



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

- Transformación del trabajo: desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de voz colectiva



Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

XXIII Congreso Mundial

7 - 10 de Septiembre de 2021 - Lima, Perú

# RETOS DE LOS SISTEMAS DE LEGISLACIÓN LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL

---

- Transformación del trabajo:  
desafíos para el Derecho del Trabajo
- Comercio internacional y trabajo
- Nuevos retos de la Seguridad Social
- Trabajadores migrantes
- Trabajadores atípicos e informales
- Igualdad en el trabajo
- El Estado y las nuevas formas de  
voz colectiva

## PATROCINADORES



## AUSPICIADORES



<b>Retos de los Sistemas de Legislación Laboral y Seguridad Social</b>
PRIMERA EDICIÓN DIGITAL MARZO 2023
Prohibida su reproducción total o parcial DERECHOS RESERVADOS D. Leg. N.º 822
<p><b>Autores:</b>  Alberto Pizzoferrato / Sergio Torres Teixeira / Wilfredo Sanguinetti Raymond / Kurt Paerli / Masahiko Iwamura / Helga Špadina / Petra Herzfeld Olsson / Pamhidzai Bamu / Roberto Fragale Filho / María Luisa Molero Marañón / Bernd Waas / Oscar Raúl Chuquillanqui Aragón / Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada / Marina Fernández Ramírez / Carmen Ferradans Caramés / Giovanni Gaudio / Francisca Moreno Romero / María Olaya Martín Rodríguez / Rodrigo Palomo Vélez / Adrián Pérez Pastrana / César Alfredo Puntriano Rosas / María Carmen Tatay Puchades / Mireia Llobera / Dulce María Cairós Barreto / Carlos García Gallego / María Katia García Landaburu / Luis Gordo González / Oscar Hernández Álvarez / José Eduardo López Ahumada / Priscila Martín Vales / Rosa María Morato García / Daniel Peres Díaz / Gastón López Argonz / Matthieu Chabannes / Leopoldo Gamarra Vilchez / Miguel Ángel Martínez-Gijón Machuca / Javier Paitán Martínez / Leiso Fasney Restrepo Aguirre / Gaye Burcu Yildiz / Francisca Bernal Santamaria / Karla Giamnina Cánova Talledo / Chiara Cristofolini/ Vincenzo Cangemi/ Roberto Pettinelli / Ljubinka Kovačević/ Boško Latković / Kwang-Taek Lee / Jovana Rajić-Čalić / Jovana Misailović / Carlos Eduardo Saco Chipana / Daniel Ulloa Millares / Christa Caro Palacios / Ángela Sofía Bilbao Pazmiño / Laura Sofía Pérez Pianda / Stefano Guadagno / Chiara Hassemer / Flávia Souza Máximo Pereira / Luis Mendoza Legoaas / Fiorella Peyrone Villacorta / Ivan Ramiro Campero Villalba / Lilli Carollo / Macarena Castro Conde / Emilio De Castro Marín / Viviana Mariel Dobarro / María Begoña García Gil / Luciana Guaglianone / María Laura Parisi / Balwinder Kaur / Diego Megino Fernández / Pedro Oliveira / Ccantu Stefany Osorio Velarde / Luz Pacheco Zerga / María Gema Quintero Lima / Carmen Grau Pineda / Concha Sanz Sáez / Sarai Rodríguez González / Fernando Varela Bohórquez / Juan Manuel Moreno Díaz.</p>
<p><b>Coordinadora:</b> María Katia García Landaburú</p> <p>© <b>Comisión Organizadora del Congreso:</b> Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente), Guillermo Boza Pró, María Katia García Landaburu, Emilio Morgado Valenzuela, Mónica Pizarro Díaz, Michael Vidal Salazar</p>
<p>Copyright 2021 Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</p>
<p><b>Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</b>  Dirección: Av. Dos de Mayo 516, dpto. 201. Miraflores - Lima, Perú  Telef.: 51(1) 7055586</p>
<p>ISBN: 978-9972-9422-4-2  Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-02736  Publicado en el mes de marzo de 2023  DERECHOS RESERVADOS. Prohibida su reproducción parcial o total (D. Leg. 822)</p>

En su edición electrónica, el libro alcanza a un número de lectores peruanos y del extranjero, de los ámbitos universitario, gremial, profesional, impulsando el estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Esta edición se encuentra alojada y disponible para descarga libre en la página web de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: [www.spdts.org.pe](http://www.spdts.org.pe)

## **COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO**

Germán Ramírez-Gastón Ballón (Presidente)

Guillermo Boza Pró

María Katia García Landaburu

Emilio Morgado Valenzuela

Mónica Pizarro Díaz

Michael Vidal Salazar

## **COMISIÓN REVISORA DE PONENCIAS**

Guillermo Boza Pró

Ana Cecilia Crisanto Castañeda

María Katia García Landaburu

César Gonzales Hunt

Sandro Nuñez Paz

Estela Ospina Salinas

Luz Pacheco Zerga

Mónica Pizarro Díaz

César Puntriano Rosas

Germán Ramírez-Gastón Ballón

Michael Vidal Salazar

**TRANSFORMACIÓN DEL TRABAJO: DESAFÍOS  
PARA EL DERECHO DEL TRABAJO**

**TRANSFORMATION OF WORK:  
CHALLENGES TO LABOR LAW**

# LA TRANSFORMACIÓN DEL EMPLEADOR Y SU IMPACTO EN EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO. REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPUESTA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

**CÉSAR ALFREDO PUNTRIANO ROSAS**

Abogado y Magister en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la Maestría en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la Carrera de Derecho Corporativo en la Universidad ESAN y en ESAN GRADUATE SCHOOL OF BUSINESS (posgrado), Docente en la Maestría en Derecho del Trabajo en la Universidad San Martín de Porres. Miembro del Comité Editorial de la Revista Soluciones Laborales. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio Principal en el Estudio Muñiz.

**ABSTRACT:** In recent decades, we have noticed structural changes due to the variation of the Fordist-Taylorist business paradigm towards new forms of work organization. The employer, as a counterpart in the employment relationship, is not immune to those changes. Indeed, the classical concept of employer is practically in extinction. The constant transformation of the employer poses a series of challenges for Labor Law, specifically for subordination, since it is not the same to apply it as a guideline against a typical or classic employer who denies the existence of an employment relationship than to do it before an atypical employer. Our objective is to detail how the notion of employer has evolved in Peru, to determine which would be the best manner to address such changes, to guarantee that Labor Law extends its protective mantle towards the worker, the weak part of the labor relationship.

**KEYWORDS:** Employer, Subordination, subcontracting, franchise.

## 1. LA NOCIÓN DE EMPLEADOR EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

El empleador no ha ocupado un lugar preponderante en nuestro ordenamiento jurídico laboral pues el centro es el trabajador. El empleador ha sido, es y será, la contraparte del trabajador en la relación laboral, aquél que lo ocupa, que recibe de sus trabajadores prestaciones retribuidas, voluntarias, dependientes<sup>1</sup>.

¿Pero, a qué obedece la indiferencia legislativa? No se trata de una omisión derivada del descuido o la falta de técnica jurídica, sino de una medida intencional. El legislador tiene la expresa voluntad de no realizar exclusiones del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo em razón a las características de la figura del empresario<sup>2</sup>. En efecto, resulta irrelevante la configuración jurídica del empleador pues puede tratarse de una persona física, jurídica, o carecer de personalidad jurídica como ocurre como el contrato de consorcio, joint-venture o asociación en participación. El empleador podrá tener finalidad lucrativa o carecer de la misma, ser una entidad de derecho público o de derecho privado, supuestos que no cambian su posición en la relación laboral. Cruz Villalón

1 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo. En: AAVV, El empresario laboral, estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación. Madrid, Tirant Lo Blanch, 2010. p.15.

2 CRUZ VILLALON, Jesús. Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos Individuales. En, AAVV, El empleador en el Derecho del trabajo, Madrid, Tecnos, 1999. p. 31.

sostiene con acierto que, “(...) el legislador no desea que se tome en consideración elemento alguno que se pueda imaginar como identificador de algún rasgo de la figura del empleador. De este modo, al final, el empresario desde la perspectiva laboral se nos presenta como un personaje de rostro sin facciones (...)”<sup>3</sup>.

Esta indiferencia legislativa en nuestra normativa local, remontándonos a las principales disposiciones emitidas en los últimos treinta (30) años, la encontramos en la Ley de Fomento del Empleo, aprobada por Decreto Legislativo No. 728<sup>4</sup>, la cual carece de definición sobre el empleador, conteniendo una referencia a los atributos derivados de su poder directriz, para luego citarlo en más de una oportunidad como titular de determinadas facultades<sup>5</sup> y responsable del cumplimiento de ciertas obligaciones.

La norma fundamental que regula a las relaciones colectivas de trabajo, el Decreto Ley No. 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, vigente desde el 18 de julio de 1992 tampoco contiene definición alguna sobre la noción de empleador.

Similar omisión se advierte en la regulación sobre la contratación laboral indirecta, pues la ni Ley No. 27626<sup>6</sup>, la Ley No. 29245<sup>7</sup> ni sus respectivos reglamentos<sup>8</sup> se ocupan de la definición de empleador.

Tampoco encontramos referencias a la definición de empleador en la normativa que regula a los principales beneficios sociales legales, nos referimos a la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)<sup>9</sup>, la norma que regula los descansos remunerados (descanso semanal, feriados y vacaciones<sup>10</sup>), la Ley

3 Ibid. p.32

4 No deja de llamar la atención que en su artículo 5 señala que su ámbito de aplicación comprende a “empresas” y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

5 “(...) Artículo 42.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de estas y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento (...)”.

6 Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores. Regula diversos aspectos de la intermediación laboral, como modalidad de contratación indirecta de trabajadores, vigente desde el 10 de enero de 2002.

7 Ley que regula los servicios de tercerización, vigente desde el 25 de junio de 2008.

8 Nos referimos al Decreto Supremo No. 003-2002-TR y Decreto Supremo No. 006-2008-TR.

9 Decreto Legislativo No. 650, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 001-97-TR. Su Reglamento ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 004-97-TR.

10 Decreto Legislativo No. 713, cuyo Reglamento ha sido aprobado por Decreto Supremo No. 012-92-TR.

que regula las gratificaciones legales<sup>11</sup>, participación legal en las utilidades<sup>12</sup>, Asignación Familiar<sup>13</sup> ni en sus respectivos reglamentos.

Únicamente encontramos una definición, aplicable únicamente a la norma en la cual se ubica, en el Decreto Supremo No. 018-2007-TR, el cual establece disposiciones relativas al uso de la “Planilla Electrónica”. Esta define al empleador como *“toda persona natural, empresa unipersonal, persona jurídica, sociedad irregular o de hecho, cooperativa de trabajadores, institución privada, entidad del sector público nacional inclusive a las que se refiere el Texto Único Actualizado de las Normas que rigen la obligación de determinadas entidades del Sector Público de proporcionar información sobre sus adquisiciones, aprobado por el Decreto Supremo N° 027-2001-PCM y normas modificatorias, o cualquier otro ente colectivo, que remuneren a cambio de un servicio prestado bajo relación de subordinación (...)”*. La definición que únicamente resulta aplicable para las obligaciones derivadas de la “Planilla Electrónica” resulta omnicompreensiva, con la finalidad entendemos de abarcar en la noción de empleador a cualquier sujeto de la relación laboral que actúe como tal, tanto en el sector privado como público.

Inclusive comprende dentro del término “empleador” a sujetos que laboralmente no califican como empleadores, como a pagadores de pensiones, contratantes de un prestador de servicios autónomo, contratante de una persona bajo modalidad formativa, o reciban por destaque o desplazamiento, los servicios del personal de terceros.

La principal normativa que regula las relaciones laborales en el sector público, como el Decreto Legislativo No. 276, Ley de bases de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, la Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público o la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil, tampoco dedican alguno de sus artículos a esbozar una definición del empleador.

De lo anteriormente expuesto queda evidenciado el desinterés de nuestros legisladores quienes a lo largo del tiempo ha omitido regular conceptualmente al empleador, entendemos, motivados por no desproteger al trabajador pues dado el avance constante en la forma de organización empresarial, resultaría altamente probable que la realidad esté un paso por delante y queden muchos

11 Ley No. 27735 y su Reglamento el Decreto Supremo No. 005-2002-TR. La anterior norma, Ley No. 25139, tampoco se refirió al empleador.

12 Decreto Legislativo No. 677 y 892. Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 009-98-TR.

13 Ley No. 25129 y su Reglamento No. 005-90-TR.

sujetos excluidos de la noción de empleador, lo cual termina perjudicando al centro de la relación laboral y objeto de protección de nuestra disciplina, me refiero al trabajador.

Dicha omisión cobra mayor sentido cuando los ordenamientos regulan mecanismos para detectar al sujeto empleador como contraparte de la relación laboral y con ello imputarle obligaciones laborales y reconocerle derechos. Estas herramientas metodológicas resultan de relevancia superior si nos encontramos ante empleadores de estructura compleja, donde interviene más de una entidad y resulta difícil detectar al empleador. Para esta tarea, nos dice la doctrina, deberá recurrirse al principio de primacía de la realidad, al criterio de subordinación y de ajenidad.

La pregunta que surge es si en nuestro ordenamiento jurídico contamos con las herramientas metodológicas señaladas que complementen la indefinición de empleador por parte del legislador. Pasaremos revista a ello en los acápites que siguen.

## **2. LA TRANSFORMACIÓN DEL EMPLEADOR, DESDE LA ESTRUCTURA SIMPLE HASTA LA COMPLEJA**

El empleador típico o clásico es un sujeto en franca desaparición, pues los cambios de paradigma organizativo empresarial lo han superado largamente. La coincidencia entre persona física y empleador, el control directo de la fuerza de trabajo, el control de la totalidad del ciclo productivo, la propiedad de inmuebles, la relación de autonomía entre las empresas es prácticamente inexistentes<sup>14</sup>. Hoy la persona física no es la empleadora pues existen empresas de accionariado difundido, ya no existe un control directo de la fuerza de trabajo, muchas veces ese control lo realiza un tercero que contratar al empleador, el ciclo productivo se fragmenta y externaliza, generando una relación de colaboración entre las compañías. El empleador carece de inmuebles pues cuenta con oficinas virtuales.

Pasamos de una estructura que reconocía la bilateralidad de la relación laboral hacia un esquema trilateral (triangulación empresarial), multilateral (grupos de empresa) hasta llegar a la huida total del empleador en un esquema de ausencia de vínculo laboral (plataforma de servicios).

---

14 CRUZ VILLALON, op.cit. p. 36.

El esquema del empleador plural o complejo se presenta como herramienta jurídica frente a la posibilidad de que el poder dirección sea ejercido por más de una organización, y que habilite técnicamente a atribuir responsabilidad conjunta por las obligaciones laborales a los empleadores conjuntos.

### Triangulación empresarial y redes de empresas

Nos encontramos en una realidad que cuestiona el modelo tradicional “una empresa, un empleador” virando hacia esquemas de organización de la fuerza de trabajo trilateral o triangular, en la cual participan una empresa principal, cliente o usuaria del servicio, una empresa contratista o que en ocasiones asume el rol de suministradora de mano de obra y unos trabajadores que se hallan subordinados a la usuaria, sin llegar a ser formalmente considerados como tales<sup>15</sup>. La subordinación ocurre con mayor o menor intensidad si nos encontramos ante la denominada subcontratación laboral o ante el suministro de mano de obra<sup>16</sup>.

Esta relación triangular obedece a un cambio de paradigma empresarial, el cual deja de lado al gigante empresarial que aglutinaba diversas actividades económicas, pasando ahora a encontrarnos frente a empresas que se especializan en rubros determinados a fin brindar servicios a aquellas que los requieran. En otras palabras, frente a la concentración productiva, surge la descentralización como alternativa.

Como lo entiende Del Rey<sup>2</sup>, la descentralización productiva, “*ha implicado para las empresas la externalización hacia “terceros” de componentes cada vez más numerosos e importantes de su ciclo productivo, incluidos aquéllos pertenecientes a aspectos esenciales de su propia actividad empresarial*”<sup>17</sup>.

Sanguinetti<sup>18</sup> afirma con acierto que la irrupción de los fenómenos descentralistas basados en las nuevas tecnologías de la información marca el declive de

15 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. “Trabajo en régimen de subcontratación. Informe VI (1). Conferencia Internacional del Trabajo 85ª reunión.” 1997. p.6

16 UGARTE CATALDO, José Luis. Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores. *Ius et Praxis* [online]. 2006, vol.12, n.1 [citado 2021-07-11], pp.11-29. Disponible en: <[http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000100002&lng=es&nrm=iso)>. .

17 DEL REY GUANTER, Salvador y Carolina Gala Durán. “Trabajo autónomo y descentralización productiva: Nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia.” Texto mimeografiado.

18 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Contrato de Trabajo y Nuevos Sistemas Productivos”.

la concepción tradicional de la figura de la subordinación o dependencia, la misma que se relaciona íntimamente con nociones de uniformidad y continuidad en el empleo de la fuerza de trabajo y la autocracia y jerarquía en el ejercicio de los poderes del empresario. Nos encontramos ante una prestación de servicios flexible que escapa a los rígidos modelos del pasado.

La subcontratación laboral, denominada de esa manera por el impacto que dicho esquema tiene en una nuestra disciplina, y considerada por la doctrina como el “efecto estrella” de la descentralización productiva<sup>19</sup>, supone un sistema de relaciones de carácter jerarquizado entre empresas, en el cual la empresa contratista presta servicios o ejecuta una obra a favor de la principal por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos técnicos, financieros o materiales y subordinando, de manera exclusiva y excluyente, a sus trabajadores.

A propósito de la subcontratación laboral, Bronstein<sup>20</sup> alerta que deben ser de nuestro interés aquellas prácticas cuyo efecto es la prestación de servicios en condiciones similares a las presentes en una relación de trabajo subordinada, en la medida que ello constituye el presupuesto socioeconómico indispensable para la aplicación del Derecho del Trabajo<sup>21</sup>.

Por ello, sostiene Bronstein<sup>22</sup>, la subcontratación laboral comprende al suministro de mano de obra o a la prestación de servicios en el marco de una relación civil o comercial<sup>23</sup>. En el primer caso empresa principal recibirá por delegación el poder directriz respecto a los trabajadores de la contratista (suministradora), mientras que en el segundo supuesto la subordinación tendrá un menor nivel de intensidad, aunque en ningún caso será inexistente. En ambos

---

Lima. Ara Editores. 1997. p.60.

19 ARCE ORTIZ, Elmer. Subcontratación entre empresas y relación de trabajo en el Perú. Lima. Palestra Editores. 2006.

20 Nos referimos a BRONSTEIN, Arturo S. “La subcontratación laboral”. Versión revisada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre el Derecho del Trabajo ante el Nuevo Milenio celebrado en Santo Domingo, República Dominicana, en abril de 1999. En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima. Diciembre de 2007.

21 Ídem. p.15.

22 Ibídem.

23 En la misma línea de pensamiento BENSUSAN, Graciela. “La subcontratación laboral y sus consecuencias: ¿problemas de diseño institucional o de implementación?.” En: Comunidad Andina de Naciones. La subcontratación laboral- análisis y perspectivas Cuadernos de Integración Andina. No. 20. Lima. Diciembre de 2007.

casos y como lo veremos a continuación, nuestro ordenamiento ha introducido un plus de protección a los trabajadores involucrados en la subcontratación.

Esta figura de integración horizontal entre empresas, de cooperación productiva tendencialmente estable entre sujetos empresariales jurídicamente independientes, ha venido a ser denominada como “red empresarial”<sup>24</sup>. Estas redes pueden clasificarse en hegemónicas y paritarias en tanto exista o no un líder en la red. Las primeras se presentan cuando un miembro de la red juega un rol directivo como ocurre con las redes de franquicia de concesionarios o agentes, en las de subcontratación, entre otras<sup>25</sup>.

En lo que a subcontratación laboral se refiere contamos con regulación que genera responsabilidad laboral compartida entre las empresas participantes, pero sin llegar a tutelar integralmente al trabajador. Nos referimos a la responsabilidad solidaria.

En efecto, la Ley No. 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, complementada por el Decreto Legislativo No. 1038 y reglamentada por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, disponen que una real tercerización<sup>26</sup> implica que el tercero (contratista) ejecute su actividad por su cuenta y riesgo, contando con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales<sup>27</sup> y con el personal bajo su exclusiva subordinación<sup>28</sup>.

Es interesante comentar que a partir del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, solamente la tercerización de actividades ordinarias<sup>29</sup> que impliquen

24 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. Presentación, página XVI.

25 RUIZ PERIS Juan Ignacio. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. p.15

26 Denominación de nuestro ordenamiento para la subcontratación laboral.

27 Es importante comentar que la norma reglamentaria permite que la empresa que presta servicios de tercerización o realiza obras desarrolle actividades con equipos y herramientas que le hubiera cedido su cliente (principal) u otra empresa en administración integral, si están vinculados directamente al proceso productivo de la empresa cliente.

Dicha disposición del Decreto Supremo No. 006-2008-TR fue declarada ilegal por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, bajo el expediente No. 169-08-AP. En atención a un recurso de apelación de sentencia, la Corte Suprema, en el expediente No. 1338-2011 revocó la sentencia de primera instancia reconociendo la validez de la cesión de equipos por parte del cliente al tercero para la ejecución de los servicios contratados.

28 Esto supone que el personal reciba indicaciones y sea supervisado o sancionado en forma exclusiva y excluyente por su empleador.

29 Se entiende por actividades principales u ordinarias aquellas cuya ausencia afecten o interrumpen

desplazamiento continuo<sup>30</sup> del personal del tercero hacia el centro de trabajo (instalaciones) u operaciones<sup>31</sup> del cliente se encuentra comprendida en esta regulación tutelar de los trabajadores. Siendo así, la tercerización sin desplazamiento, o la provisión de bienes y/o servicios que no suponga tercerización, la subcontratación de actividades complementarias o la subcontratación de personas naturales se regularán por el Código Civil y la normativa sectorial especial con la evidente desprotección para los trabajadores que ello supone. En todo caso, no se debe tratar en ningún escenario de una simple provisión de mano de obra o destaque de personal.

El plus de protección que establece este marco normativo para las relaciones triangulares bajo su ámbito de aplicación es la responsabilidad solidaria entre la principal, la contratista y subcontratistas por las obligaciones laborales legales y convencionales, el derecho de información con que cuentan los trabajadores de la empresa contratista respecto a la identidad de la principal, el lugar de prestación de servicios, y la obligación (hoy inexistente) de registrar a la empresa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Por su parte, el suministro de mano de obra, o “subcontratación de mano de obra” ocurre cuando el objetivo único, esencial o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra por parte del subcontratista a la empresa usuaria. La subcontratación de mano de obra es denominada “intermediación laboral” por nuestro ordenamiento, consistiendo en el destaque de personal de una empresa de intermediación o cooperativa de trabajadores debidamente autorizada, para prestar servicios temporales, complementarios o altamente especializados a la empresa usuaria o cliente.

La intermediación laboral se encuentra regulada en la Ley No. 27626 y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 003-2002-TR, dispositivos que permiten la prestación de dichos servicios sólo en determinados supuestos y cumpliendo

---

la continuidad del negocio del cliente. Se trata sin duda una enorme permisividad en cuanto a aquellas actividades que pueden ser objeto de la subcontratación, hecho sin duda de por sí cuestionable pues podría llegarse al extremo de que la empresa cliente carezca de trabajadores en planilla.

30 Se configura la continuidad cuando:

- a) El desplazamiento ocurra cuando menos durante más de un tercio de los días laborables del plazo pactado en el contrato de tercerización; o,
- b) Exceda de 420 horas o 52 días de trabajo efectivo, consecutivos o no, dentro de un semestre.

31 Constituye centro de operaciones el lugar fuera de las instalaciones del cliente al que el personal del tercero se desplaza por indicación de aquél.

una serie de requisitos y formalidades con la finalidad de brindar mayor protección al trabajador destacado y fomentar la contratación directa de personal.

La normativa anotada permite intermediar laboralmente trabajadores para cubrir actividades principales pero temporales<sup>32</sup> de la empresa usuaria (cliente), actividades complementarias<sup>33</sup> o actividades altamente especializadas. Para ello si bien podrán constituirse empresas de servicios temporales, complementarios, o altamente especializados, es posible que una sola empresa se encargue de intermediar los tres tipos de actividades.

La técnica normativa adoptada en nuestro país es deficiente pues la tendencia comparada considera que el suministro de mano de obra supone únicamente el destaque de personas para colocarlas bajo el ámbito de organización y dirección de la empresa usuaria sin que exista una actividad adicional por la suministradora, salvo el cumplimiento de sus obligaciones laborales como empleador. En otras palabras, la empresa suministradora no ejecuta servicio alguno salvo el destaque de su personal. Siguiendo esa línea la llamada intermediación laboral complementaria o altamente especializada encajaría en un supuesto de subcontratación de producción de bienes o prestación de servicios. Sin embargo, a contracorriente del criterio imperante en otras latitudes, para la regulación peruana el destaque de mano de obra se circunscribe a los supuestos descritos en el párrafo precedente.

En cuanto a la responsabilidad por los derechos del personal destacado a la empresa principal, la Ley No. 27626 prevé un supuesto de responsabilidad solidaria entre la empresa usuaria y la entidad que presta servicios de intermediación

---

32 Mediante el Decreto Supremo No. 008-2007-TR, se precisaron las definiciones de actividad principal y complementaria para efectos de la intermediación laboral, entendiéndose como actividad principal: de la empresa usuaria aquella que es consustancial al giro del negocio de la misma. Siendo considerada como tal toda actividad sin cuya ejecución se afectaría y/o interrumpiría el funcionamiento y desarrollo de la empresa usuaria o principal. Este tipo de intermediación laboral (para cubrir actividades principales) es la más restringida por nuestro ordenamiento, toda vez que se la limita a los supuestos de ocasionalidad (eventualidad) y suplencia (reemplazo) y se la limita cuantitativamente pues los trabajadores destacados a la usuaria no deben exceder del 20% de la totalidad de su personal.

33 El artículo 1° del D.S. No. 003-2002-TR, entiende como actividad complementaria a aquella de carácter auxiliar, no vinculada a la actividad principal, y cuya ausencia o falta de ejecución no interrumpe la actividad empresarial, tal como las actividades de vigilancia, seguridad, reparaciones, mensajería externa y limpieza. La actividad complementaria no es indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de la empresa usuaria.

laboral. Así, la Ley señala que si la fianza<sup>34</sup> otorgada por la entidad resulta insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a la empresa usuaria, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria. Adicionalmente, la norma dispone que será nula la intermediación laboral cuando ha tenido por objeto o efecto vulnerar o limitar los derechos colectivos del personal, tanto de la empresa usuaria como de la intermediaria<sup>35</sup>. La Ley No. 29245 recoge también la responsabilidad solidaria de la principal por obligaciones laborales y de seguridad a cargo de la usuaria, así como el derecho de información, tanto del personal de la empresa contratista como la principal sobre la existencia de la tercerización como mecanismos de tutela laboral.

Si bien la normativa mencionada introduce un nivel de protección meramente económico, pues exige a la principal la asunción de obligaciones laborales de la contratista<sup>36</sup>, y además porque el reconocimiento del derecho de información tiene por principal objetivo que el personal de la contratista pueda contar con datos suficientes en caso planteen una demanda judicial contra la principal, la subcontratación, además de alterar la noción de empleador también genera una degradación de las condiciones de trabajo del personal subcontratado, el uso intensivo de mano de obra temporal, así como la eliminación de puestos de trabajo de personal excedente<sup>37</sup>. En el plano de las relaciones colectivas de trabajo, se dificulta seriamente la sindicación y el derecho a negociar colectivamente, disgregándose al colectivo asalariado haciendo casi imposible su unificación para efectos reivindicativos<sup>38</sup>.

34 El artículo 24° de la Ley No. 27626, dispone que, “las empresas de servicios o las cooperativas, reguladas en la presente Ley, cuando suscriban contratos de intermediación laboral deberán conceder una fianza, que garantice el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores destacados a la empresa usuaria. La fianza será regulada por la Autoridad Administrativa de Trabajo y en el Reglamento se establecerá los requisitos, plazos, porcentajes y mecanismos de ejecución y liberación de la garantía. “

35 Artículo 4 de la Ley No. 27626.

36 En la intermediación laboral, en tanto no resulten cubiertas por la fianza.

37 Como lo afirma Gorelli, las empresas inmersas en un proceso de descentralización poseen problemas de personal excedentario, toda vez que este fenómeno organizativo supone que las funciones realizadas antes por la empresa son desviadas a otras. Surge entonces la existencia de una planilla excedentaria que genera la necesidad empresarial de terminar los contratos de trabajo. Vid: GORELLI HERNANDEZ, Juan. La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva. Madrid. Difusión y temas de actualidad. 2007. p. 62.

38 LOPEZ, Diego. La subcontratación y la precarización del empleo. En: Gobierno de Chile, Boletín Oficial Computacional. Octubre 1996. Lexis Nexis. En: [www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf](http://www.lexisnexis.cl/boletin/1996/101996.pdf). p.5

Frente a la insuficiencia de la solidaridad como mecanismo de tutela<sup>39</sup>, se plantea la concepción de empleador plural<sup>40</sup>, la cual pasa por considerar a la empresa principal como empleadora conjuntamente con la contratista, en razón a que la segunda pierde autonomía pasando la primera a influenciar de manera relevante en la gestión de su personal. Nuestra regulación no ha reconocido a la tesis del empleador plural, por lo que existe una tarea pendiente en este aspecto. Lo que tenemos es jurisprudencia que se pronuncia sobre la desnaturalización de la subcontratación, imputando relación laboral directa con la empresa principal ante la existencia de fraude, sea porque el personal del contratista está subordinado a la principal o por ausencia de autonomía empresarial de la primera<sup>41</sup>. Esta visión jurisprudencial es insuficiente en razón a lo comentado.

La franquicia carece de regulación comercial y laboral en nuestro país. En el primer caso, se aplican normas del Código Civil sobre obligaciones y contratos, así como el vetusto Código de Comercio. En lo laboral en el Perú no contamos con normativa ni tampoco con pronunciamientos judiciales, pero definitivamente vale la pena reflexionar brevemente sobre esta forma de red empresarial de amplia difusión en nuestro país. En la práctica mercantil es usual que el franquiciador intervenga de manera intensa en las condiciones de empleo del personal del franquiciado, en especial si la franquicia supone la prestación de servicios al cliente. En algunas franquicias inclusive se interviene en la selección de personal, se proporciona una formación al trabajador para que tenga la misma imagen, se trate al cliente de la misma manera, entre otros aspectos. Esta situación no laboraliza la relación entre el franquiciador y los trabajadores del franquiciado, justificándose en la finalidad de mantener un alto nivel de servicios y calidad que caracteriza a la franquicia. No es descartable sin embargo la existencia de un fraude a la ley en el cual el franquiciado carezca de sustantividad empresarial y que el personal haya sido contratado para ser cedido al franquiciador. Se trataría de una cesión ilegal pues el franquiciador asumiría

39 Para mayor detalle nos remitimos a un trabajo previo de nuestra autoría: "Análisis de la responsabilidad solidaria como mecanismo de tutela, en: Derecho & Sociedad No. 37. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.

40 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Las transformaciones del empleador y el futuro del Derecho del trabajo. p. 4. En: <http://www.wilfredosanguinetidiles.wordpress.com/2008/12/transf-emp-y-dt-wsanguineti-rdsl-version-final1.pdf>. p.14

41 Véase Casaciones No. 14131-2013- LA LIBERTAD, 4412-2014-LA LIBERTAD, STC 04297-2012-PA/TC y No. 02135-2012-PA/TC, entre otras.

la condición de empleador del personal del franquiciado, en tanto este último sería aparente<sup>42</sup>.

### Grupos de empresas

La organización conocida como “grupo de empresas”, cuya raíz se encuentra en el Derecho Mercantil es entendida como *“un agregado empresarial integrado por diversos sujetos de Derecho (normalmente sociedades) que, sin perjuicio de su personalidad jurídica propia, quedan sometidos en su actuación en el mercado a una dirección económica unificada, ejercida por la entidad cabecera del grupo (...)”*<sup>43</sup>

El rasgo que define a los grupos de empresas, según lo manifiesta el profesor Camps Ruiz<sup>44</sup> radica en la dirección unitaria que comparten la diversidad de empresas, esto supone que, pese a la pluralidad jurídico-formal, existe una unidad económica. Para Martín Valverde, *“(...) el grupo de empresas se caracteriza por la existencia de dos o más entidades jurídicamente independientes o autónomas, pero que actúan en sus relaciones de intercambio de manera integrada o simplemente coordinada, adoptando decisiones en común, pudiendo con ello llegar a crear la apariencia de un único ámbito de organización y gestión, una realidad económica unitaria (...)”*<sup>45</sup>.

Es evidente que esta forma de organización empresarial derivada de las transformaciones económicas posee efectos importantes en el Derecho del Trabajo, pues, tras la aparente multiplicidad de empresarios que conforman el grupo puede existir en los hechos un único empleador, cuya determinación resulta primordial a efectos de imputar fundamentalmente el cumplimiento de las obligaciones de carácter laboral y previsional con relación al personal subordinado a aquél, así como su antigüedad laboral. La frase “puede existir” no es casual, pues es factible que el grupo de empresas no siempre concentre en la dirección unitaria el poder de decisión en política laboral. Deberá deter-

42 LANTARON BARQUIN, David. Problemática jurídico-laboral del contrato de franquicia: su proyección sobre la condición de empleador. En: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo y otros. Impacto laboral de las redes empresariales. Granada. Editorial Comares. 2018. p.50-

43 EMBID IRUJO, José Miguel. “El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance”. En: Ekonomiaz: Revista vasca de economía. No. 68. Año 2008. p.85.

44 CAMPS RUIZ, Luis Miguel. “Problemática jurídico-laboral del grupo de empresas: puntos críticos” En: Grupos de empresas y Derecho del Trabajo. AAVV, Ed. Trotta, Madrid, 1994, p.87.

45 MARTIN VALVERDE. “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”. Navarra. Editorial Aranzadi. 2005. p. 388.

minarse quién y en qué casos tiene el poder de decisión a efectos laborales para verificar en qué situaciones es el grupo, las unidades empresariales o ambos, el verdadero empleador<sup>46</sup>.

La jurisprudencia española ha tratado de manera amplia al agrupamiento empresarial, habiendo el Tribunal Supremo señalado que son elementos que delinean al grupo de empresas, la pluralidad de personas jurídicas que lo conforman, la independencia jurídica de las mismas, y su vinculación en plano de igualdad o coordinación<sup>47</sup>. Sin embargo, no atribuye en general al grupo de empresas la condición de empleador, sino que se concentra en aquellos casos en los que la agrupación empresarial es fraudulenta, es decir, que se constituye con el propósito de encubrir la existencia de un único empresario tras la aparente pluralidad con la finalidad de evadir el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores<sup>48</sup>. Arce sostiene acertadamente que “*la jurisprudencia reconoce al grupo como empleador allí donde realmente no existe grupo, sino una sola empresa con apariencia formal de grupo*”<sup>49</sup>. Se atribuye efectos laborales al grupo en situaciones de fraude a la ley.

A guisa de ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo Español (TS) de fecha 21 de diciembre de 2000 (STS 9505/2000) 50 se sostuvo que para lograr

46 ARCE ORTIZ, Elmer. “Grupo de empresas y Derecho Laboral”. En: Ius et veritas. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIII. No. 26. p.258.

47 Tomado de SEMPERE NAVARRO Antonio y ARETA MARTINEZ María. “El Derecho del Trabajo y los Grupos de Empresas: inventario”. En: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales No. 48 Madrid. Año 2004, p.100.

48 ARCE ORTIZ, Elmer. “La circulación de trabajadores en el grupo de empresas”. Madrid, Editorial Mergablum, 2003. p. 48.

49 Ibidem.

50 Por su parte la sentencia de 3 de noviembre de 2005, recurso 3400/04 señala: “Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil. El reconocimiento del grupo de empresas en el ordenamiento laboral, cuyos efectos se manifiestan sobre todo en la comunicación de responsabilidades entre las empresas del grupo, exige la presencia de una serie de factores atinentes a la organización de trabajo; y estos factores, sistematizados en la sentencia de 3 de mayo de 1990 y en otras varias posteriores como la de 29 de mayo de 1995 , la de 26 de enero de 1998 y la de 26 de diciembre de 2001 , configuran un campo de aplicación normalmente más restringido que el del grupo de sociedades. En concreto, estos factores específicos del grupo de empresas en el ordenamiento laboral consisten en la existencia de un funcionamiento integrado de la organización de trabajo, o en la prestación de trabajo indistinta o común a las empresas del grupo, o en la búsqueda artificiosa de dispersión o elusión de responsabilidades laborales. En consecuencia, de acuerdo con la propia doctrina jurisprudencial, la mera presencia de administradores o accionistas comunes ( STS 21-12-2000, rec. 4383/1999;

la responsabilidad común de los conformantes del grupo empresarial hace falta un plus, un elemento adicional, el cual se presenta cuando la vinculación entre las empresas reúna ciertas características especiales como el funcionamiento integrado o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la confusión de trabajadores en razón a la prestación de trabajo indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas que no son en términos formales los empleadores del trabajador, la confusión de patrimonios, así como

la búsqueda mediante la configuración de empresas aparentes, es decir, sin sustrato real, de una elusión de responsabilidades laborales. Esto no es otra situación que el fraude.

Posteriormente, en la sentencia TRAGSA<sup>51</sup>, el TS reconoce que existe un desfase entre la normativa vigente en materia de sociedades mercantiles y la realidad económica en materia de grupos de sociedades, señalando que el concepto de grupo patológico se debe reservar a los casos de ocultación o fraude que impliquen una responsabilidad solidaria, pero en los supuestos que no exista fraude u ocultación, se debe hablar de empresa grupo o empresa de grupo.

Según el TS no es suficiente que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar sin más una responsabilidad solidaria respecto a sus obligaciones frente a sus propios trabajadores, al ser personas jurídicas independientes y se requiere la presencia de elementos adicionales, y estudio de la situación concreta de cada caso.

Esta sentencia del TS enumera los elementos adicionales para la existencia de responsabilidad solidaria del grupo de empresas patológico, a saber, el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo, la confusión patrimonial, unidad de caja, la utilización de fraudulenta de la personalidad jurídica mediante la creación de una empresa aparente, el uso abusivo de la dirección unitaria.

Esta corriente jurisprudencial del TS que pone de relieve a los grupos patológicos, supone la aplicación de la doctrina societaria del levantamiento del velo.

---

STS 26-12-2001, rec. 139/2001 ), o de una dirección comercial común ( STS 30-4- 1999, rec. 4003/1998), o de sociedades participadas entre sí ( STS 20-1-2003, rec. 1524/2002 ) no es bastante para el reconocimiento del grupo de empresas a efectos laborales. (...)” (énfasis nuestro).

51 STS de 20 de octubre de 2015, RJ 2015/5210.

En nuestro país no existe normativa laboral de carácter general sobre los grupos de empresas<sup>52</sup> salvo una referencia en aquella que regula a las microempresas, limitada en su ámbito al régimen laboral especial existente en dicho sector<sup>53</sup>.

Lo que abunda son criterios jurisdiccionales que atribuyen responsabilidad solidaria a las empresas que conforman un grupo empresarial sin mayor argumento que la constatación de la pertenencia a grupo empresarial<sup>54</sup>. Así tenemos al Pleno Jurisdiccional Nacional del año 2008 en el cual se acordó que, *“existe solidaridad en las obligaciones laborales no solamente cuando se configuran los supuestos previstos en el artículo 1183º del código civil sino, además en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencia la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores”*.

Luego de lo expresado huelga reiterar que no existe una concepción única de grupo de empresas ni sus efectos laborales. Sin embargo, es importante para la disciplina laboral, a diferencia de la mercantil, ubicar al real empleador. No ocurrirá siempre que el grupo sea el empleador, habrá que determinar en cada caso concreto quien ostenta el poder de dirección. Esto supondrá, la difícil tarea

52 En cambio existen normas en otras disciplinas como la de mercado de valores ( Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución SMV N° 019-2015-SMV/01), o la financiera (Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, Resolución S.B.S. N° 5780-2015), a la cual recurren los Jueces Laborales peruanos cuando conocen casos sobre grupos de empresas.

53 En efecto, el artículo 40º del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente, Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo No. 007-2008-TR excluye de los beneficios previstos en dicha norma para las micro y pequeñas empresas a aquellas que, entre otros casos, conformen un grupo económico que en conjunto no reúnan las características previstas en la norma para permitir el acceso a los beneficios contemplados en ella o tengan vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no cumplan con dichas características. Por su parte el artículo 4º de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo No. 008-2008-TR, considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o jurídica o de un mismo conjunto de personas naturales o jurídicas.

54 En la Casación No. 951-2005-LIMA se atribuyó responsabilidad solidaria a dos empresas basándose en la circulación de trabajadores entre las mismas, laborando de manera subordinada. No bastaba que la primera fuera accionista mayoritaria de la segunda. En la Casación Laboral N° 328-2012 Lima se señaló que la condena al pago solidario opera si se comprueba la existencia de fraude en la contratación de los trabajadores con el ánimo de eludir obligaciones laborales, no siendo suficiente que exista un grupo empresarial. Asimismo, en la Casación No. 10759-2014-LIMA, el Supremo Tribunal imputó solidaridad en el pago de beneficios laborales a empresas de un mismo grupo empresarial en razón a que todas se beneficiaron con los servicios del ex trabajador, no por el solo hecho de pertenecer a un grupo. Lo mismo se ha resuelto en la Casación No. 4871-2015-Lima, entre otras.

de verificar quién posee la “capacidad de decidir sobre el sentido económico de la prestación de trabajo según el plan empresarial”<sup>55</sup>. Advertimos que este ejercicio no es nada sencillo máxime si los grupos van cambiando. Las consecuencias que estas fórmulas de organización empresarial tienen sobre el empleo son evidentes, toda vez que inciden en el incremento del empleo temporal y, por ende en la creación de “trabajadores de segunda categoría” que laboran en condiciones de trabajo inferiores a las que ostenta el personal de la empresa principal. Surgen así grupos de trabajadores de centro y de la periferia, en función a su mayor o menor cercanía al núcleo de la empresa.

El abordaje de la problemática de los grupos de empresa en nuestro ordenamiento no ha sido sesudo sino meramente superficial, fijando una regla de responsabilidad solidaria pero sin ir más allá, omitiendo cualquier planteamiento de empleador plural que fomentaría especialmente el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los trabajadores de la empresa principal.

### 3. PLATAFORMAS DE SERVICIOS Y RELACIONES LABORALES 4.0

La irrupción tecnológica ha impactado aún más en las relaciones laborales llegando a negar su existencia cuando el servicio de una persona natural es prestado a través de plataformas virtuales que ponen en contacto a la oferta y la demanda. Esta condición es denominada “on demand” o “Gig economy”. La doctrina estadounidense denomina a este nuevo modelo de negocio como “uber economy” o crowdwork offline específico, el cual implica que un servicio clásica o típicamente ejecutado por un trabajador sea asignado hacia un gran número de individuos en forma de llamamiento o convocatoria<sup>56</sup>

Los negocios en los que se presentan estas plataformas de servicios, son entre otros, los siguientes: Uber<sup>57</sup>, Cabify<sup>58</sup> (transporte de pasajeros), Glovo<sup>59</sup> (reparto

55 ARCE “La circulación...” op.cit p. 84-85.

56 TODOLI SIGNES Adrián. El Impacto de la ‘Uber Economy’ en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo (Uber Economy Impact on the Industrial Relationships: The Effect of the Virtual Platforms on the Employment Contract Concept). IUS Labor). Diciembre de 2015. Acceso el 10 de julio de 2021. En : <https://ssrn.com/abstract=2705538>. p. 3.

57 <https://www.uber.com/>

58 <https://cabify.com/es>

59 <https://glovoapp.com/>

de comida, servicio de courier), Uber eats<sup>60</sup> (reparto de comida), Rappi<sup>61</sup> (reparto de comida, correspondencia, bienes en general). Deliveroo<sup>62</sup> (reparto de comida), FlyCleaners<sup>63</sup> (lavandería), Sharing academy<sup>64</sup> (profesores particulares), entre otros casos, algunos de los cuales se encuentran en nuestro país y otros aún no. Conviene precisar que cuando el cliente recurre a estas plataformas de servicios lo hace en busca de recibir un servicio específico como el transporte, enseñanza o reparto de comida, y esto es importante pues al dedicarse a una actividad concreta, las plataformas tienen un mayor control sobre sus trabajadores, o prestadores de servicios, en este caso<sup>65</sup>. Se valora mucho al cliente, por lo que se pide al finalizar el servicio que se califique al proveedor, pudiendo en muchos casos dejar de asignar servicios a quienes obtengan una puntuación baja.

Un ejemplo mundialmente conocido, y utilizado, de la plataforma de servicios es Uber. Dicha empresa opera a través de una plataforma virtual mediante la cual las personas obtienen servicios de transporte de pasajeros. Cualquier usuario, mediante un aplicativo móvil (*app*) gratuito puede acceder automáticamente al conductor Uber más cercano y solicitar el servicio. El GPS es el sistema empleado para enlazar al usuario con el conductor. Es importante advertir que Uber no posee automóviles ni contrata choferes. Los conductores que se inscriben en la aplicación deben superar con éxito el proceso de admisión, el cual incluye presentar su licencia de conducir, registro del vehículo y seguro. Uber requiere al conductor que el vehículo que se utilice sea de menos de 10 años de antigüedad. Inclusive para prestar servicios en la categoría Uber Black se piden vehículos de alta gama. El costo del servicio viene fijado por Uber, por lo que el pasajero ni el conductor pueden negociarlas. Uber obtiene sus beneficios por cada viaje realizado donde cobra entre 10 y el 20% de cada transacción. Los clientes pueden evaluar al conductor y estas evaluaciones son públicas para el resto de aquellos.

Si el conductor obtiene evaluaciones negativas, Uber puede deshabilitarle el acceso a la aplicación. El conductor tiene la potestad de determinar si presta o el servicio o no, pudiendo inclusive negarse a tomar algunos viajes, con la

60 <https://www.ubereats.com/en-US/>

61 <https://www.rappi.com/>

62 <https://deliveroo.co.uk/>

63 <http://flycleaners.com/>

64 <https://sharingacademy.com/en/>

65 TODOLI, op.cit. p. 4.

única excepción de que si acepta brindar el servicio no puede luego retractarse. Si el conductor no presta servicios por un periodo de tiempo, Uber lo desactiva, pudiendo este retornar a través de una nueva solicitud. Uber recomienda a los conductores vestir de manera apropiada, abrir la puerta de su cliente para que entre en el vehículo y que tenga preparado un paraguas en caso de lluvia. Adicionalmente, el conductor debe proveerse del vehículo, asumir gastos de gasolina, seguro vehicular, entre otros.

La pregunta que surge en este caso, y en todos aquellos en los que nos encontramos ante plataformas de servicios es si la actividad que realizan los “proveedores” es autónoma o debe considerarse como subordinada y por ende laboral. Y por ende, si el aplicativo sería considerado como empleador. El paradigma clásico para determinar la existencia de una relación laboral no resulta en absoluto aplicable a esta actividad.

En efecto, como lo manifestaban Ermida y Álvarez en un muy interesante trabajo hace dos décadas, *“las nuevas formas de organización del trabajo son recurrentemente mencionadas como (...) causa de cuestionamiento de la subordinación jurídica como criterio determinante de la existencia de un contrato o relación de trabajo y, consecuentemente, de la aplicación del Derecho Laboral (...)”*<sup>66</sup>. ¿Cómo queda entonces la subordinación como indicio de laboralidad por excelencia ante estas nuevas formas de prestación de servicios aparentemente autónomas como las ya mencionadas? Los mismos autores sostienen una tesis vigente en la actualidad: *“la validez de la subordinación como uno de los criterios determinantes de la aplicación de la tutela laboral clásica, a condición de que aquella sea interpretada con amplitud, agresividad y creatividad, de modo de alcanzar las hipótesis de simulación, irrealidad y fuga”*<sup>67</sup>

Esto supondrá emplear elementos adicionales para realizar el análisis de laboralidad de estos modelos de negocios, recurriendo por ejemplo a la ajenidad, dependencia económica, inserción en organización empresarial, entre otros. Estos elementos son denominados por la doctrina como rasgos sintomáticos de la relación laboral, definiéndose a los mismos como *“un conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quién efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un*

66 ERMIDA URIARTE Oscar y Hernández Álvarez, Oscar Crítica de la subordinación. Ius Et Veritas Lima. 2002. p. 286.

67 Ibid. p. 295.

*vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer*<sup>68</sup>. Desde luego, los rasgos que se apliquen a los servicios prestados mediante plataformas deben superar a aquellos que tradicionalmente han sido empleados para determinar la existencia de una relación laboral pues pueden no resultar aplicables.

Así lo entendió un pronunciamiento en primera instancia recaído en el caso Uber<sup>69</sup>, confirmado por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017 y luego por la Corte Suprema en febrero de 2021, emplea indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber del Reino Unido poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados cabe resaltar al hecho que los choferes conducen debajo una marca ajena y que además Uber publicita a su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes); la imposibilidad de los conductores de crecimiento en su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes; la plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio; Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato. La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30,000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma<sup>70</sup>.

A partir de estos nuevos indicios la judicatura del Reino Unido considera que Uber posee una relación laboral con sus conductores.

Otros indicios de laboralidad empleados por la jurisprudencia comparada son la existencia de un proceso de selección previo al registro del proveedor en la plataforma digital de acuerdo con los criterios de la propietaria de dicha plataforma; libertad del autónomo para aceptar o rechazar el encargo dentro de la plataforma

68 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El contrato de locación de servicios. Frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Lima. Gaceta Jurídica. 2000. pp. 115 y ss.

69 Mr. Y Aslam, Mr. J Farrar and Others -V- Uber. 28 October 2016. Case Numbers: 2202551/2015 & Others. Recuperado el 28/12/2018 de: <<https://www.judiciary.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>>.

70 Recuperado el 10/0/2021 de: <<https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>>.

digital donde figura como “disponible” para prestar el servicio; inexistencia de organización empresarial de los usuarios (autónomos), siendo irrelevante en ocasiones la aportación del propio vehículo para la prestación del servicio cuando éste no tiene la importancia suficiente; asistencia “de un modo regular y continuado” a un lugar determinado por la plataforma para prestar el servicio por parte del usuario, así como la habitualidad o continuidad en la prestación de los servicios; establecimiento de rutas y horarios en algunos casos; existencia de códigos de comportamiento para la prestación y calidad del servicio; instrucciones para la ejecución y organización de los servicios de acuerdo con procedimientos preestablecidos por la plataforma; sistema de valoraciones del cliente respecto al servicio prestado y posible desconexión de la plataforma en caso de evaluación negativa<sup>71</sup>.

En nuestro país no existe a la fecha normativa alguna que considere al aplicativo como el empleador de los prestadores de servicios autónomos. Más allá de un informe de una comisión convocada por el Ministerio de Trabajo o de algún proyecto de ley del Congreso que se limita a importar una realidad distinta a la nuestra, no han existido avances. Esta indefinición perjudica al trabajador (o prestador de servicios), por lo que este tema debería ser abordado. El Consejo Nacional de Trabajo, que es nuestro punto de encuentro para el diálogo social entre los actores laborales, debería ponerlo en agenda en un lapso no muy prolongado. Si bien en nuestro país la informalidad es una mochila pesada que cargamos desde hace muchos años y se ha incrementado por los estragos en la economía nacional generados por el impacto de la pandemia del COVID-19 y las medidas gubernamentales orientadas a evitar su propagación que se implantaron desde inicios del año 2020, este tema es distinto pues los aplicativos son formales.

El tema merece una toma de posición derivada del diálogo de ambas partes (trabajadores, aplicativos) con participación del Estado, para buscar un punto de equilibrio sin imponer medidas pues esto último a la larga puede terminar perjudicando a los consumidores. No perdamos de vista que el uso de los aplicativos se ha incrementado exponencialmente durante la pandemia y seguramente mantendrá un nivel mucho más alto que el período previo a la misma en los próximos años.

---

71 Recuperado el 10/07/2021 de: <[https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/08/03/legal/1501757881\\_175784.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/08/03/legal/1501757881_175784.html)>.

La presencia de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC), además de permitir la “huida del empleador” también fortalece al existente al incrementar su poder de vigilancia y control, generando el riesgo de una posible extralimitación de las facultades del empleador que tenga como efecto la invasión de espacios de privacidad del trabajador hasta hacerlo totalmente “transparente”<sup>72</sup>.

Como lo afirma la doctrina, la inserción de las TIC en el mundo del trabajo supone una paradoja, pues por un lado se amplía la autonomía del trabajador para organizarse y desarrollarse de mejor modo, pero otro lado, “(...) se asiste a nuevas herramientas de control a disposición del empleador, que ponen frente a nuevos riesgos en el plano del ejercicio de sus derechos fundamentales, como la intimidad o la vida privada (...)”<sup>73</sup>.

En esa medida, si bien el establecimiento de estas herramientas para optimizar la organización empresarial y cumplir con las medidas sanitarias respectivas es sin duda alguna muy provechosa para fines de productividad y evitar en la actualidad mayores situaciones de contagio del COVID-19, la necesidad de control por parte del empleador, propia de su poder directivo, puede ocasionar implicancias de índole constitucional-laboral, en las que los derechos fundamentales laborales surgen como límite al ejercicio del poder directriz empresarial, que también posee fundamento constitucional en el derecho a la libertad de empresa<sup>74</sup>. Nuestro ordenamiento reconoce a estos derechos en la Constitución<sup>75</sup>, habiéndose emitido regulación infraconstitucional sobre el derecho a la protección de los datos personales, así como una directiva del Ministerio de Justicia sobre videovigilancia laboral<sup>76</sup>. La potestad de acceso al correo electró-

72 CORREA CASTRO, M. El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía. Albacete. Editorial Bomarzo. Junio 2019. p. 69.

73 Ugarte Cataldo, Jose Luis. El nuevo derecho del trabajo. Santiago. Legal Publishing. 2011. p. 176.

74 Artículo 59 de la Constitución Política de 1993.

75 El artículo 23 de la Constitución Política vigente señala que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Asimismo, en su artículo 2 inciso 7 recoge al derecho a la intimidad, a la imagen, en su inciso 6 a la protección de datos personales, en su inciso 10 al secreto de las comunicaciones, entre otros. No perdamos de vista que la lista de derechos enumerada en la Constitución no es una lista cerrada pues, “(...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (...)”.

76 Mediante Resolución Directoral No. 02-2020-JUS/DGTAIPD, la Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de la Dirección de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia, aprobó la Directiva denominada “Tra-

nico laboral asignado al trabajador por parte del empleador ha sido tratada en diversos pronunciamientos judiciales.

En términos generales, existen herramientas jurídicas para lograr un equilibrio entre los derechos laborales y la libertad de empresa, aunque muchas veces las situaciones de tensión tengan que ser resueltas por el Poder Judicial. Esta discusión no constituye un tema zanjado, por lo que seguramente se seguirá tratando en el futuro.

#### 4. CONCLUSIONES

El empleador clásico o tradicional se encuentra en franco proceso de desaparición. Como se ha reflexionado en los párrafos previos, la persona natural que ocupaba la posición de empleador, que dirigía y supervisaba personalmente a sus trabajadores prácticamente no existe. Hoy tenemos esquemas de empleadores complejos o plurales (redes empresariales, grupos de empresas), ausencia de empleador (plataforma de servicios), y quién sabe más adelante a un software como empleador.

Las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han venido a revolucionar el sistema de relaciones laborales tal cual lo conocemos, desde el uso de herramientas para facilitar la actividad laboral como las computadoras, los teléfonos inteligentes, el internet, hasta la nueva configuración de las relaciones de trabajo con la presencia de la Inteligencia Artificial (AI)<sup>77</sup> en el análisis de entrevistas de trabajo o en la ejecución del mismo prescindiendo de los seres humanos mediante los *cobots*<sup>78</sup> y el *chatbot*<sup>79</sup>, entre otros.

---

tamiento de Datos Personales mediante sistemas de videovigilancia.

77 MOORE, P. (s.a.) Inteligencia artificial en el entorno laboral. Desafíos para los trabajadores. En: BBVA OPENMIND. El trabajo en la era de los datos, pp. 3-14. Recuperado el 14 de julio de 2021 de: <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2019/11/BBVA-OpenMind-Phoebe-V-Moore-Inteligencia-artificial-en-entorno-laboral-Desafios-para-trabajadores.pdf>.

78 Los cobots son robots diseñados para trabajar con personas, pudiendo interactuar con ellas y programarse previamente o en tiempo real de una forma muy sencilla, sin necesidad de una alta cualificación o formación previa. Gracias a una interfaz muy intuitiva, tras la integración del robot colaborativo cualquier operario puede enseñarle los pasos a seguir en solo unos minutos. Además, tienen un diseño ligero y compacto, con varios ejes articulados y una gran flexibilidad, que permite su fácil integración en talleres, almacenes y laboratorios, incluso en espacios reducidos. Definición tomada de <https://cadecobots.com/que-es-un-cobot/>. Fecha de acceso 14 de setiembre de 2020.

79 El chatbot una herramienta tecnológica capaz de resolver un elevado porcentaje de consultas básicas propias de los servicios de atención al cliente.

La figura del empleador, como centro de imputación de obligaciones laborales y titular de facultades también se ve impactada. Su determinación resulta siempre fundamental en razón a su rol de contraparte del trabajador en la relación laboral, la cual requerirá un análisis distinto, dejando de lado viejas teorías sobre la subordinación para pasar a aplicar nociones modernas que se ajusten a los nuevos tiempos. Pretender abordar a la cambiante configuración jurídica del empleador con nociones anacrónicas genera un riesgo de desprotección laboral, en tanto el centro del Derecho del Trabajador se verá desprovisto de tutela al negar la existencia de su contraparte en situaciones atípicas en las que a simple vista no se ubique al real empleador (redes empresariales, subcontratación) o de plano se rechace la laboralidad de una determinada relación jurídica (plataformas de servicios).

Cada situación es sin duda distinta y requiere un abordaje diferente pues no podemos formular premisas que invaliden un contrato de tercerización o la vinculación mediante un aplicativo so pretexto de tutelar al trabajador pues ambas figuras se fundamentan en el derecho a la libertad de empresa que también posee respaldo constitucional. Sin embargo, recordemos que este derecho no se ejerce de manera ilimitada, sino que por el contrario encuentra a los derechos laborales como freno, en particular al derecho al trabajo, cuando se trata de situaciones de fraude laboral.

En suma, la tarea del Juez o de la autoridad inspectiva resulta compleja, pues se exigirá una adecuada fundamentación que permita desmontar una relación formalmente civil o mercantil que se estructure a partir de la subcontratación, de los grupos de empresas, plataformas de servicios, entre otros estudiados en esta ponencia, para detectar al empleador y atribuirle la responsabilidad por los derechos de los trabajadores involucrados en estas figuras jurídicas.