



Jorge Toyama Miyagusuku^(*)

Reflexiones sobre los **sujetos de la relación laboral**^(**)

“LA FINALIDAD DE DESCRIBIR UNA TIPOLOGÍA DE LOS TRABAJADORES NO SOLO DENOTA UN AFÁN ACADÉMICO CON OBJETIVOS PEDAGÓGICOS, SINO TAMBIÉN VERIFICAR CIERTAS SITUACIONES ESPECIALES QUE PERMITAN PROVEER A LOS TRABAJADORES INCURSOS EN ESTAS, DE REGLAS ESPECÍFICAS, ADECUADAS Y NECESARIAS QUE FACILITEN UN TRATAMIENTO NORMATIVO DIFERENCIADO Y ESPECIAL RESPECTO DE LA LEGISLACIÓN QUE RECAE SOBRE UN TRABAJADOR.”

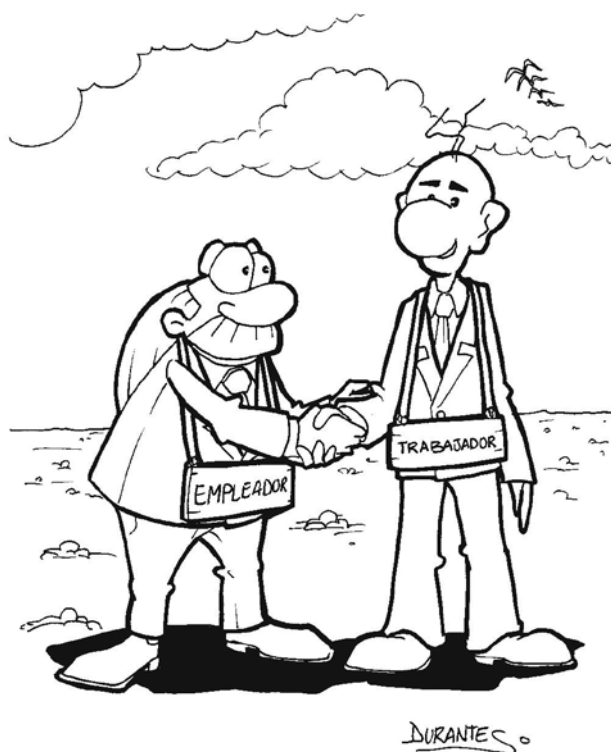
La normativa laboral peruana no ha definido ni desarrollado las características de las partes o sujetos de una relación laboral⁽¹⁾ a pesar de la importancia que tiene una regulación de este tema.

Esta importancia radica en identificar a los sujetos que hacen posible la relación laboral sin dejar de reconocer la trascendencia de la naturaleza de los mismos pues cada vez resulta más complicado reconocer a una de estas partes -por los nuevos fenómenos empresariales, los sistemas económicos, el avance del trabajo autónomo, etcétera- para que la legislación laboral pueda brindarles la tutela adecuada en su desenvolvimiento dentro del mundo laboral.

No obstante la escasa regulación laboral, intentaremos brindar alcances sobre tales conceptos identificando, por una parte, algunos de los distintos tipos de los sujetos en virtud de la diversas características que pueden presentar y, por otra parte, las situaciones que hacen cada vez más complicado reconocerlos. Asimismo, detallaremos una clasificación sobre los tipos de trabajador y empleador, así como los diversos efectos legales que se derivan de la clasificación apoyándonos tanto en la doctrina como la jurisprudencia pertinente.

(*) Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en CENTRUM Católica, la escuela de negocios de la Pontificia Universidad Católica del Perú; en la Escuela de Administración de Negocios para Graduados (ESAN) y en la Universidad de Piura (UDEP). Co Director de la Revista Soluciones Laborales. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Agradecemos a Diana Arciniega y Manuel De Lama por el apoyo en la preparación de este artículo.



“EL CENTRO DE LABORES SE IDENTIFICARÁ CON LA MISMA EMPRESA, NO OBSTANTE LA EXISTENCIA DE AUTONOMÍA DE PRODUCCIÓN DESDE EL PUNTO DE VISTA ORGANIZATIVO EMPRESARIAL COMO CARACTERÍSTICA DEL CENTRO DE TRABAJO, LO QUE NO SIGNIFICA QUE LA DEPENDENCIA ECONÓMICA Y JURÍDICA NO SE MANTENGA RESPECTO DE LA EMPRESA MISMA.”

1. El trabajador

En nuestro país no existe una norma general que nos brinde un alcance de la definición del trabajador tal como lo hace,

por ejemplo, la legislación laboral española en el artículo 1, inciso 1 del Estatuto de los Trabajadores⁽²⁾. No obstante, a lo largo de los primeros artículos de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL) podemos encontrar ciertos elementos que coinciden con los que la ley española atribuye para definir al trabajador⁽³⁾.

- (1) La única referencia que realiza el legislador peruano es determinar que los alcances de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) alcanzan solo a las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada:
Artículo 3.-
El ámbito de aplicación de la presente Ley comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.
- (2) Al respecto se indica:
Artículo 1.- Ámbito de aplicación
1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.
- (3) Aunque la norma general laboral peruana (léase LPCL) no proporcione una definición del trabajador, el Decreto Supremo 018-2007-TR (norma que establece las disposiciones relativas al uso del documento llamado planilla electrónica) sí lo hace, mas no con la debida suficiencia.
Artículo 1.- Definiciones.
Para efectos de esta norma se entenderá por trabajador:
(...)
b) Persona natural que presta servicios a un empleador bajo relación de subordinación, sujeto a cualquier régimen laboral, cualquiera sea la modalidad del contrato de trabajo. En el caso de sector público, abarca a todo trabajador, servidor o funcionario público, bajo cualquier régimen laboral.



Jorge Toyama Miyagusuku

En este sentido tenemos que un trabajador, atendiendo a una interpretación de los artículos correspondientes de la LPCL (artículos 4, 5, 6 y 9) es todo aquel sujeto que se compromete a prestar personal y directamente sus servicios a favor de un empresario y a cambio de una remuneración, en un régimen de ajenidad y bajo la dirección jurídica de este último⁽⁴⁾. De esta manera, se puede observar que la LPCL menciona los elementos que sirven para identificar cuándo nos encontramos ante una verdadera relación laboral.

El primero de estos elementos, la prestación personal, implica que el trabajador es quien presta personalmente servicios a favor del empleador. Sin embargo, esto no enerva el hecho de que por la misma naturaleza de la labor, el trabajador pueda auxiliarse de familiares directos (como esposa e hijos) que dependan directamente de él, siempre que se trate del trabajo a domicilio, en concordancia con el artículo 5⁽⁵⁾ de la LPCL. De esta manera, este elemento nos lleva a la conclusión, dado el carácter personal propio de la relación laboral, que el único que puede prestar un servicio de manera personal y directa es el ser humano.

El segundo elemento, la subordinación, fue definida por Ludovico Barassi en 1901 como “la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directivo y de control del empleador”. Este elemento supone la sujeción del trabajador al poder directriz del empleador lo que acarrea la facultad de este último de organizar y dirigir la actividad del trabajador, así como fiscalizar el cumplimiento de sus directivas y sancionar su actividad cuando éste incurra en falta⁽⁶⁾. Esta subordinación no implica que el empleador deba dirigir constante y efectivamente la actividad del trabajador sino que, más bien, supone que aquel mantenga la posibilidad de dirigir la labor

del trabajador y que éste se encuentre en la obligación de acatar sus órdenes⁽⁷⁾.

El último elemento, la remuneración, supone que el trabajador reciba una contraprestación en virtud de la puesta a disposición de sus servicios al empleador. Esto no supone que la remuneración sea efectivamente pagada al trabajador, sino que se halla pactado un pago por la labor realizada.

No obstante la existencia de estos tres componentes, creemos que los elementos adicionales de la voluntariedad y la ajenidad, no presentes en nuestra normativa laboral pero sí atendidos por la previamente mencionada legislación española, terminan de completar la definición de trabajador.

Queremos al respecto detallar un poco los alcances sobre lo que significa la voluntariedad y el carácter personal de la labor prestada por un trabajador, dado que ya hemos hablado previamente sobre los otros elementos que caracterizan los servicios prestados por un trabajador.

En primer lugar debemos tener en cuenta que cuando una persona realiza una prestación de servicios de forma libre y voluntaria no quiere decir sino que tales labores responden a la celebración de un acuerdo, un pacto entre el trabajador y su empleador. En otras palabras,

(4) Un texto ineludible sobre los elementos esenciales de la relación laboral ha sido elaborado por el Profesor Javier Neves. NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2008.

(5) Artículo 5.-

Los servicios por ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

(6) Para mayor detalle, véase: ERMIDA URIARTE, Oscar y Oscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ. *Crítica de la Subordinación*. En: IUS ET VERITAS, año 13, número 25. Lima, noviembre, 2002. pp. 281-295.

(7) Al respecto, como bien señala De la Villa Gil, para el área del trabajo dependiente, lo decisivo seguirá siendo la sujeción del trabajador al poder de organización y dirección del empleador y, sobre todo, a su poder disciplinario, careciendo de trascendencia jurídica el hecho de que el trabajador reciba pocas órdenes o instrucciones, directas o indirectas, personales o digitales, etcétera. Para mayor detalle, véase: DE LA VILLA GIL, Luis. *El concepto de trabajador*. En: Autores varios. *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. Aranzadi Civitas, 2000. p. 59.



un trabajador se obliga a prestar sus servicios en tanto ha consentido, ha acordado libremente con su empleador a realizarlos a cambio de una contraprestación (remuneración), es decir, no ha sido compelido, coaccionado u obligado a llevarlos a cabo. Tan importante resulta este carácter que tiene hasta reconocimiento constitucional. Así nuestra Carta Magna lo prevé en el último párrafo de su artículo 23⁽⁸⁾. Por su parte, el carácter personal de las labores prestadas por el trabajador supone que este último sea una persona física o natural, no jurídica, un sujeto o individuo concreto y no una organización de ellos.

En este orden de ideas la labor que preste una persona y que no contenga todos los caracteres que hemos venido señalando no califica a su prestador como trabajador. Así tenemos que, por ejemplo, las labores a título de amistad, benevolencia o buena vecindad no califican como trabajos prestados en función a la celebración de un contrato de trabajo (falta el carácter remunerativo de la labor), así como también el llamado trabajo familiar (aquí las labores no se desarrollan en un régimen de afinidad ni de subordinación jurídica), etcétera.

Seguidamente abordaremos brevemente la tipología del trabajador de acuerdo a criterios como la edad, el sexo, la nacionalidad, etcétera.

1.1. Tipología: finalidad

La finalidad de describir una tipología de los trabajadores no solo denota un afán académico con objetivos pedagógicos, sino también verificar ciertas situaciones especiales que permitan proveer a los trabajadores incursos en estas, de reglas específicas, adecuadas y necesarias que faciliten un tratamiento normativo diferenciado y especial respecto de la legislación que recae sobre un trabajador.

En esta línea describiremos ciertas pautas respecto a los criterios que normalmente sirven para establecer una regulación especial

para ciertas clases de trabajadores; de este modo atenderemos a la edad del trabajador, a su sexo, lugar en el que realiza sus labores, nacionalidad y a la calificación profesional como circunstancias justificantes de un especial tratamiento normativo de los trabajadores que se encuentran insertos en estas.

1.1.1. La edad

Nuestra normativa civil⁽⁹⁾ establece que la edad que determina la plena capacidad de obrar o de ejercicio de una persona es de 18 años de edad, a partir de este momento entonces se alcanza la plena capacidad de ejercicio. Por tanto, la persona que alcanza tal edad puede celebrar cualquier tipo de acto jurídico, ergo, suscribir un contrato de trabajo. No obstante se puede verificar que en nuestro país, como en la mayoría de las legislaciones nacionales, se permite, incluso constitucionalmente⁽¹⁰⁾, que menores de edad ingresen a formar parte del mercado laboral.

Si bien nuestra legislación permite la actividad laboral de menores de edad, es cierto también que ella debe atender a ciertos criterios que procuran un trato especial del trabajo del adolescente atendiendo, en primer lugar, a que un menor de edad aún no alcanza la plena capacidad de ejercicio que le provea los elementos necesarios para desarrollar sus labores, a que se procura que el adolescente trabajador prosiga con sus estudios básicos y que su salud e integridad física no se vean afectadas.

En este sentido, por ejemplo, una de las leyes que regulan el trabajo del adolescente, Código

(8) Artículo 23.-
(...)

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o *sin su libre consentimiento*.

(9) Artículo 42.- Plena capacidad de ejercicio:

Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

(10) Artículo 23.-

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.



Jorge Toyama Miyagusuku

de los Niños y Adolescentes determina que ninguna persona menor de 12 años puede laborar⁽¹¹⁾, que el adolescente que trabaja debe estar autorizado por sus padres o responsables que habiten con él⁽¹²⁾, que el trabajo a realizar no impida la asistencia regular a la escuela, que se encuentre capacitado física y emocionalmente para la labor a realizar y que no sea admitido sin tener la autorización correspondiente⁽¹³⁾, que el adolescente no puede realizar labores de riesgo (manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas, trabajo en el subsuelo)⁽¹⁴⁾, entre otras peculiaridades.

Asimismo, y sin perjuicio de lo anteriormente anotado, la edad también limita la posibilidad de celebrar contratos de carácter semi laboral referidos a la formación laboral de adolescentes (la capacitación laboral juvenil por ejemplo puede ser pactada con jóvenes desde los 16 hasta los 23 años de edad) y también sirve para facilitar el paso al retiro o jubilación de los trabajadores en actividad (como los casos de la jubilaciones adelantada o de la automática a los 70 años⁽¹⁵⁾).

1.1.2. El sexo

El tema del sexo como elemento subjetivo del trabajador ha venido siendo de especial atención desde los albores del Derecho Laboral dado que la explotación de la que eran objeto las mujeres, al igual que los niños⁽¹⁶⁾, motivaron a los legisladores de antaño a prohibir ciertos tipos de trabajos en los que las

mujeres no podían participar o establecer normas extremas a favor de mujeres: labores peligrosas y/o nocivas, trabajos nocturnos, labores en el subsuelo, jubilación a una menor edad, obligación de brindar un “banquito” para que puedan descansar, entre otras; inclusive es preciso decir que la OIT elaboró ciertos convenios sobre el trabajo que podría realizar la mujer, en esta línea se dirigen los Convenios 89 y 45, por ejemplo.

Actualmente, las actividades laborales negadas a las mujeres se han reducido considerablemente atendiendo a que las igualdades de condiciones de acceder y permanecer a un puesto de trabajo son en general las mismas para personas de ambos sexos. En este orden de ideas poner trabas u objeciones para acceder o mantener un puesto de trabajo atendiendo sólo al sexo de un trabajador, sin caer en cuenta de otro criterio razonable u objetivo, significaría desconocer la igualdad de todas las personas predicada por la misma Constitución y sucumbir en la discriminación por razón de sexo prohibida por nuestra norma suprema⁽¹⁷⁾.

(11) Interpretación derivada del artículo 51 de la Ley 27337, Código de los Niños y Adolescentes.

(12) Artículo 51.-
(...)

Se presume que los adolescentes están autorizados por sus padres o responsables para trabajar cuando habiten con ellos, salvo manifestación expresa en contrario de los mismos.

(13) Artículo 54.- Autorización

Son requisitos para otorgar autorización para el trabajo de adolescentes: a) Que el trabajo no perturbe la asistencia regular a la escuela; b) Que el certificado médico acredite la capacidad física, mental y emocional del adolescente para realizar las labores. Este certificado será expedido gratuitamente por los servicios médicos del Sector Salud o de la Seguridad Social; y c) Que ningún adolescente sea admitido al trabajo sin la debida autorización.

(14) Artículo 58.- Trabajos prohibidos

Se prohíbe el trabajo de los adolescentes en subsuelo, en labores que conlleven la manipulación de pesos excesivos o de sustancias tóxicas y en actividades en las que su seguridad o la de otras personas esté bajo su responsabilidad.

(15) Este tipo de jubilación (la automática al cumplir los 70 años de edad) ha sido cuestionada por la doctrina e incluso hay cierta jurisprudencia constitucional que ha declarado fundadas las acciones de amparo presentadas por algunos profesores universitarios que han sido cesados por alcanzar los 70 años de edad, al igual que diplomáticos. Al respecto pueden verse las sentencias que resuelven los expedientes 594-1999-AA/TC, 1485-2001-AA/TC y 3572-2005-PA/TC.

(16) Para mayor detalle, véase: MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, y Joaquín GARCÍA MURCIA. *Derecho del Trabajo*. 7ma edición. Madrid: Tecnos, 1998. p. 70.

(17) Artículo 2.- Toda persona tiene derecho
(...)



No obstante lo anotado en el párrafo anterior el sexo podría operar como elemento determinante para brindar una tutela específica a favor de la mujer; así lo han considerado las normas que desarrollan el precepto constitucional recogido en el primer párrafo del artículo 23 de nuestra Carta Política dado que el estado de gestación de una mujer y su situación de maternidad se configuran como situaciones objetivas y justificantes de un tratamiento especial a la mujer trabajadora que se encuentra en tales situaciones.

En esta línea la protección de la madre trabajadora se ha regulado mediante la Ley 28048, Ley de Protección a Favor de la Mujer Gestante que Realiza Labores que Pongan en Riesgo su Salud y/o el Desarrollo Normal del Embrión y el Feto y su reglamento dado por el Decreto Supremo 009-2004-TR. Del mismo modo, la Ley 26644 precisa el goce del derecho de descanso prenatal y postnatal de la trabajadora gestante. De igual manera, la legislación prevé la famosa “hora de lactancia” (Ley 27240) hasta el año desde el nacimiento del menor a favor de la mujer. Las normas apuntan a concentrar la responsabilidad familiar en la mujer cuando deberían regular sobre la responsabilidad familiar: los padres deberían decidir los niveles de responsabilidad y solicitar las suspensiones laborales que mejor estimen para atender al menor (pudiendo ser en el padre, la madre o distribuida entre ambos). Al final, este tipo de tratamiento diferenciado termina por perjudicar el acceso al empleo de las mujeres en tanto son las únicas que tienen la suspensión de la relación laboral retribuida por razón de maternidad.

Mención especial requiere la norma que sanciona con la nulidad del despido, y la consecuente reinstalación de la despedida, aquel cese que haya sido efectuado con ocasión del estado de gestación de una trabajadora, así lo expresa el artículo 29 de la LPCL: “Es nulo el despido que tenga por motivo: (...) e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador

“LAS TENDENCIAS GLOBALIZADORAS HAN PROVOCADO QUE LA FIGURA DEL EMPLEADOR SE PRESENTE DE DIVERSAS MANIFESTACIONES. COMO RESULTADO, EL TRABAJADOR NO SIEMPRE LABORARÁ PARA LA EMPRESA QUE LO CONTRATÓ O EN EL CENTRO DE TRABAJO DE LA PROPIA EMPRESA, CREÁNDOSE DE ESTA MANERA UNA CONFUSIÓN SOBRE LA FIGURA DEL EMPLEADOR.”

de despedir por causa justa”. Así las cosas, la maternidad termina siendo el supuesto de mayor tutela que merece un despido en el Perú, por encima de un despido incausado o inclusive sindical.

Por otra parte, también resulta preciso expresar que en ciertas ocasiones el sexo de una persona condiciona el acceso a ciertos puestos de trabajo, es el caso, por ejemplo, cuando se realiza la convocatoria específica para actrices o actores para que desempeñen papeles femeninos o masculinos en una obra de teatro o telenovela. En este caso, la discriminación aplicada es válida pues el mismo puesto de trabajo y las necesidades de la empresa así lo justifican.

1.1.3. El lugar de trabajo (el trabajo a domicilio y el teletrabajo)

Normalmente cuando se piensa en el lugar de trabajo de una persona, lo primero que viene a nuestra mente es que aquel se encuentra en su centro de labores, es decir en las instalaciones de la empresa para la que

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.



Jorge Toyama Miyagusuku

labora. Sin embargo el ámbito físico en el cual un trabajador puede prestar sus servicios en favor de su empleador puede trasladarse, en ciertos casos, al mismo domicilio de aquel o en algún otro lugar escogido por él.

La situación descrita determina la singularidad del llamado trabajo a domicilio el cual se define como aquel que se desarrolla, continua o temporalmente, en el domicilio del trabajador o en cualquier otro ámbito escogido por él mismo. He aquí la nota determinante y exclusiva que caracteriza el trabajo a domicilio.

Como ya se habrá podido advertir, el hecho de que el trabajador no se encuentre laborando en las instalaciones de la empresa empleadora de ninguna forma supone la desaparición de la dependencia o subordinación jurídica que es característica en toda relación laboral ya que lo que sucede en realidad es la limitación, aligeramiento, atenuación de este elemento debido a que desaparece uno de los rasgos más concluyentes para determinar la existencia de una relación laboral: que el trabajador preste su fuerza laboral en los ambientes de la empresa que lo contrató⁽¹⁸⁾.

No encontrarse en el centro de labores implica un factor que hace aún más difícil la tarea de concluir que este tipo de trabajador se encuentra subordinado al poder directivo de su empleador: la ausencia del trabajador complica en sobremanera la supervisión y vigilancia de la labor de este tipo de empleado, su comprensión en el ámbito rector y disciplinario del empresario contratante. Empero, los atisbos y rasgos de laboralidad deberán examinarse en el sentido de que ellos permitan dilucidar finalmente que tales servicios se encuentren bajo el ámbito de la organización y dirección del empleador; en esta línea criterios como la aportación

de los medios de producción por parte del empleador pueden ser la vigilancia mediata de las labores mediante un documento de control de la actividad donde se consigne la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas convenidas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados, la elaboración de controles de calidad, posibilidad de rechazar los trabajos con la pérdida de la retribución acordada por no cumplirse con las directrices brindadas o la reducción de aquella por no cumplirse con el plazo de entrega del producto encomendado, etcétera⁽¹⁹⁾.

La legislación peruana que trata el tema ha establecido, entre otras disposiciones, que el trabajador a domicilio puede ser contratado a plazo determinado o indefinido, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores. Su remuneración se fijará por las partes en el contrato respectivo o por convenio colectivo de darse el caso atendiendo a los criterios de valor hora o tarifa por bien o servicio. Además de la remuneración recibirá una Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, CTS), vacaciones y pago por primero de mayo (Día del Trabajo). El empleador respectivo tendrá que realizar los aportes correspondientes al seguro de salud (el cual no será menor de 9% de la Remuneración Mínima Vital) y de vida (si llega cumplir los 4 años de labores para su empleador) y efectuar las retenciones correspondientes a

- (18) En ese sentido se pronuncia Miñambres Puig cuando indica que la inserción del trabajador en la empresa o en un determinado centro de trabajo no puede hacerse depender de su ubicación espacial, sino de la incorporación efectiva de éste a una unidad organizada de producción. La *pertenencia organizativa* del trabajador no depende, por tanto, del lugar físico donde éste tiene su puesto de trabajo efectivo, esta encuentra, por el contrario, su principal fundamento en el "ámbito de organización y dirección de otra persona. Para mayor información al respecto, véase: MIÑAMBRES PUIG, César. *El centro de trabajo*. En: Autores varios. *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*. Aranzadi Civitas, 2000. p. 144.
- (19) Lamentablemente, nuestra legislación (artículos 87-96 de la LPCL) no ha sido muy desarrollada sobre el tema por la falta de casuística sobre este supuesto. Sin embargo, los rasgos reseñados que caracterizan una relación de trabajo a domicilio han sido encontrados en lo que la doctrina española ha podido recoger de la jurisprudencia desarrollada sobre el tema en España. Al respecto, véase: SAGARDOY & ABOGADOS. *Factbook*. Relaciones Laborales. Navarra: Aranzadi, 2001. pp. 155 y 156.



los aportes por concepto de pensiones de cargo del trabajador y por impuesto a la renta de quinta categoría de darse el caso. De igual manera se le obliga al empleador a llevar un registro de trabajo a domicilio (sustituye al libro de planillas de remuneraciones) autorizado por el Ministerio de Trabajo, cuya copia es entregada al trabajador. El contrato debe celebrarse por escrito y en triplicado entregándose una copia al Ministerio de Trabajo para su registro.

Cabe distinguir el trabajo a domicilio del teletrabajo. El teletrabajo -que, cada vez más, se aprecia un mayor tratamiento por parte de las empresas- está comprendido dentro del régimen laboral general, con la particularidad de que se trata de un sistema flexible que, gracias a la tecnología e informática, permite que el trabajador labore a “distancia”, pero en contacto con la empresa a través de la informática.

1.1.4. La nacionalidad (el sistema especial y restrictivo de extranjeros)

La nacionalidad de un trabajador normalmente no impide que un empleado extranjero tenga los beneficios y derechos laborales que le corresponden a un nacional; sin embargo tal condición puede implicar ciertos límites en la contratación de los nacionales o extranjeros en tanto la legislación laboral procuran que los empleadores, cualquiera que fuera su actividad o nacionalidad, tengan preferencia por contratar a personal nacional⁽²⁰⁾.

Es en esta orientación que se dirigen las condiciones dadas por la legislación nacional para concretar la contratación de

trabajadores extranjeros. En nuestro país, y antes de obtener la respectiva calidad migratoria habilitante, tales limitaciones consisten en dos puntos salvo excepciones puntuales: en el número de trabajadores extranjeros a contratar (20% del total de la plantilla) y en cuanto a la remuneración que percibirán (30% del total de la plantilla)⁽²¹⁾.

Por otro lado, realizada la contratación laboral de un extranjero, la autoridad laboral correspondiente tendrá que revisar si se han respetado las condiciones y formalidades respectivas a tal contratación⁽²²⁾.

Concluyendo, si bien es cierta la admisión de un trabajador extranjero en nuestro país se ciñe a ciertos criterios y requisitos, las condiciones en las que prestan sus labores han de ser semejantes a las de un trabajador nacional al igual que los beneficios laborales predicados de estos últimos. Así, por ejemplo, el trabajador extranjero tendrá derecho a que se le abonen los conceptos que por gratificaciones se pagan en julio y diciembre, CTS, vacaciones, etcétera; así como de ejercitar su derecho a la sindicalización afiliándose a las organizaciones sindicales que considere convenientes, entre otros. Solamente, en concordancia con la preferencia hacia el nacional, los contratos de

(20) En este sentido se expresa el legislador peruano en el artículo 1 del Decreto Legislativo 689:

Artículo 1.-

Los empleadores, cualquiera fuere su actividad o nacionalidad, darán preferencia a la contratación de trabajadores nacionales.

(21) En este caso, la limitación implica que solo el 20% del total de trabajadores pueden ser extranjeros y la retribución del trabajador extranjero no podrá exceder el 30% del total de la planilla de remuneraciones de los trabajadores (artículo 4 del Decreto Legislativo 689).

(22) Artículo 7.-

La solicitud de aprobación de contratos de trabajo y la documentación respectiva, será presentada ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de la jurisdicción donde se encuentre el centro de trabajo. Dicha solicitud contendrá la declaración jurada que el trabajador no se encuentre incurso en las limitaciones del Artículo 4 de la presente Ley. El contrato se considerará aprobado a la presentación de la solicitud, sin perjuicio que la Autoridad Administrativa de Trabajo disponga la realización de una visita de inspección, cuando lo considere conveniente. La Autoridad Administrativa de Trabajo, responsable del trámite, llevará un registro de contratos de trabajo de personal extranjero. La Autoridad Administrativa de Trabajo Regional informará a la sede central del Ministerio de Trabajo y Promoción social sobre los contratos registrados, a fin de contar con un registro nacional.



Jorge Toyama Miyagusuku

trabajo son temporales. Aun cuando no exista una causa para la contratación temporal, los contratos se deben suscribir a plazo fijo hasta por tres años, pero aceptando una renovación sin limitación alguna.

1.1.5. La calificación profesional (los obreros, empleados y los trabajadores especiales -dirección y confianza-)

La calificación de un trabajador como obrero o empleado es cada vez menos frecuente, por no decir casi inexistente. Dicha diferenciación se remonta a los orígenes de la disciplina jurídica laboral en donde se definía como obrero a todo subordinado que realizaba un trabajo manual, operario, que ameritaba un gran despliegue físico para realizar el servicio, mientras que se entendía que un empleado se encargaba de las labores “intelectuales”, administrativas, de “oficina” que no exigían de la “fuerza” física para su ejecución. No obstante, hoy en día no es extraño apreciar que aun en la “jerga” laboral profesional se realiza aún esta distinción la cual no tiene mayor relevancia jurídica⁽²³⁾.

Como ya se mencionó, las legislaciones poco a poco han venido dejando de lado esta diferenciación, empero podemos apreciar que para ciertos casos las normas aún las mantienen. En nuestro país, por ejemplo, para efectos del pago de la prima por el seguro de vida ley, que el empleador tiene que contratar a sus trabajadores a partir de su cuarto año de servicios, aquel debe atender a la calidad de obrero o empleado para saber cuál es el porcentaje que de la remuneración de tales trabajadores debe deducir para hacer efectivo el pago referido⁽²⁴⁾. Prácticamente, actualmente, solo para efectos del seguro de vida ley, se debe diferenciar a los obreros y empleados. Consideramos que se debe modificar esta caduca distinción dado que el riesgo laboral no está supeditado a la condición de obrero o empleado, sino a los niveles de exposición del riesgo.

Sin perjuicio de lo anotado, en este acápite es preciso referirnos a una distinción que resulta gravitante para poder comprender cabalmente ciertas peculiaridades en el tratamiento de

determinados derechos laborales predicados de los llamados trabajadores comunes respecto de los denominados trabajadores de dirección y/o de confianza. Esta clasificación sí resulta relevante por las diferentes consecuencias jurídicas que se derivan de ella.

La calificación de un trabajador como de dirección y/o de confianza supone identificar quienes son aquellos que, por su cargo y función, se encuentran en el alto mando directriz de la empresa, representando al empleador ante los trabajadores (trabajadores de dirección)⁽²⁵⁾ y quiénes son los que, a pesar de no estar a la cabeza de la empresa, mantienen un contacto directo con el alto mando empresarial y ocupan cargos de mediana responsabilidad (trabajadores de confianza)⁽²⁶⁾. Respecto de esta categoría de trabajadores, por las funciones encargadas, los derechos que les son afectados van desde una restringida estabilidad laboral (incluso en los casos en que se les despida incausadamente ya que no tendrían derecho a la reposición como el común de los trabajadores), no sujeción a la jornada máxima laboral, entre otras limitaciones que más adelante se analizarán con mayor detenimiento.

Se encuentra justificada, entonces, la distinción entre estos tipos de trabajadores debido a que los cargos y funciones encomendados ameritan necesariamente que el régimen laboral general tenga en cuenta y aprecie estas circunstancias con el objeto de elaborar los criterios suficientes que le sirvan para regular de forma adecuada y objetiva tales situaciones.

(23) MARTÍN VALVERDE, Antonio, Fermín RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ y Joaquín GARCÍA MURCIA. *Op cit.*; p. 216.

(24) Artículos 1 y 10 del Decreto Legislativo 688.

(25) Léase el primer párrafo del artículo 43 de la LPCL.

(26) Véase el segundo párrafo del artículo 43 de la LPCL.



Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral

El siguiente cuadro resume las consecuencias legales de esta clasificación acerca de las categorías laborales.

Aspectos	La regla	Personal de dirección	Personal de confianza
Sindicalización	Sí	No	Sí (Estatutos)
Período de prueba	3 meses	12 meses	6 meses
Horas extras + DSO + feriados	Sí	No	Si está fiscalizado
Indemnización Vacacional	Sí	No, salvo sujeto a autorización	Sí.
reposición (nulo + incausado): TC	Sí	No	Sí

2. El empleador

Desarrollados ciertos puntos referidos al trabajador como una de las partes de la relación jurídica laboral ha llegado el momento de definir ciertos criterios que giran en torno al concepto de empleador como la otra parte de la relación jurídica de trabajo. Empecemos procurando describir los lineamientos que nos ayuden a definir lo que se entiende por empleador.

Tal como sucede con el trabajador, nuestra ley laboral general no ha definido qué se entiende por empleador, así que seguiremos la misma metodología que la empleada para el trabajador. Lo más cercano que tenemos a ello lo dispone el artículo 9 de la LPCL que encauza el ejercicio del poder de dirección que el empleador ejerce sobre sus trabajadores⁽²⁷⁾.

La norma laboral española, el Estatuto de los Trabajadores, considera como empresario a la contraparte subjetiva del trabajador y lo define como aquella persona física, jurídica o comunidad de bienes que son acreedores de los servicios que los trabajadores le brinden⁽²⁸⁾. En este sentido, no solo una persona física puede contratar laboralmente, sino también una sociedad anónima (persona jurídica) o una sucesión hereditaria (comunidad de bienes), por ejemplo. De esta manera, se puede observar que no importan las características profesionales o personales del empleador, su configuración jurídica en la que resulta indiferente el régimen legal bajo el cual se

(27) Artículo 9.-

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 las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Al respecto, cabe también decir que el Decreto Supremo 018-2007-TR (norma que establece las disposiciones relativas al uso del documento llamado planilla electrónica) también trata de definir al empresario:

Artículo 1.- Definiciones

Para efecto de la presente norma se atenderá por: a) Empleador: 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 027-2001-PCM y normas modificatorias, o cualquier otro ente colectivo, que remuneren a cambio de un servicio prestado bajo relación de subordinación.

(28) Artículo 1.- Ámbito de aplicación:

(...)

2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior (...). El texto sigue mencionando que también son empresarios los que destacan a sus trabajadores a otras empresas usuarias, supuesto que ingresa en el ámbito de la intermediación laboral.



Jorge Toyama Miyagusuku

acoge el empleador (entidades de Derecho Privado o de Derecho Público) o la finalidad misma de la organización. Lo relevante es que aquel sea quien reciba los servicios y que a su vez reúna las características de ajenidad y dependencia⁽²⁹⁾.

Las tendencias globalizadoras han provocado que actualmente la figura del empleador asuma diversas manifestaciones que van desde una simple relación bilateral entre una persona natural frente a otra hasta figuras complejas y de carácter triangular o multilateral (*services* o intermediación laboral, *outsourcing* o tercerización de servicios, subcontratación, grupo de empresas, etcétera), supuestos que pueden confundir al trabajador inmerso en estas situaciones respecto a identificar a su empleador. Como consecuencia de lo descrito no siempre el trabajador laborará en la empresa que lo contrató, es decir, su centro de trabajo no se verá identificado con las instalaciones de la entidad que contrató sus servicios o simplemente la empresa contratante no tiene un espacio físico en el cual podrá desempeñarse por lo que el centro de labores podría ser el mismo domicilio del trabajador, por ejemplo.

La empresa como tal es el núcleo material y humano donde se desarrollan las relaciones de trabajo y donde las partes laborales convienen las condiciones y circunstancias de tiempo, lugar y modo en que se llevará a cabo la prestación personal del servicio⁽³⁰⁾. El centro de trabajo, por su parte, es el escenario físico en donde las relaciones laborales, y particularmente las condiciones de trabajo, se realizan, es en él donde el cuidado y celo por la integridad física y la salud de los empleados deben estar enmarcadas dentro de las normas de seguridad y salud que prevengan o atenúen las contingencias que puedan presentarse⁽³¹⁾. Queda claro que, de acuerdo al riesgo o peligrosidad de las condiciones en las que las labores sean realizadas, las directrices sobre seguridad e higiene en el trabajo, propondrán mayores o menores previsiones y cuidados.

De acuerdo a las dimensiones que tenga la empresa, las unidades menores dentro de ella constituyen los centros de trabajo, en este sentido, una empresa podrá tener uno o varios centros de trabajo. El centro de labores se identificará con la misma empresa, no obstante la existencia de autonomía de producción desde el punto de vista organizativo empresarial como característica del centro de trabajo, lo que no significa que la dependencia económica y jurídica no se mantenga respecto de la empresa misma⁽³²⁾.

Son tales las peculiaridades del actual panorama económico que estas han venido provocando ciertas vicisitudes respecto a cómo realizar la identificación de un empleador que en ciertos casos, por graficar una situación en especial, cuando un trabajador quiera realizar cualquier tipo de reclamo en contra de su empleador, de corte administrativo o judicial, no necesariamente identificará con facilidad al empleador demandado. Por ejemplo, podría suceder que un trabajador de un contratista no sabrá a quien emplazar por sus beneficios sociales, si al encargado del centro de labores a donde ha sido destacado o a la empresa que lo contrató; y es que no resulta extraño que estas situaciones se presenten a menudo.

No resulta ocioso entonces saber diferenciar entre empresa y centro de labores dado que tal distinción tiene también diferentes efectos de acuerdo al ámbito en que se aplicará la norma laboral. En este sentido, por ejemplo,

(29) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Mercado de Trabajo y Contrato de Trabajo*. En: *Compendio de Derecho del Trabajo*. 2da edición. Madrid: Tecnos, 2009. pp. 112-113.

(30) FRANCO IDÁRRAGA, Hernando. *La empresa y el centro de trabajo*. En: *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. 1era. edición. México D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Nacional Autónoma de México, 1997. p. 373.

(31) *Ibid.*

(32) Autores varios. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 501.



Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral

tenemos que en ciertos casos la ley elige como ámbito de su desarrollo al centro de trabajo, como es el caso de las normas de seguridad y salud en el trabajo (Decreto Supremo 009-2005-TR).

2.1. Tipología: sector público y privado. El debate sobre la unificación

Líneas atrás hemos visto que un empleador, a diferencia del trabajador, no necesariamente tiene que ser una persona física, sino que puede serlo una persona jurídica. Atendiendo a ello es que el Estado también es considerado como un empleador. Sin embargo, la Administración Pública, cuando se comporta como empleador, no lo hace en la misma forma en que lo hace un empleador privado; incluso los trabajadores que tienen como empleador al Estado se encuentran sujetos a un régimen especial laboral claramente diferenciado del de la actividad laboral privada.

El régimen laboral público se encuentra regulado básicamente por el Decreto Legislativo 276, su reglamento Decreto Supremo 005-90-PCM y por la Ley Marco del Empleo Público, Ley 28571 y otras normas complementarias, mientras que los trabajadores y empleadores sujetos al régimen de la actividad privada se adscriben a una dispersa legislación laboral que gira en torno de la LPCL, cuyo Texto Único Ordenado se dio con el Decreto Supremo 003-97-TR.

Ambos regímenes, si bien se aplican para diferentes sectores laborales, poseen ciertas características que las asemejan, así como también otras tantas que las distinguen una de la otra. Por ejemplo, los dos regímenes establecen como principios aplicables a las relaciones que regulan pautas como los de la irrenunciabilidad de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la Ley, igualdad de oportunidades, *indubio pro operario*; derechos como las vacaciones, seguridad social, a la sindicalización, entre otros.

Por otro lado, existen criterios sustanciales que mantienen una marcada línea divisoria entre ambos sectores laborales. Así tenemos, por poner un ejemplo, que el acceso al régimen laboral público supone la sucesión de varias etapas que van desde la provisión presupuestal de una plaza en el cuadro de asignación de personal, evaluación respectiva, etcétera; asimismo la calificación de los trabajadores resulta disímil en ambos dado que en el régimen laboral público se diferencia entre servidores públicos de carrera y funcionarios públicos.

Se ha hablado mucho sobre la unificación de ambos regímenes con el fin de simplificar y procurar un tratamiento uniforme de los derechos y condiciones laborales de los trabajadores, no obstante creemos que la misma naturaleza jurídica del Estado como Administración Pública, cuyos actos se van configurando atendiendo a un especial y celoso proceso de elaboración de la voluntad de la administración, le impediría adecuar sus políticas laborales a las privadas o viceversa.

Empero, la Administración Pública ha optado también en ocasiones adoptar la figura de un empleador privado sujetando a algunos de sus subordinados bajo las reglas del régimen privado, así como también, a pesar de no configurarse como un régimen laboral privado, ha contratado a gran parte de su personal bajo la famosa, mas no célebre, modalidad de servicios no personales y hoy reemplazado por contratos administrativos de servicios. Lamentablemente, la experiencia del Estado como empleador o comitente no ha sido feliz, constatándose que el respeto de los derechos laborales de su personal, que por otros medios pretende velar y garantizar, ha sido casi nulo.

2.2. La responsabilidad del empleador

Las novedosas y modernas organizaciones empresariales ciertamente han complicado la forma de cómo determinar la responsabilidad del empleador respecto de los adeudos que pueda tener para su personal o ex trabajadores; empero el carácter tuitivo o protector del Derecho del Trabajo ha recobrado vigencia en tales casos proveyendo a los trabajadores insertos en estas actuales organizaciones empresariales de las herramientas necesarias que coadyuven sus pretensiones remunerativas y sociales (como la solidaridad y el derecho de información en los mecanismos de sub contratación).



Jorge Toyama Miyagusuku

2.2.1. Los grupos de empresas

La figura del empleador como una sola persona natural o jurídica no parece ser la única forma en la que un empresario puede dirigir su negocio ya que actualmente se puede verificar que el supuesto anotado no se verifica cuando se agrupan varias empresas bajo una sola dirección económica en donde la coordinación y planificación común de recursos es el carácter principal. Como señala Arce “puede que el empresario sea sólo uno y sin embargo existan varias empresas, o igualmente, que existan tantos empresarios como empresas”⁽³³⁾. Sin embargo, la coordinación empresarial entre todas ellas no sirve para que surja la vinculación jurídica total dado que cada una de las entidades concertadas mantiene su personalidad jurídica, independiente de las demás a pesar de la articulación económica anotada⁽³⁴⁾.

Es preciso también decir que en la agrupación de empresas en ocasiones no solo se aprecia una relación de coordinación sino una de carácter de subordinación dado que existe una empresa dominante que participa de las sociedades dominadas a manera de empresa “matriz” de las demás a las que ha llegado a subordinar. A pesar de ello se mantiene la unidad de dirección económica. El hecho de que varias empresas cuenten con los mismos accionistas y directivos o que tengan el mismo domicilio son algunos elementos que ayudan a determinar si estas empresas pertenecen a un mismo grupo empresarial.

Tales situaciones suscitan una gran gama de vicisitudes laborales que van desde la conservación de derechos adquiridos (como la categoría profesional, antigüedad, salario, entre otros), protección de la estabilidad en el trabajo cuando la empresa perteneciente al grupo se liquida sobreviviendo las demás, problemas de representación de los trabajadores de un empresa componente del grupo frente a todo el grupo⁽³⁵⁾, etcétera.

No existen en nuestro país normas laborales que brinden una respuesta a problemas como los descritos en el párrafo

anterior; es por ello que debemos remitirnos a la normativa que en materia financiera ha expedido la Superintendencia de Banca y Seguros para realizar una interpretación que provea de una salida adecuada para dirigir un tratamiento adecuado a tales supuestos. Es entonces que a partir de la Resolución 445-2000-SBS de la entidad mencionada se ha establecido la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas, donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras, de tal forma que si una tiene problemas de índole económico las otras podrían también tener dificultades. Además se precisa que existirá vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen al mismo grupo.

Tal criterio es trasladable y aplicable al Derecho del Trabajo, tanto así que la jurisprudencia laboral ya se ha pronunciado sobre el tema en reiteradas ocasiones orientando su posición por la responsabilidad solidaria entre las empresas vinculadas⁽³⁶⁾. De este modo por ejemplo, se ha declarado que a pesar de que un trabajador haya prestado servicios a empresas formalmente diferentes, pero con negocios conexos y bajo la gerencia de una misma persona, la responsabilidad en el pago de los beneficios sociales de la parte demandante corresponde a todas las empresas vinculadas⁽³⁷⁾.

Criterios como la confusión patrimonial de las empresas vinculadas, (patrimonio que se ve afectado a favor de otra u otras empresas de dicho grupo), funcionamiento integrado, unitario e interdependiente, prestación de

(33) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2008. p. 114.

(34) Autores varios. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. p. 237.

(35) *Ibid.* p. 238.

(36) Resolución de la Sala Especializada sobre el Expediente 4388-2004-BE-A.

(37) Resolución de la Sala Especializada Laboral del 24 de febrero de 1982 sobre el Expediente 112-82. Es relevante resaltar que en esta sentencia la Sala no hace alusión a una fusión entre las empresas involucradas sino que distingue a una de otra (le reconoce a cada una su propia personalidad jurídica) y finalmente las reconoce como responsables solidarias.



Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral

servicios indistinta o común, simultánea o sucesiva a favor de varias empresas del grupo, apariencia externa de unidad empresarial y dirección (mismos accionistas, operaciones vinculadas), etcétera, coadyuvan la tarea de saber en qué casos procedería la responsabilidad solidaria entre las empresas de un grupo económico⁽³⁸⁾. Nótese que los grupos de empresas no son cuestionables ni reprimibles por las normas laborales si las empresas actúan con independencia y no existe una simulación o fraude.

Determinado entonces el uso del grupo de empresas para eludir las consecuencias de las normas laborales se puede colegir lo siguiente en casos de simulación o fraude, entre otros supuestos⁽³⁹⁾:

El carácter solidario de las obligaciones laborales contraídas por una de las empresas del grupo se verificaría a partir del principio de primacía de la realidad y no se sujetará a lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil⁽⁴⁰⁾.

La indemnización por despido arbitrario se calculará en función de la suma de períodos laborales trabajados para las entidades del grupo.

Para el otorgamiento de la CTS se deben sumar los lapsos de servicios prestados en las diferentes empresas del grupo; como si hubiera prestado sus servicios en una sola empresa de modo ininterrumpido.

Los empleados que desarrollan las mismas labores dentro del grupo podrían exigir la equiparación remunerativa en atención al principio de igualdad de trato.

La jornada de trabajo estará dada por la suma de las horas trabajadas para las diferentes empresas del grupo; el exceso

tendrá que ser considerado como sobretiempo, ergo, deberá ser remunerado con el monto extraordinario respectivo.

Si se ha superado el periodo de prueba en una de las empresas del grupo ninguna de las demás puede exigirle un nuevo periodo de prueba, aún cuando exista una variación sustancial en las labores que realice.

El cómputo de los plazos máximos de los contratos de trabajo a plazo fijo debe importar la sumatoria de los períodos laborados para cada empresa.

2.2.2. La cesión de personal

La cesión de trabajadores supone la provisión de trabajadores de una empresa, que es el empleador, para que éstos presten sus servicios bajo la dirección de otra entidad. Las primeras, llamadas empresas de servicios especiales o cooperativas de trabajadores, destacan a otras, conocidas como empresas usuarias, el personal que es requerido por estas últimas. Esta cesión de trabajadores es conocida como intermediación laboral. Más adelante abundaremos sobre el tema; no obstante, queremos ir precisando ciertas cuestiones al respecto a la cesión de trabajadores con el objeto que desempeñen labores temporales, complementarias o especializadas en la empresa usuaria.

En ocasiones las empresas de intermediación laboral proveen de trabajadores a las empresas

(38) Así también lo ha determinado jurisprudencia reciente respecto de la vinculación económica entre empresas (Casación 050-2001 LIMA).

(39) Autores varios. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994. pp. 416 y 417.

(40) Sin perjuicio de lo anotado tenemos que precisar que si bien es cierto no existe una norma laboral que se haya preocupado por regular este tópico, en el Pleno Jurisdiccional Laboral de 2008 se ha establecido que en los supuestos que se verifique una vinculación económica, grupo de empresas o un fraude que tenga como finalidad evitar el pago de las obligaciones laborales, la solidaridad laboral será aplicable. Los vocales superiores, de esa manera, ampliaron los criterios de solidaridad en el pago de las obligaciones laborales en supuestos distintos a los previstos en el artículo 1183 del Código Civil, referido a la forma expresa de la solidaridad.



Jorge Toyama Miyagusuku

usuarias para puestos que no requieren de un dilatado lapso de vida o de una labor permanente; la norma (Ley 27626) ha determinado que los trabajadores destacados pueden ocupar labores de suplencia y ocasionales⁽⁴¹⁾. Cuando se incumpla con tal requisito se reputará al trabajador destacado como empleado de la empresa usuaria, incluso desde que aquel inició sus labores en la empresa usuaria⁽⁴²⁾.

Asimismo, habrá responsabilidad solidaria de la empresa usuaria respecto al pago de los beneficios sociales y aportes a la seguridad social cuando la carta fianza, sea individual o grupal⁽⁴³⁾, presentada por la empresa de intermediación para asegurar tales pagos resulte siendo insuficiente para tal finalidad⁽⁴⁴⁾.

El mismo tratamiento de la solidaridad ha sido previsto en las normas sobre tercerización (sub contratación, contrataciones u *outsourcing*) con desplazamiento continuo de personal, donde se ha previsto no solamente reglas para su configuración jurídica, sino también la solidaridad en el pago de beneficios sociales y tributos sociales⁽⁴⁵⁾. En estos casos, como apunta Ugaz, estamos ante dos consecuencias jurídicas: i) solidaridad

en caso que la tercerización cumpla los requisitos legales (la empresa principal responde solidariamente en el pago de los beneficios sociales y tributos sociales); y, ii) desnaturalización en caso que no se cumplan los requisitos legales (el personal se debería incluir en la planilla de la empresa principal)⁽⁴⁶⁾.

2.2.3. La sucesión de empresas (intervivos y *mortis causa*)

En ciertas ocasiones el empleador, ya sea persona natural o jurídica, es reemplazado, suplantado, sucedido, es decir, se produce una novación subjetiva de la relación laboral, la cual no solo puede ser objeto de novaciones objetivas, referidas a modificaciones sobre las condiciones de trabajo, sino también, como ya quedó anotado, de alteraciones respecto de la persona del empleador. Recordemos que, por el carácter personalísimo de las labores prestadas por un trabajador, su posición como

(41) Artículo 11.- De las empresas de servicios

11.1 Las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia previstos en el Título II del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR.

(42) Artículo 5.- De la infracción de los supuestos de intermediación laboral

La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.

(43) Artículo 24.- De la fianza

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.

(44) Artículo 25.- De la responsabilidad solidaria

En caso de que la fianza otorgada por las entidades resulte insuficiente para el pago de los derechos laborales adeudados a los trabajadores destacados a las empresas usuarias, éstas serán solidariamente responsables del pago de tales adeudos por el tiempo de servicios laborado en la empresa usuaria.

(45) Las normas que regulan la tercerización son Ley 29245 y el Decreto Legislativo 1038 (que precisa los alcances de la Ley 29245) y el Decreto Supremo 006-2008-TR (Reglamento de la Ley 29245 y del Decreto Legislativo 1038).

(46) UGAZ, Mauro. *El régimen legal de la subcontratación (tercerización) de servicios en el Perú*. En: *Foro Jurídico*. n.º 10. Lima, 2010.



Reflexiones sobre los sujetos de la relación laboral

parte de la relación jurídica laboral no puede ser susceptible de tales novaciones en tanto hacerlo significaría la terminación del contrato de trabajo⁽⁴⁷⁾, mientras que la subrogación del empleador no llega a provocar esta consecuencia.

En concordancia con lo expuesto por Arce hay dos supuestos o mecanismos de subrogación en la figura del empleador que habilitan la misma sin perjudicar al trabajador: primero, que se transfiera al trabajador mediante la figura de una cesión de posición contractual, y segundo, que se transfiera al trabajador a través del mecanismo de transmisión de empresa⁽⁴⁸⁾.

En el caso de la cesión de posición contractual, se debe aplicar supletoriamente el artículo 1435 del Código Civil⁽⁴⁹⁾ de acuerdo al cual esta figura tendrá efectos en tanto exista un acuerdo entre las partes. En la transmisión de empresas, la empresa se mantiene (junto con sus recursos personales y patrimoniales) y lo que cambia es su titular o sus titulares.

La sucesión en el negocio que era presidido por una persona natural no implicaría mayor problema cuando aquella se realiza estando en vida el anterior empleador persona natural quien podrá transmitir, por la modalidad que fuera (venta, permuta, fusión o simplemente un traspaso), perfectamente su negocio tanto a otra persona natural o jurídica; empero las vicisitudes se presentan cuando un empleador persona natural fallece y la empresa que dirigía queda de pronto en suspenso.

Al igual que en la jurisprudencia española⁽⁵⁰⁾, la LPCL ha determinado que en estos casos la relación laboral se extingue aunque los herederos del empresario pueden pactar con los trabajadores la permanencia de estos hasta que se liquide el negocio⁽⁵¹⁾. A partir de esta previsión legal podemos deducir que si los herederos deciden proseguir con el negocio, los contratos con los trabajadores del empleador anterior fallecido siguen vigentes; por tanto, si el desaparecido empresario mantenía responsabilidades laborales con sus empleados, estas se trasladan al nuevo empresario (la sucesión).

La razón que justifica la vigencia de las relaciones laborales a pesar de la subrogación o suplantación de la parte empleadora reside en el llamado principio de continuidad que predica la idea de atribuirle la más larga duración a la relación laboral. En este sentido, como se prosigue con la misma empresa o el mismo giro del negocio, no hay razón que permita suponer la terminación del contrato de trabajo: la relación laboral continúa a pesar de esa sustitución⁽⁵²⁾ en tanto la idea directriz es que la empresa constituye una universalidad

(47) Existe una excepción a la terminación de la relación laboral por la modificación subjetiva del trabajador que son los casos en que el contrato de trabajo ingresa en un periodo de suspensión, perfecta o imperfecta, durante el cual el trabajador tiene en suspenso su relación laboral (ya sea por estar gozando de sus vacaciones, por invalidez temporal, etcétera).

(48) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2008. p. 142.

(49) Artículo 1435.- Cesión

En los contratos con prestaciones no ejecutadas total o parcialmente, cualquiera de las partes puede ceder a un tercero su posición contractual.

Se requiere que la otra parte preste su conformidad antes, simultáneamente o después del acuerdo de cesión.

(50) El fallecimiento tan sólo producirá la extinción de las relaciones laborales si con él se produce también la finalización de la actividad de la empresa (STS del 25 de abril de 2000) de acuerdo a lo indicado por CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Vicisitudes de la Relación Laboral*. En: *Compendio de Derecho del Trabajo*. 2da. edición. Madrid: Tecnos, 2009. p. 295.

(51) Artículo 17.-

El fallecimiento del empleador extingue la relación laboral si aquel es persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve lapso para efectos de la liquidación del negocio. El plazo convenido no podrá exceder de un año, deberá constar por escrito y será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectos de registro.

(52) Razona en este sentido Plá quien es citado por Morales Corrales en: *Sucesión empresarial*. En: Autores varios. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 259.



Jorge Toyama Miyagusuku

cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto.

El empleador puede transferir a otro la empresa y, en este caso, ello no debería afectar las relaciones laborales como destaca Mejía⁽⁵³⁾. Cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor, la unidad económica y social que constituye la empresa permanece siendo la misma⁽⁵⁴⁾. Por parte del trabajador lo que importa es que se le suministre una oportunidad de poner sus energías a disposición de alguien, al trabajador no debería serle relevante quien posee las acciones de la empresa o si la persona (natural o jurídica) del empleador va cambiando, le interesa tener la posibilidad de prestar sus labores a cambio de una remuneración⁽⁵⁵⁾.

A pesar de que no existe una norma laboral específica sobre la aplicación del principio de continuidad en los casos de sucesión empresarial, podemos colegir su consagración en nuestro ordenamiento jurídico a partir de las previsiones constitucionales, en especial de aquellas que consagran el derecho al trabajo (artículo 22)⁽⁵⁶⁾ y legales como la norma recogida en el artículo 4⁽⁵⁷⁾ de la LPCL que consagra la

presunción de una relación laboral de carácter indeterminado de toda prestación personal de servicios remunerados, el artículo 43 inciso e)⁽⁵⁸⁾ de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, en adelante, LRCT (Decreto Ley 25593), el cual establece que la convención colectiva continuará vigente hasta su vencimiento en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras similares situaciones y el artículo 8⁽⁵⁹⁾ del Decreto Legislativo 892 que regula el pago de utilidades en los casos de fusión de empresas.

Asimismo, la jurisprudencia se ha pronunciado cuando ha tenido que resolver sobre la continuidad de las relaciones laborales en los casos de sucesión empresarial. Así, entre muchas otras, las Casaciones 991-2005 La Libertad, 951-2005 Lima⁽⁶⁰⁾ y 1019-2006 Ica, se orientan a la postura de que los cambios en la persona del empleador no implican la culminación del contrato de trabajo, dado que la empresa, al constituir

(53) MEJÍA MADRID, Renato. *Transmisión de Empresas y Relaciones Laborales*. En: *Jurídica* (suplemento de análisis legal), *Diario Oficial El Peruano* de fecha 31 de agosto de 2004. pp. 4-5.

(54) *Ibid.*

(55) *Ibid.*

(56) Artículo 22.-

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

(57) Artículo 4.-

En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

(58) Artículo 43.-

La convención colectiva de trabajo tiene las características siguientes.

(...)

e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.

(59) Artículo 8.-

Precísese que en caso de fusión de empresas, para efectos del cálculo de la participación en las utilidades, se efectuará un corte a la fecha del otorgamiento de la Escritura Pública, para determinar los montos a pagar a los trabajadores de cada una de las empresas fusionadas a dicha fecha. Por el período posterior la participación se calculará en función a los estados financieros consolidados.

(60) En este caso, por ejemplo, la Sala determinó que “aun cuando se haya producido una novación subjetiva en la relación laboral por el cambio de empleador ello no extingue el contrato de trabajo, ni lo modifica, por el contrario, importa transferir al adquirente los contratos de trabajo del personal que laboraba en el negocio cedido asumiendo así el nuevo titular todas las obligaciones derivadas del mismo, aun las generadas en forma retroactiva a la fecha en que asume tal condición”.



una universalidad cuyos elementos pueden cambiar sin que se altere la unidad del conjunto, cuando el nuevo empleador continúa la explotación en las mismas condiciones que su predecesor, la unidad económica y social que constituyen -a la empresa- sigue siendo la misma. Por ello, se concluye que la empresa receptora deberá abonar los derechos sociales por todo el récord laboral de los trabajadores transferidos e incluso debe asumir el pago de las obligaciones generadas con anterioridad a la fecha en que el nuevo empleador asume tal condición.

2.2.4. Los casos de fusión y escisión

Las figuras mercantiles de la fusión y la escisión ingresan también en los supuestos de sucesión empresarial, específicamente en la antes mencionada transmisión de empresa, y por lo tanto en estos casos también es de aplicación el principio de continuidad.

Así, la norma que regula la definición de fusión, contenida en el artículo 344 numeral 2) de la Ley General de Sociedades determina que: "La absorción de una o más sociedades por otra sociedad existente origina la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad o sociedades absorbidas. La sociedad absorbente asume, a título universal, y en bloque, los patrimonios de las absorbidas (...)". Lo expuesto implica la asunción de derechos y obligaciones de la empresa que es absorbida; por tanto, la adopción de los créditos laborales de los trabajadores por los servicios prestados a la empresa absorbida y la continuación de las relaciones laborales que venía teniendo la entidad fusionada, en tanto ambas situaciones comprenden obligaciones de la empresa absorbida, que a su vez, son parte del patrimonio absorbido.

Por su parte, el artículo 367 de la norma anotada societaria establece que: "Por la escisión una sociedad fracciona

su patrimonio en dos o más bloques para transferirlos íntegramente a otras sociedades o para conservar uno de ellos, cumpliendo los requisitos y las formalidades prescritas por esta ley". Así, lo expuesto supone la delegación de las obligaciones a la(s) nueva(s) sociedad(es) respecto de los beneficios y derechos laborales de los trabajadores que han pasado a formar parte del personal de la(s) nueva(s) empresa(s) proveniente de la escindida.

En ambas situaciones los trabajadores absorbidos y/o transferidos mantienen los derechos que se derivan de los contratos de trabajo y/o convenios colectivos suscritos con sus empleadores. Así lo entiende la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo cuando en su artículo 43 indica que el convenio colectivo continúa rigiendo hasta que no sea modificado por uno posterior o hasta el vencimiento del mismo⁽⁶¹⁾. En estos casos también se debiera aplicar la responsabilidad solidaria que permite al trabajador afectado dirigirse contra el empresario nuevo o contra el empresario antiguo, o frente a ambos simultáneamente⁽⁶²⁾.

De esta manera, se observa que no importa el motivo o causa de la subrogación en la figura del empleador cuando se mantienen los recursos patrimoniales y los recursos humanos; lo que le interesa es que los trabajadores no se vean afectados por la implementación de esta figura en la relación laboral por lo que les permite mantener los derechos adquiridos y

(61) Artículo 43.- La convención Colectiva de trabajo tiene las características siguientes:

(...)

d) Continúa rigiendo mientras no sea modificada por una convención colectiva posterior, sin perjuicio de aquellas cláusulas que hubieren sido pactadas con carácter permanente o cuando las partes acuerden expresamente su renovación o prórroga total o parcial.

e) Continúa en vigencia, hasta el vencimiento de su plazo, en caso de fusión, traspaso, venta, cambio de giro del negocio y otras situaciones similares.

(62) CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Vicisitudes de la Relación Laboral*. En: *Compendio de Derecho del Trabajo*. 2da. edición. Madrid: Tecnos, 2009. p. 297.



Jorge Toyama Miyagusuku

sino reclamarlos accionando contra cualquiera de las empresas involucradas.

3. Conclusiones

De los sujetos de la relación el trabajador pone a disposición del empleador sus servicios de manera personal, directa y subordinada, a cambio de una contraprestación y el empleador es el acreedor de los servicios que brinda el trabajador por lo que puede dirigir su actividad y a la vez es deudor de un salario para éste.

Se presentan distintas tipología de trabajadores de acuerdo a algunas consideraciones como: la edad, el sexo, el lugar de trabajo, la nacionalidad y la calificación profesional.

Las tendencias globalizadoras han provocado que la figura del empleador se presente de diversas manifestaciones. Como resultado, el trabajador no siempre laborará para la empresa que lo contrató o en el centro de trabajo de la propia empresa, creándose de

esta manera una confusión sobre la figura del empleador. Esta confusión se produce en el caso de la cesión temporal de trabajadores de una unidad productiva a otra, en la sucesión de empresas (sea intervivos o *mortis causa*) o en los casos de fusión y escisión.

Como resultado de lo previamente mencionado, la legislación laboral, en virtud del principio de continuidad, el trabajador debería mantener los derechos y condiciones adquiridas a través del contrato de trabajo o del convenio colectivo.

Finalmente, la responsabilidad de “los empleadores” es solidaria en cuanto a lo que se refiere al pago de las obligaciones laborales adquiridas. En consecuencia, el trabajador tiene la posibilidad de accionar en contra de su(s) empleador(es) de forma solidaria para efectivizar el pago de las obligaciones adeudadas acumuladas en el tiempo.

La escasa y difusa regulación laboral ha sido cubierta por la jurisprudencia laboral, especialmente en los casos de simulación o fraude. No obstante, sería ideal que los temas abordados en este artículo sean tratados en una disposición legal -la Ley General del Trabajo puede ser una opción- en tanto que ello siempre brinda mayor certeza jurídica al ordenamiento jurídico.