.

Así, ello permite la existencia de seguridad jurídica en el ámbito de la tramitación de los procedimientos administrativos y garantiza la confianza de los administrados en la actividad estatal

DIRECCION REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO DEL CALLAO
DIRECCIÓN DE INSPECCIÓN DEL TRABAJO DEL CALLAO

EXPEDIENTE SANCIONADOR: 287-2016-GRC-GRDS-DRTPE-DIT-SDIT
ORDEN DE INSPECCIÓN: 867-2016-GRC/GRDS-DRTPE-SDIT

Por todo lo señalado y en razón a lo establecido en los considerandos que fundamentan la presente resolución.

SE RESUELVE:

- PRIMERO.-** Declarar **INFUNDADO**, el recurso de apelación presentado por la empresa **LAN PERÚ S.A.** identificada con **RUC N° 20341841357**; por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución, consecuentemente;
- SEGUNDO.-** **CONFIRMAR** la Resolución Sub Directoral N° 044-2017-GRC/GRDS/DRTPE-DIT-SDIT, expedida con fecha 14 de febrero de 2017; en todos sus extremos;
- TERCERO.-** **TÉNGASE** por **AGOTADA LA VÍA ADMINISTRATIVA** con el presente pronunciamiento; toda vez que, contra las resoluciones de segunda instancia no procede medio impugnatorio alguno de acuerdo a lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 41° de la LGIT, en virtud a lo establecido en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Supremo N° 012-2013-TR, en consecuencia, devuélvase los de la materia a la oficina de origen para sus efectos. -

HÁGASE SABER. -




Gobierno Regional del Callao
Dirección Regional de Trabajo y Promoción del Empleo
Abog. MIGUEL ANGEL PICOAGA VARGAS
Director de Inspección del Trabajo