

El Contrato de Trabajo: concepto, modalidades y diferencia con la locación de servicios



JORGE LUIS RAMÍREZ ZEGARRA

Abogado por la Universidad de Lima,
Profesor de Derecho Comercial en la Universidad de Lima.

LUIS FELIPE VELARDE KOEHLIN

Abogado por la Universidad de Lima,
Máster de Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Concepto del contrato de trabajo.
- III. Regulación del contrato de trabajo.
- IV. Elementos del contrato de trabajo:
 1. La prestación personal;
 2. La subordinación;
 3. La remuneración.
- V. Modalidades del contrato de trabajo:
 1. Contratos típicos y contratos atípicos;
 2. Contratos de trabajo sujetos a modalidad.
- VI. Concepto de contrato de locación de servicios y diferencias con el contrato de trabajo:
 1. Concepto;
 2. Diferencias con el contrato de trabajo.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objeto fijar el concepto de contrato de trabajo conforme a la legislación laboral peruana, exponer las diversas modalidades del contrato de trabajo en el Perú, y opinar sobre las formas de contratación de personal por parte de las empresas del sector privado, considerando los costos laborales y tributarios que les generan a las mismas.

A tal efecto, con el objeto de comprender la finalidad del Derecho del Trabajo en el Perú en los últimos años, consideramos pertinente distinguir la evolución que ha tenido en el tiempo.

En la evolución del Derecho Laboral peruano se tiene una primera etapa denominada la del garantismo, que estuvo presente hasta la década de la mitad de los años setenta; y, posteriormente, se inició una segunda etapa, denominada la de la flexibilización, que se inició en forma cada vez más generalizada entre diversos países a partir de 1976.

Es destacable señalar que desde los inicios del siglo veinte hasta la década de los años cincuenta se dictaron distintas normas en torno al Derecho del Trabajo, que dieron inicio a las primeras regulaciones obreras tales como: la jornada laboral de ocho (8) horas diarias, el descanso dominical, el trabajo de menores, la regulación sobre accidentes de trabajo y la reglamentación sindical. Durante este período, en el año 1917 se fundó, inclusive, la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Se aprecia entonces que, hasta antes de la mitad de la década de los años setenta (en la etapa del garantismo), la política laboral se basaba en un excesivo proteccionismo plasmado en normas laborales a favor de la clase trabajadora. De allí que la clase laboriosa era considerada "una clase peligrosa" por los empleadores industriales. En efecto, se aprecia que durante el período desde el inicio del siglo veinte hasta 1976, el Estado intervenía para sobreproteger al trabajador, lo que se conocía como una etapa paternalista del Estado hacia el trabajador. Esta protección se extendió incluso durante gobiernos militares

peruanos que crearon nuevos derechos a favor de los trabajadores para buscar apoyo en el pueblo, ofreciendo, incluso, garantías sociales.

Ahora bien, la etapa de flexibilización, o de neoliberalismo, ocurre recién a partir de 1976, cuyas causas podrían ser básicamente la reducción de costos para reflotar a las empresas en crisis, el exceso de la protección existente a favor de la clase trabajadora, la competencia económica en un mundo cada vez más globalizado, la propia coyuntura política, la inflación imperante en ese momento y, sobretudo, la informalidad que aún ahora subsiste en nuestro medio.

La coyuntura actual tiende, entonces, a una economía de libre mercado, que se rige por la oferta y la demanda, y por ello resultaba imperativo hacer un análisis, entre otros, de la legislación laboral que estaba vigente, tornándola "más flexible".

Esta flexibilización se da en el Perú recién a partir del año 1991, a raíz del resurgimiento del fenómeno de la globalización y de la entrada a una era de la informática (dejando atrás la era industrial), que ya había aparecido en el mundo años atrás. Se crea incluso una nueva Constitución en el año 1993, que es la que rige actualmente e incluye cambios muy marcados en la legislación laboral, regulándose esa protección extrema que había a favor del trabajador a través de normas más flexibles que conjugaran conceptos como economía social de mercado y libertad de empresa, sin dejar de lado, tampoco, los derechos sociales de los trabajadores, sino más bien se buscó una regulación que no permita el excesivo paternalismo otorgado a la clase trabajadora contra el sector empresarial privado.

Destaca, pues, una tendencia a que empleador y trabajador concilien sus diferencias directamente, sin que el Estado tenga que intervenir desde el inicio, propiciando la dación de nuevas normas que se dan a raíz de la Constitución del Perú de 1993.

Dentro de este contexto también hay una pérdida de fuerza del fuero sindical. Ya no se

hablaba de estabilidad laboral, regulada en la anterior Constitución Peruana de 1979, sino de protección al trabajador frente al despido arbitrario, tal como se concibe en el artículo 27 de la actual Constitución del Perú de 1993. Ya no se habla tampoco del Derecho del trabajo, sino del "mercado de trabajo" o "mercado laboral".

II. CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO

Existen varias definiciones para precisar el concepto de contrato de trabajo. Por ejemplo, Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde definen el contrato de trabajo como "el que liga a una persona (trabajador) que presta sus servicios a otra (empresario), que los retribuye, organiza y dirige".¹

Para Tomás Sala Franco "el contrato de trabajo cumple como acto una función constitutiva de obligaciones y como norma, en el contrato de trabajo se regulan las condiciones de la relación laboral cumpliendo así una función normativa".²

Para Javier Neves Mujica, en cambio, "el contrato de trabajo es un acto regulador que no produce normas, sino sólo obligaciones".³

Esbozando una definición, podemos decir que el contrato de trabajo es el acuerdo entre empleador y el trabajador, debiendo ser este último una persona natural, para la prestación de un servicio personal en forma subordinada, a cambio de una remuneración.

Asimismo, opinamos que en el contrato de trabajo no solo se establecen obligaciones, sino también se establecen derechos para ambas partes, empleador y trabajador, pero considerando que el contrato de trabajo no produce normas, y es por ello que no se considera como una fuente de derecho para efectos laborales, pues sus efectos sólo alcanzan a las partes que lo celebran.

En otras palabras, el contrato de trabajo establece derechos y obligaciones para los sujetos laborales individuales, por eso no es fuente del Derecho del Trabajo. Por otro lado, son fuente del Derecho del Trabajo: la Constitución, los tratados, las leyes, los convenios colectivos, la costumbre y el reglamento interno de trabajo.

En términos generales, podemos decir que la Constitución Política del Perú es fuente del Derecho de Trabajo, por cuanto lo destaca como un deber y un derecho y como base del bienestar social y medio de realización personal, tal como está tipificado en el artículo 22 de dicha norma. Del mismo modo, mediante su artículo 23 se establece que el trabajo en sí es objeto de protección por el Estado.

Estos dos (2) artículos de importante trascendencia, contenidos en nuestra Constitución, ubican al Derecho del Trabajo como un bien superior dentro del ordenamiento jurídico.

Ello mismo ocurre con los tratados que son normas producidas por sujetos internacionales, a través de convenios bilaterales o tratados multilaterales propiamente dichos entre los Estados parte que los celebran o por decisiones adoptadas por organismos internacionales, como por ejemplo la OIT, aplicables dentro de nuestro ordenamiento interno.

Las leyes y reglamentos también son fuente del Derecho de Trabajo, pues la fuente jurídica idónea para la regulación del Derecho de Trabajo "in extenso" es la ley y su reglamento, sólo si dicha ley requiere hacer precisiones.

El convenio colectivo, en opinión de muchos, es la fuente por excelencia del Derecho del Trabajo, en tanto que congrega una parte normativa, otra obligacional y una última delimitadora. Además, mediante el convenio colectivo se

1 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derechos del Trabajo*. Madrid, Universidad de Madrid, 1991, p. 51.

2 SALA FRANCO, Tomás, *Derecho del Trabajo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992, p. 308.

3 NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho de Trabajo*. Lima, ARA, 1997, p. 91.

obliga a las partes que lo celebraron (empleador y trabajadores) y a las personas en cuyo nombre se celebró o se incorporen con posterioridad.

La costumbre constituye una práctica reiterada que genera, para el Derecho Laboral, la seguridad de que produce derechos y obligaciones para la empresa y sus trabajadores. Nuestra jurisprudencia exige la reiteración de esa práctica por un plazo de dos (2) años para que se constituya la costumbre como una fuente.

Por último, está el reglamento interno de trabajo que, gracias a él, se permite al empleador dictar reglas e impartir órdenes a los trabajadores a su cargo.

III. REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

El contrato de trabajo está regulado en el Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, publicado el 21 de marzo de 1997 y su Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, publicado el 26 de enero de 1996, dado este último con anterioridad, pues regulaba la Ley de Fomento del Empleo que fue dividida posteriormente en dos (2) partes, siendo una de esas divisiones la Ley de Productividad y Competitividad Laboral vigente.

Por ello, el Reglamento citado, no obstante tener fecha anterior a la actual Ley, es el vigente y aplicable a la Ley actual mencionada.

Precisamente, el artículo 4 de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral (en adelante, la "Ley"), conceptúa y delimita al contrato de trabajo señalando que *"en toda prestación personal de servicios remunerados y bajo subordinación, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"*. Nótese que los tres (3) elementos del contrato de trabajo como son la prestación personal, la subordinación y la

remuneración, de los que a grandes rasgos nos ocuparemos a continuación, están inmersos dentro del concepto que da la Ley al contrato de trabajo, precisando además el término "a plazo indeterminado", pues siendo, como hemos manifestado, el trabajo un bien superior dentro del ordenamiento jurídico, lo que se busca es que el trabajador alcance a través de él bienestar social y sea a su vez un medio de realización personal, y parte de ello es gozar de una permanencia en el mismo al tener éste una duración indeterminada.

IV. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como hemos indicado anteriormente, constituyen elementos del contrato de trabajo los siguientes:

1. La prestación personal

La cual es específica de un trabajador determinado y es siempre una persona natural. No puede así dicho trabajador asistirse por dependientes a su cargo ni transferir la prestación en todo o en parte a un tercero. Por excepción, se admite la colaboración de familiares directos dependientes.

Entonces, el trabajador cumple la tarea asignada por el empleador solo, o con los colaboradores o asistentes que este último le designe, con quienes el empleador a su vez mantendrá un vínculo laboral o algún otro admitido por la Ley.

Wilfredo Sanguineti Raymond indica que la "prestación personal supone la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa (*operae*), la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación (*opus*), que se independice de la misma."

Esta obligación de prestar personalmente el servicio le da un carácter personalísimo a su ejecución y un carácter sucesivo o duradero de su cumplimiento.

4 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. El Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988, p. 425.

2. La subordinación

Que para Javier Neves Mujica "es propia del contrato de trabajo y es el vínculo jurídico entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto".⁵

Elo significa que el empleador puede dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador, siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales del trabajador, los cuales el empleador está obligado a respetar.

Resulta pues claro que la subordinación conlleva a un poder jurídico que el empleador puede decidir si lo ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y la diversidad de trabajadores.

Para Wilfredo Sanguinetti Raymond la subordinación implica que "una persona se obliga a poner a disposición de otra su energía de trabajo, le confiere simultáneamente a ésta el correlativo derecho de disponer de ella, el cual, dada la indisolubilidad de la misma respecto de la persona que debe prestarla, hace necesaria la configuración de un vínculo de subordinación entre ambas".⁶

3. La remuneración

Es la retribución otorgada en el contrato de trabajo, considerando como tal al íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero fundamentalmente o en especie, siempre que sea de su libre disposición. Empero, la remuneración es más que una mera contraprestación, ya que la inactividad del trabajador originada en ciertas causas no suspende el pago de la remuneración.

V. MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABAJO

1. Contratos típicos y contratos atípicos

Dentro de los contratos de trabajo tenemos contratos típicos y contratos atípicos. Los criterios de la tipicidad que se utilizan son: la duración de la relación laboral y de la jornada de trabajo, número de empleos y lugar de trabajo.

El contrato típico es el que se presta con duración indeterminada, a tiempo completo, para un solo empleador y en el propio centro de trabajo. Esta modalidad de contrato de trabajo es la que ha sido acogida en el artículo 4 de la Ley.

Al respecto, Manuel Alonso Olea opina que:

"El contrato típico está caracterizado por las notas siguientes:

1. *Es un trabajo a tiempo completo, durante la jornada legal o habitual para los servicios de que se trate;*
2. *Se trabaja en virtud de un contrato de trabajo celebrado por tiempo indefinido, esto es, en virtud de un contrato que va a prolongar su vigencia sin limitación temporal, salvo incumplimientos graves de una de las partes o causas obstativas imponentes externas determinantes de la imposibilidad de ejecución;*
3. *Se trabaja en un local, instalación, fábrica, pozo, tajo, galería, oficina, taller, proporcionado o controlado por el empresario al que los servicios se prestan en virtud del contrato; y,*

5 NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho de Trabajo*. Lima, ARA, 1997, p. 37.

6 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *El Contrato de Locación de Servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Lima, Cultural Cuzco S.A. Editores, 1988, p. 429.

4. *Se trabaja bajo la "dependencia" del empresario, que es el que decide, en líneas generales, dónde y cuando debe trabajarse, con qué intensidad y de qué modo y en qué concretamente, impartiendo órdenes al respecto que el trabajador tiene la obligación contractual de obedecer?*⁷

De otro lado, el contrato atípico se da cuando uno (1) o más de los elementos del contrato típico están ausentes. En este tipo de contrato, Manuel Alonso Olea sostiene que:

"(...) las atipicidades ocupan las partes sucesivas, por el orden siguiente:

- *Los contratos de trabajo a tiempo parcial.*
- *La debilitación de la estabilidad en el empleo y los contratos temporales.*
- *La reaparición de los contratos a domicilio.*
- *La flexibilización de la dependencia"*⁸

En nuestra Ley se regula el contrato de trabajo a plazo indeterminado, señalando, como hemos dicho, el artículo 4° de la misma, que en toda prestación personal de servicios remunerados y bajo subordinación, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado; pudiendo ser en forma verbal o escrita.

La Ley regula, pues, como contrato-base al contrato típico antes aludido. Todo contrato de trabajo permite que exista un periodo de prueba, dentro del cual el empleador podría cesar al trabajador sin que medie una causa justa. El periodo de prueba es por lo general de tres (3) meses, salvo para trabajadores de dirección y de confianza, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a ser protegido contra el despido arbitrario conforme lo contemplado en el artículo

10° de la Ley; es decir, el trabajador sólo puede ser despedido por una causa justa, como por ejemplo una falta grave, y se computa desde el primer día de labores.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación mayor. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito, requiriéndose en ese caso que el mismo contrato de trabajo inicial conste por escrito, y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis (6) meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza, y de un (1) año en el caso del personal de dirección.

2. Contratos de trabajo sujetos a modalidad

La Ley regula también al contrato de trabajo sujeto a modalidad, que está referido a aquellos contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad, a diferencia de los contratos de trabajo a plazo indeterminado, deben constar necesariamente por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de su contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

La empresa debe comunicar la celebración del contrato a la Autoridad de Trabajo, dentro de los quince (15) días naturales, contados desde su celebración para su conocimiento y registro, pudiendo ser de manera física o electrónica, con la posibilidad de ser verificado posteriormente por la propia Autoridad.

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad tratados en la Ley, son los siguientes:

a. Contratos de naturaleza temporal

a.1. Contrato por inicio o incremento de

7 ALONSO OLEA, Manuel. *Trabajo Típico y Atípico*. En: *Derecho Laboral*, Montevideo, tomo XXX, N° 145, 1987. Pp. 119-120.

8 ALONSO OLEA, Manuel. *Trabajo Típico y Atípico*. En: *Derecho Laboral*, Montevideo, tomo XXX, N° 145, 1987. Pp. 119.

actividad, que es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originado por el inicio de una nueva actividad empresarial. Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa. Su duración máxima es de tres (3) años.

a.2. Contrato por necesidades de mercado, que es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal. Se excluye las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional. Puede ser renovado sucesivamente hasta por un máximo de cinco (5) años.

a.3. Contrato por reconversión empresarial, que se celebra en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos (2) años.

b. Contratos de naturaleza accidental

b.1. Contrato ocasional, que se celebra para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración es de seis (6) meses.

b.2. Contrato de suplencia, que se celebra cuando se sustituye a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo se encuentra suspendido por causa justificada prevista en la

legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. En esta modalidad se reserva el puesto al trabajador titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia. Su duración es la que resulte necesaria según las circunstancias.

b.3. Contrato de emergencia, que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor. Su duración coincide con la duración de la emergencia.

c. Contrato para obra o servicios

c.1. Contrato para obra determinado o servicio específico, en el cual tiene que haber un objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración es la que resulte necesaria para culminar la obra o el servicio específico contratado, pudiendo celebrarse las renovaciones que sean necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación.

c.2. Contrato intermitente, que se celebra para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos podrán efectuarse con el mismo trabajador, quien tiene derecho preferencial en la contratación, pudiendo consignarse en el contrato primigenio tal derecho, el que operará en forma automática, sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación. El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador bajo esta modalidad se determinarán en función del tiempo efectivamente laborado. No tiene un plazo máximo.

c.3. Contrato de temporada, que se celebra para atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y se repite en periodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva. En los contratos de trabajo de temporada necesariamente debe constar por escrito: a) la duración de la temporada; b) la naturaleza de

la actividad de la empresa, establecimiento o explotación; y c) la naturaleza de las labores del trabajador. Si el trabajador en esta modalidad fuera contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas, tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes. Se asimila al régimen legal del contrato de temporada a los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año; y también se asimila al régimen legal de contrato de temporada a las actividades feriales. No tiene plazo máximo, siempre que en cada período no se exceda de la duración de la temporada.

d. Otros contratos

Se permite igualmente cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado en los referidos anteriormente, siempre que su naturaleza sea temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse, conforme lo contemplado en el artículo 82° de la Ley.

De otro lado, los trabajadores contratados bajo estas modalidades tienen los mismos derechos y obligaciones que los contratados a plazo indeterminado, con excepción del plazo.

Además puede celebrarse con un mismo trabajador en forma sucesiva diversos contratos bajo distintas modalidades en función a las necesidades empresariales, siempre que en conjunto no excedan de cinco (5) años.

Rige también el periodo de prueba y si el empleador, vencido el periodo de prueba, resolviera arbitrariamente el contrato, hay derecho a indemnización por despido arbitrario.

Aquellos contratos sujetos a modalidad se considerarán a plazo indeterminado, si el trabajador continua laborando: a) después de vencido el plazo; o b) luego de concluida la obra; o c) si el trabajador sustituido no se reincorporara; o d) si el trabajador demuestra la existencia de

simulación o fraude a las normas establecidas por la ley.

Finalmente, los trabajadores permanentes que cesan no pueden ser recontratados bajo algunas de las modalidades comentadas, salvo que transcurra un (1) año del cese.

VI. CONCEPTO DE CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE TRABAJO

1. Concepto

El contrato de locación de servicios está regulado en el artículo 1764° y siguientes del Código Civil. El acreedor de los servicios es denominado comitente y quien los presta es denominado locador.

El artículo 1764° del Código Civil señala que: "Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución".

Así, en el contrato de locación de servicios la prestación de servicios se realiza en forma independiente, sin presencia de una subordinación o dependencia de la persona contratada hacia el comitente.

2. Diferencias con el contrato de trabajo

- En el contrato de trabajo el trabajador es siempre una persona natural determinada; en cambio, en el contrato de locación de servicios, el locador puede ser una persona natural o jurídica. Puede, no obstante, pactarse en este último caso que la prestación por el locador, que puede ser persona natural o jurídica, sea "intuitu persona".
- El trabajador debe ejecutar su labor sin poder asistirse por dependientes a su cargo ni transferirla en todo o en parte a un tercero, salvo el caso de familiares dependientes directos, en tanto que el locador puede valerse, bajo su propia

dirección o responsabilidad, de auxiliares y sustitutos en ciertas ocasiones,

- c. La subordinación es propia del contrato de trabajo, mientras que en el contrato de locación de servicios existe autonomía o independencia del locador, conforme al artículo 1764 del Código Civil.
- d. Si bien la retribución es común en el contrato de trabajo y en la locación de servicios, hablándose en el Derecho de Trabajo de remuneraciones, esta última es más que una contraprestación, ya que la inactividad temporal del trabajador originada en ciertas causas, no conlleva la suspensión de la remuneración.
- e. El contrato de locación de servicios no genera pago de beneficios sociales y demás cargas sociales a favor del locador, lo que sí ocurre en el contrato de trabajo a favor del trabajador.
- f. Por su parte, Jorge Toyama Miyagusuku precisa que "entre otras características de la prestación de servicios no subordinada, el locador no está sujeto a horario alguno y realiza sus labores a su real saber y entender, es decir, sin seguir normas o directrices emanadas de su comitente, mucho menos dicho locador puede ser pasible de sanciones disciplinarias por parte del comitente"; lo que sí ocurre entre empleador y trabajador en un contrato de trabajo.

Contratos de trabajo encubiertos bajo la apariencia de locación de servicios y el principio de la primacía de la realidad

Sensiblemente, es conocido que en nuestro medio por los costos laborales, que deben sufragar las empresas, muchas de ellas, al no poder

asumirlos, se ven obligadas a encubrir contratos de trabajo bajo la apariencia de contratos de locación de servicios.

Es más, apreciamos en la coyuntura actual que, pese a que existen regulaciones especiales en materia laboral para las pequeñas y medianas empresas, dictadas por el Ministerio de Trabajo, y se tiene legislado al contrato de outsourcing, entre otras medidas, para flexibilizar los costos originados por las contrataciones laborales, muchas de estas son encubiertas bajo la figura de la locación de servicios.

Al respecto, existe un clásico aforismo del Derecho Civil que sostiene que "las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina". Sobre esta base el Derecho del Trabajo ha construido el llamado "Principio de la Primacía de la Realidad", que consiste en hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido.

Refiriéndose al "Principio de la Primacía de la Realidad", Américo Pla Rodríguez manifiesta que "en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control".⁹

Elo significa que aún cuando una empresa pudiera celebrar un contrato de locación de servicios para encubrir un contrato de trabajo, aplicando el "Principio de la Primacía de la Realidad", la Autoridad Laboral podrá determinar la verdadera naturaleza del contrato, y de ser de naturaleza laboral, desestimar los contratos de locación de servicios celebrados con un real trabajador, con las sanciones consiguientes para el empleador.

El Principio de la Primacía de la Realidad se utiliza para determinar incluso si ciertamente

9. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Principio de Primacía de la Realidad en las Sentencias del Tribunal Constitucional*. Lima, p. 35.

10. PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978, p. 256.

estamos frente a un contrato de trabajo sujeto a modalidad o debe interpretarse que se trata por su naturaleza de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en la medida que el objeto del Estado peruano, como se aprecia en los artículos 23° y 24° de la Constitución Política del Perú de 1993, es la atención prioritaria del trabajo en sus diversas modalidades, procurando el bienestar material y espiritual para el trabajador y su familia, y promover el progreso social y económico al velar por una adecuada relación laboral con sus correspondientes beneficios sociales, aportes y obligaciones.

De otro lado, añádase que, actualmente, el ente encargado de recaudar los aportes al Seguro Social de Salud (EsSalud) es la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, entidad encargada de recaudar el Impuesto a la Renta de quinta categoría generado como consecuencia del trabajo, y al cual se le declara, actualmente, una planilla electrónica con los datos, retenciones y remuneraciones de cada trabajador y locación de servicios contratada.

Dicho en otras palabras, debemos notar que, actualmente, el sector privado se encuentra inspeccionado por dos (2) entidades: por un lado se tiene a la Administración Tributaria (SUNAT), encargada de recaudar el Impuesto a la Renta, los aportes a ESSALUD y de supervisar una correcta declaración de la planilla electrónica, aplicando esta entidad el Principio de la Primacía de la Realidad para efectos de determinar si correspondían dichos aportes y si se debían declarar a los trabajadores como tal. Y de otro lado, tenemos al Ministerio de Trabajo, encargada de velar por la seguridad de los trabajadores en un correcto contrato de trabajo y, consecuentemente,

la percepción de los respectivos beneficios sociales.

Asimismo, existe una modalidad de contratación denominada "cuarta-quinta", que tiene su partida de nacimiento en el inciso e) del artículo 34° de la Ley del Impuesto a la Renta, que señala que son renta de quinta categoría los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente con contratos de prestación de servicios normados por la legislación civil, cuando el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación de servicios demanda.

En este caso, estamos frente a las denominadas "zonas grises" en el Derecho Laboral, en las que no es suficiente acreditar dependencia con relación al lugar y horario de trabajo ni que la empresa proporcione los materiales y gastos, sino que es necesario apreciar la potestad directriz, de fiscalización y sancionadora de la empresa para acreditar el vínculo laboral. En este caso, en la práctica se podrían manejar conceptos como éste que permitan que el contrato siga siendo de naturaleza civil, prevaleciendo lo tributario sobre lo laboral.

Es por todo lo anteriormente expuesto que advertimos que, aunque en menor grado, existe todavía cierta informalidad laboral que se mantiene principalmente por los costos laborales y tributarios del sector privado, a pesar de las inspecciones de trabajo que se promueven por el Ministerio de Trabajo y de la incorporación de la Administración Tributaria como un ente recaudador e inspector para el cumplimiento de algunas obligaciones laborales y previsionales, sin interferir con la labor que cumple el Ministerio de Trabajo.