

# Criterios Aplicados en las Inspecciones Laborales sobre Primacía de la Realidad: ELEMENTOS ESENCIALES Y RASGOS SINTOMÁTICOS



**JORGE TOYAMA MIYAGUSUKU**

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Profesor Principal de la PUCP,  
Profesor en ESAN, Centrum y UPC.

**CAROLE NEYRA SALAZAR**

Abogada,  
Asistente del curso de Legislación Laboral de la Maestría en  
Organización y Dirección de Personas de ESAN.

## SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Contrato de Trabajo y Principio de la Primacía de la Realidad:
  1. Contrato de Trabajo;
  2. Elementos Esenciales del Contrato de Trabajo;
  3. Principio de la Primacía de la Realidad;
  4. Contrato de Locación de Servicios;
  5. Rasgos de Laboralidad y la OIT.
- III. Inspección Laboral y Principio de la Primacía de la Realidad:
  1. Marco Normativo;
  2. Ámbito de Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad bajo el Sistema Inspectivo;
  3. Alcances de las facultades de los inspectores de trabajo;
  4. Límites de los inspectores del Ministerio de Trabajo.
- IV. Criterios de las inspecciones de trabajo sobre primacía de la realidad: elementos esenciales y rasgos sintomáticos:
  1. Los elementos esenciales del contrato de trabajo:
    - 1.1 Prestación personal;
    - 1.2 Remuneración;
    - 1.3 Subordinación.



**2. Los rasgos sintomáticos de laboralidad:**

**2.1. Documentos:**

**2.1.1. Documentos emitidos por el empleador:**

- 2.1.1.1. Constancia de trabajo;
- 2.1.1.2. Emisión de boletas de pago;
- 2.1.1.3. Liquidación de beneficios sociales;
- 2.1.1.4. Carta de despido;
- 2.1.1.5. Memorándum;
- 2.1.1.6. Reportes por tardanza;
- 2.1.1.7. Adelanto de sueldo;
- 2.1.1.8. Publicidad institucional;
- 2.1.1.9. Entrega de detalle de trabajadores;
- 2.1.1.10. Documentos emitidos por el trabajador.

**2.1.2. Manifestaciones realizadas por el empleador:**

- 2.1.2.1. Personal sujeto a periodo de prueba;
- 2.1.2.2. Manifestaciones realizadas por el gerente general;
- 2.1.2.3. Manifestación de pago de beneficios sociales;
- 2.1.2.4. Transacción extrajudicial;
- 2.1.2.5. Posterior inclusión en planilla.

**2.1.3. Condiciones de trabajo:**

- 2.1.3.1. Uso de uniformes;
- 2.1.3.2. Gastos por accidentes laborales.

**2.1.4. Inclusión dentro de la estructura de la empresa.**

**V. Principio de primacía de la realidad: casos de improcedencia:**

**1. Documentos emitidos por el empleador:**

- 1.1. Entrega de fotocheck;
- 1.2. Constancia de trabajo.

**2. Declaraciones de parte:**

- 2.1. Reconocimiento de relación laboral por parte del encargado;
- 2.2. Declaración de trabajador no acredita relación laboral;
- 2.3. Personal sujeto a periodo prueba;
- 2.4. Constatación y denuncia policial.

**3. Personal similar en planilla.**

**VI. Típicos rasgos sintomáticos de laboralidad en las resoluciones emitidas por el MTPE.**

**VII. Reflexiones finales**

**I. INTRODUCCIÓN**

En los últimos años las inspecciones efectuadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo –en adelante MTPE– han cobrado mayor relevancia en nuestro país, tanto a nivel individual como colectivo. Las inspecciones de trabajo se han convertido en un mecanismo imprescindible en las labores que realiza el Estado para promover el cumplimiento de los dispositivos

legales así como equilibrar la relación que existe entre empleadores y trabajadores en virtud de la función tuitiva del derecho laboral.

En la realidad se puede apreciar que ciertos empleadores utilizan indebidamente distintas modalidades contractuales a fin de evitar el cumplimiento de las obligaciones laborales que emanan del propio contrato de trabajo, disfrazándolos mediante diversas figuras jurídicas

que, si bien se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento jurídico –como puede ser un contrato de locación de servicios u otros–, no son aceptables en el ámbito laboral en caso que realmente exista una relación de trabajo.

Bajo este escenario, es importante que el Estado intervenga en las relaciones que se encuentran encubiertas, para lo cual se asiste de manera significativa en las labores que realizan los inspectores del MTPE, tanto así que se estima que tras dos años del Plan RETO, casi 32,000 personas en el país han ingresado a planillas gracias a dichas inspecciones y se espera que, a su término, cerca de medio millón de personas pasen a planillas.

Por medio del presente artículo revisaremos cuáles son aquellos criterios que vienen siendo aplicados por los inspectores y funcionarios del MTPE y que han sido plasmados en las resoluciones emitidas en los procesos de inspección laboral sobre el principio de primacía de la realidad. La primacía de la realidad es, seguramente, el principio que más se utiliza en las inspecciones y procesos laborales dado el alto nivel de informalidad laboral del país (se estima que solo uno de cada cuatro trabajadores se encuentran en planillas).

Antes de analizar los criterios del MTPE, es importante señalar que el presente artículo se ha apoyado en las resoluciones emitidas por el MTPE que están contenidas en el libro "Jurisprudencia sobre Inspecciones Laborales".<sup>1</sup> En atención a lo expuesto, queremos advertir que los criterios vertidos en el presente documento se basan en las resoluciones de segunda instancia de la Dirección de Inspección de Lima así como algunas expedidas por las Direcciones Regionales de Trabajo del país. Somos conscientes de las limitaciones al no haber tenido acceso al expediente inspectivo del cual se derivan las resoluciones comentadas ni tampoco se han considerado aquellas resoluciones de primera instancia que no han sido impugnadas. A pe-

sar de estas limitaciones, consideramos que el presente artículo puede contribuir a difundir los actuales criterios del MTPE sobre el principio de primacía de la realidad.

## II. CONTRATO DE TRABAJO Y PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

### 1. Contrato de trabajo

Actualmente no existe una exacta definición normativa sobre el contrato de trabajo. El Artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR–, señala sus elementos esenciales que lo conforman, indicándolo de la siguiente manera:

*"Artículo 4°.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)".*

De dicho artículo se desprende –además de los elementos esenciales del contrato– como regla general una presunción de laboralidad, en la cual toda prestación de servicios remunerados y subordinados supone una relación laboral de duración indeterminada, salvo prueba en contrario.

El contrato de trabajo es un negocio jurídico caracterizado por prestar servicios personales por cuenta ajena en una relación de subordinación a cambio de una remuneración. Dicho de otro modo, el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad, pudiendo ser el acuerdo en forma verbal o escrita.

### 2. Elementos esenciales del contrato de trabajo

Los tres elementos esenciales del contrato de trabajo son aquellos componentes indispensa-

1 TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y EGUIGUREN PRAELL, Augusto. *Jurisprudencia sobre Inspecciones Laborales*. Ed. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Diciembre 2009.

bles y que permiten diferenciarlos del resto de contratos: la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación.

- **La prestación de servicios** es la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad la cual es inseparable de su personalidad.<sup>2</sup>
- **La remuneración** constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a su disposición.
- **La subordinación** constituye la obligación que tiene el trabajador de acatar las órdenes o disposiciones que emite el empleador, las cuales implican la presencia de las facultades de dirección, fiscalización y sanción, las mismas que se exteriorizan en el cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, sometimiento a los procesos disciplinarios aplicables al personal dependiente, entre otras.

### 3. Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de realidad se aplica a aquellos supuestos en los cuales exista divergencia entre lo que se encuentra plasmado en un documento, práctica o pacto y lo que sucede en la realidad, en cuyo caso deberá primar lo último, es decir lo que verdaderamente sucedió según los hechos verificados.

En opinión de Javier Neves<sup>3</sup>:

*"Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que por 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". En esa misma línea, Neves indica que "El juez debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido".*

A decir de América Plá Rodríguez<sup>4</sup> tenemos 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 e instrumentos de control".*

El principio de primacía de la realidad constituye uno de los principios rectores en el derecho laboral y sirve de sustento para las inspecciones laborales, por lo que debe prestarse particular atención a fin de delimitar correctamente aquella zona gris que pudiera existir cuando estamos frente a un contrato de naturaleza civil, y en las cuales se pudieran presentar ciertas manifestaciones y/o rasgos sintomáticos de un contrato de trabajo.

Sobre los alcances de este principio, Pedro Morales<sup>5</sup> opina que *"este principio no solo es importante para establecer la existencia de la relación laboral (...); ahí donde se le pretende*

2 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*. Ed. Cusco, Lima, 1987, pp. 424-426.

3 NEVES MUJICA, Javier. *Los principios del Derecho del Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: *Centros de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Jurisprudencia y doctrina Constitucional Laboral*. Lima, Palestra Editores, 2006, p. 36.

4 PLÁ RODRIGUEZ, América. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 2da edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 243.

5 MORALES CORRALES, Pedro. *"Primacía de la Realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios: su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas"*. En: *II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Chiclayo 29, 30 y 31 de Octubre de 2008, p. 228.

*disfrazar con una figura contractual civil, sino que también se aplica a multiplicidad de sujetos que se pueden dar con motivo de las modalidades formativas y de la ejecución del contrato de trabajo”.*

Sin embargo, pese a existir otras formas de disfrazar una relación laboral, en el presente artículo sólo nos centraremos en aquellos sujetos vinculados al contrato de trabajo, tal como lo veremos a continuación.

#### 4. Contrato de locación de servicios

El contrato de locación de servicios se caracteriza porque la prestación de servicios se realiza de forma independiente, con ausencia de la subordinación del sujeto contratado. El locador se encuentra sujeto al cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de servicios pero sin llegar a una situación de dependencia jurídica frente al sujeto que lo contrata. Esta figura se encuentra regulada en nuestro Código Civil:

*“Artículo 1764.- 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”.*

Por citar un ejemplo, podríamos considerar aquellos servicios que son prestados por un abogado independiente, el cual absuelve una consulta legal o defiende un proceso judicial. El abogado actúa como asesor externo y aporta sus conocimientos y experiencia al caso concreto sin estar subordinado o sujeto a las órdenes de su cliente.

Cabe indicar que el contrato de locación de servicios presenta algunas peculiaridades especiales, que no se observan en un contrato laboral, como la igualdad que existe entre las partes, es decir, tanto el locador como el comitente se encuentran en igualdad de condiciones para negociar las cláusulas del contrato. Asimismo, en esta modalidad contractual ambas partes se encuentran en plena capacidad de hacer uso de sus libertades que

la ley reconoce: libertad de contratar (cuando y con quienes desean contratar) y libertad contractual (referido a las cláusulas estipuladas en el contrato).

#### 5. Rasgos de laboralidad y la OIT

La Organización Internacional del Trabajo –en adelante OIT– es un organismo internacional que tiene como objetivo fundamental promover un trabajo decente para todos, así como hacer cumplir las normas, principios y derechos fundamentales en el trabajo. La OIT emite dos tipos de instrumentos normativos, los cuales son considerados como fuentes del derecho y que son los denominados “Convenios” y “Recomendaciones”:

- **Convenios laborales:** Son aquellos tratados internacionales emitidos por la OIT, cuya aplicación e exigibilidad se instrumentaliza con su ratificación por parte del Estado miembro, a partir del cual se convierte en una norma de carácter obligatorio en la legislación laboral interna.
- **Recomendaciones:** Son aquellos acuerdos que también son emitidos por la OIT, pero cuya importancia no es suficiente para dar lugar a un Convenio, siendo su aplicación facultativa. Es decir, las recomendaciones tienen una finalidad orientadora, constituyendo pautas y pasos a seguir por parte de los países miembros.

El Perú es uno de los países miembros que conforma la OIT y que ha ratificado el Convenio No. 81, referido a la “Inspección del Trabajo” y ha adoptado la Recomendación No. 198, denominada “La Relación de Trabajo”, mediante la cual se busca aplicar una política nacional para garantizar una protección efectiva a los trabajadores. Cabe señalar que las actuales inspecciones que se vienen efectuando en nuestro país, al amparo de la actual Ley General de Inspección del Trabajo –en adelante LGIT, aprobada por la Ley 28806–, recogen preceptos del Convenio No. 81 y la Recomendación No. 198 tal como lo veremos más adelante.

### III. INSPECCIÓN LABORAL Y PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA DE LA REALIDAD

#### 1. Marco normativo

Es importante tener presente que hasta antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 910<sup>6</sup>, hoy derogada parcialmente por la LGIT, el principio de primacía de la realidad no se encontraba regulado en ninguna ley vinculada a la inspección laboral. Sin embargo, es necesario indicar que el principio de primacía de la realidad sí se encontraba contemplado en otros ordenamiento jurídicos, tales como en el Decreto Legislativo No. 1050 (Ley General del Sistema Concursal)<sup>7</sup>, en el Código Tributario, referida al principio de la realidad económica<sup>8</sup> y en la Ley 27626 (Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajo)<sup>9</sup>, además de aplicarse en las fiscalizaciones laborales por los inspectores de trabajo.

Con fecha 22 de julio de 2006 se publica la LGIT, la cual a través de su Artículo 2 señala lo siguiente:

***“Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo.- El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como***

*de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores: (...) 2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales deben siempre privilegiarse los hechos constatados”*

En ese mismo sentido, el Artículo 3 del Decreto Supremo No. 019-2006-TR, Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, establece lo siguiente:

***“Artículo 3.- De conformidad con lo establecido por el Artículo 2 de la Ley, el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran, se regirán por los principio de legalidad, primacía de la realidad, imparcialidad (...)”***<sup>10</sup>

#### 2. Ámbito de aplicación del principio de primacía de la realidad bajo el sistema inspectivo

La LGIT diferencia dos etapas muy marcadas dentro del ámbito inspectivo. La primera de ellas es la llamada fase de investigación, que tiene como objetivo primordial vigilar el cumplimiento de las normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales en

- 6 Decreto Legislativo No. 910.-Artículo 3° inciso b).-“En la aplicación de la Ley se observan, especialmente, los siguientes principios rectores (...) b) Primacía de la realidad (...)”.
- 7 Decreto Legislativo No. 1050.- “Para el reconocimiento de los créditos de origen laboral la Comisión podrá aplicar el principio de primacía de la realidad privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustenten el crédito”. Cabe indicar que la Ley 27609 (Ley General del Sistema Concursal, modificado por el Decreto Legislativo No. 1050) también estableció el principio de primacía de la realidad, pero siempre que el acreedor lo hubiera convocado.
- 8 Código Tributario.- Título Preliminar.- Norma VII.- “Interpretación de Normas Tributarias: Al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho. Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible, la Sunat tomará en cuenta los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los deudores tributarios”.
- 9 Ley 27626.- Artículo 5.- “De la infracción de los supuestos de intermediación laboral.- La infracción de los supuestos de intermediación laboral que se establece 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”.
- 10 Decreto Supremo No. 019-2006-TR, publicado el 29 de octubre de 2006, modificado mediante Decreto Supremo No. 019-2007, publicado el 01 de setiembre de 2007.

el orden socio laboral, así como orientar y asistir técnicamente a los empleadores y trabajadores a fin de promover el cumplimiento de las normas laborales. La segunda etapa se denomina procedimiento sancionador, mediante la cual se ventila un proceso de sanción a los sujetos responsables por aquellas infracciones que tales hechos podrían constituir y que se inicia sólo de oficio a partir de la notificación del acta de infracción.

El principio de primacía de la realidad se aplica en ambas fases, pero con mayor énfasis en la etapa de investigación, mediante la cual el inspector de trabajo busca obtener la mayor cantidad y calidad de información relevante relacionada a la forma como, en la práctica, se prestaron los servicios a fin de determinar las medidas inspectivas que aplicará al sujeto inspeccionado, tales como aconsejar, advertir, requerir, ordenar la paralización o de ser el caso iniciar el procedimiento sancionador correspondiente.

El uso de esta herramienta en muchos casos puede ser de gran utilidad, pero en otros podría resultar inadecuada debido a que si el inspector no efectúa una investigación minuciosa y objetiva de la realidad lo que se podría conseguir es aplicar una medida desproporcionada a las reales circunstancias apreciadas.

### 3. Alcances de las facultades de los inspectores de trabajo

La LGIT ha otorgado distintas prerrogativas al inspector laboral a efectos de cumplir cabalmente las funciones que desempeña y que se encuentran debidamente enumeradas en el Artículo 5° de la citada ley. Por otro lado, y conforme al Convenio No. 81 de la OIT, el inspector cuenta con diversas facultades, acorde

con sus responsabilidades, entre las que cabe citar la potestad de adoptar medidas en los casos que razonablemente aprecie un peligro para la salud o seguridad de los trabajadores (Artículo 13), así como la facultad discrecional de advertir y de aconsejar en vez de iniciar o recomendar un procedimiento sancionador (Artículo 17).

Tal como lo señala Adolfo Ciudad:

*"La nueva ley, en estricto, no otorga nuevas facultades inspectivas, sino que recoge, ordena, sistematiza, actualiza las facultades que ya estaban reguladas en el Decreto Legislativo 910, así como en el Convenio No. 81 de la OIT ratificado por el país, y que por tanto ya formaban parte del derecho nacional".<sup>11</sup>*

En atención a lo expuesto y, si bien es cierto dichas normas le confieren al inspector de trabajo amplias potestades, también es necesario señalar que dichas facultades no son más que simples enunciados legales que tienen por finalidad otorgar ciertos parámetros y reglas generales en la ejecución del cumplimiento de sus obligaciones, debido a que en el ejercicio profesional quienes han tenido la oportunidad de participar en un proceso inspectivo se pueden haber percatado –tal como lo señala Fernando García Granara– que:

*"La actuación inspectiva verifica hechos y atribuye una consecuencia legal de la calificación por parte del inspector, para lo cual se requiere una actuación lógica y jurídica en el registro y comprobación de los hechos; porque de no hacerlo la calificación se derivaría de su apreciación subjetiva y no de hechos objetivos y concretos".<sup>12</sup>*

11 CIUDAD REYNAUD, Adolfo. *El nuevo modelo de inspección del trabajo en Perú*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Chiclayo 29, 30 y 31 de Octubre de 2008, p. 333.

12 GARCÍA GRANADA, Fernando. *Alcances y límites de la Inspección del Trabajo. Los criterios para el ejercicio de las facultades de la Inspección del Trabajo en el Perú*. En: III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Chiclayo 29, 30 y 31 de Octubre de 2008, p. 310.

En ese sentido, a continuación explicaremos las facultades inspectivas de un inspector de trabajo:

- Libertad de ingreso:** Una de las principales novedades que la ley otorga al inspector de trabajo, es la facultad o libertad para ingresar libremente a la empresa que inspeccionará, sin perjuicio de las limitaciones que pudiera tener y que se encuentra referidas a los derechos protegidos por nuestra Constitución. En el siguiente cuadro aparecen los parámetros que establece la ley dentro del ámbito de ingresar libremente a la empresa inspeccionada.
- Acompañamiento durante visita inspectiva:** En virtud del numeral 2) del Artículo 5 de la LGIT, el inspector tiene la facultad de solicitar el acompañamiento de los trabajadores, representantes, peritos o de cualquier otra persona que considere necesario.
- Investigaciones e interrogatorio:** Para efectuar una adecuada fiscalización se requiere que tanto la empresa como el trabajador sean consciente de las declaraciones que realizarán durante una visita inspectiva, para lo cual no basta su simple manifestación, sino que además se requiere que dichas declaraciones se encuentren respaldadas con información y documentación que ampare lo afirmado. La LGIT ha otorgado distintos medios probatorios para sustentar dichas aseveraciones, entre las cuales podemos señalar las siguientes:

- Información:** El inspector se encuentra facultado para solicitar cualquier tipo de información vinculado al proceso inspectivo, con la finalidad de asegurarse del cumplimiento y/o incumplimiento de las disposiciones laborales vigentes.
- Presencia física:** La ley faculta al inspector para solicitar la presencia del empleador, del trabajador o de la persona que crea conveniente para la consecución de sus fines.
- Declaraciones:** A diferencia de nuestra normativa anterior, la actual ley faculta al inspector para solicitar declaraciones de parte del trabajador o del empleador, ya sea en presencia de todos los sujetos vinculados al proceso inspectivo o entrevistar sólo al trabajador sin la presencia del empleador, cuando se evidencia que existe temor por parte del trabajador a las represalias que pudiera tomar el empleador.
- Documentación:** El inspector tiene amplios poderes para requerir todo tipo de documentación vinculada a la inspección, tales como libros, archivos, registros, programas informáticos, declaraciones, boletas de pago, aportes tributarios, etc.

Pues bien, como puede apreciarse las facultades del inspector de trabajo consisten en usar las herramientas que tienen por finalidad advertir

Temas	Descripción
Ingreso Libre	El inspector puede ingresar libremente al centro de trabajo, sin necesidad de requerir autorización previa del empleador.
Oportunidad	Los inspectores de trabajo con la sola presentación de su credencial respectiva pueden apersonarse al centro de labores en cualquier momento.
Lugar	El lugar de inspección no necesariamente tiene que coincidir con el centro de trabajo, puede ser cualquier lugar donde se desarrolle las actividades laborales por parte del trabajador.
Comunicación al empleador	Generalmente deberá comunicarse la presencia del inspector en las instalaciones del centro laboral al empleador, salvo que dicha comunicación perjudique la eficacia de sus funciones.
Comunicación al trabajador	El inspector deberá comunicar su presencia al trabajador, al representante de los trabajadores o a la organización sindical.

la simulación de una relación laboral, así como conocer si el empleador ha intentado disfrazar esa situación mediante otra figura, con el único propósito de eludir sus responsabilidades que le corresponden como empleador.

#### 4. Límites de los inspectores del Ministerio de Trabajo

Si bien es cierto, la actual LGIT otorga al inspector de trabajo amplias facultades para la ejecución de sus funciones, es necesario recordar que dicha potestad no debería ser absoluta ni indiscriminada, más bien ser ejercidas de manera razonable y sin afectar los derechos fundamentales de las partes intervinientes en dicho proceso inspectivo.

En esa misma línea, y en virtud de la facultad discrecional con la que cuentan los inspectores, es necesario advertir que ellos se encuentran sujetos a un marco jurídico, así como al cumplimiento de aquellos principios que rigen el sistema de inspección del trabajo, como legalidad, jerarquía, eficacia, unidad de función y actuación, lealtad, honestidad y probidad.

Es importante tener presente que durante el proceso inspectivo el inspector de trabajo debe cumplir requisitos indispensables al momento de formalizar el acta de inspección, tales como registrar adecuadamente los hechos verificados, los incumplimientos advertidos y el razonamiento lógico que motiva dicha calificación. En caso de incumplir con dicha formalidad el acta de inspección podría perjudicar a una o, inclusive, ambas partes, tal como lo veremos a continuación:

##### **Resolución No. 253-2008/Lima**

*"Si bien la inspeccionada comisionada ha consignado como hechos verificados la existencia de una relación de carácter laboral al concurrir los elementos esenciales del contrato de trabajo, en ninguna parte de dicha acta desarrolló el razonamiento que motivó su calificación, los elementos fácticos que fueron verificados y que la llevaron en los manifestado por la presunta persona afectada, en el contrato de locación de*

*servicios, en los recibos por honorarios, indicios que sin embargo son insuficientes para acreditar de manera fehaciente una relación de subordinación".*

##### **Resolución No. 368-2008/Lima**

*"[...]Si bien la inspectora ha desarrollado que existe una relación de naturaleza laboral para la persona afectada y la inspeccionada, al concurrir los elementos esenciales del contrato de trabajo, en ninguna parte de dicha acta se desarrolló el razonamiento que la motivó, por lo que no procede la multa propuesta".*

Los inspectores de trabajo son funcionarios seleccionados en razón de sus capacidades cognitivas, en las cuales descansa la función inspectiva del MTPE, por lo que las actas de inspección deberían elaborarse con especial cuidado a fin de no omitir consignar el sustento legal, los principios y el razonamiento que sustentan sus conclusiones.

Naturalmente lo relevante es el razonamiento jurídico más que la mera mención de un principio o norma aplicable al caso. Así, en la siguiente resolución, se puede apreciar que no dejar constancia de la aplicación del principio de primacía de la realidad no necesariamente enerva eficacia a la constatación emitida, tal como se muestra a continuación:

##### **Resolución No. 02-2007/Lima**

*"No dejar constancia expresa en el acta de infracción la aplicación del principio de primacía de la realidad –para determinar la existencia de una relación laboral– no resta validez a los hechos verificados [...]; no obstante, este despacho considera conveniente recomendar a los inspectores de trabajo que en lo sucesivo hagan mención expresa de dicho principio cuando lo apliquen al caso concreto".*

Atendiendo a lo señalado, consideramos que los inspectores de trabajo deberían emitir sus actas diligentemente, de tal manera que dicha actuación no tenga que perjudicar a ninguno de los participantes en un proceso inspectivo.

#### IV. CRITERIOS DE LAS INSPECCIONES DE TRABAJO SOBRE PRIMACÍA DE LA REALIDAD: ELEMENTOS ESENCIALES Y RASGOS SINTOMÁTICOS

##### 1. Los elementos esenciales del contrato de trabajo

Los elementos esenciales del contrato de trabajo son aquellos componentes indispensables y determinantes para establecer una relación laboral: la prestación de servicios, la remuneración y la subordinación. En ese sentido, a continuación comentaremos aquellas resoluciones emitidas por el MTPE en las que se ha advertido la presencia de dichos elementos dentro de una relación civil o simplemente la simple verificación de los hechos y, en virtud de las facultades otorgadas al inspector de trabajo, se ha aplicado el principio de primacía de la realidad.

##### 1.1. Prestación personal

La prestación personal equivale a poner a disposición los servicios a favor del empleador, la cual no puede ser delegada a ninguna otra persona, salvo algunas excepciones. En ese sentido, la OIT ha indicado que:

*"[...] si el trabajador no puede ofrecer un sustituto para que éste ejecute el trabajo, entonces el individuo se considerará dependiente; si por el contrario el trabajador puede ofrecer un reemplazo, entonces dicho individuo sí podría considerarse como un trabajador independiente".<sup>13</sup>*

En esta misma línea el MTPE ha señalado que la prestación laboral debe desarrollarse de manera personal y exclusiva, tal como se aprecia en las siguientes resoluciones<sup>14</sup>:

##### **Resolución No. 057-2008/Piura**

*"Del análisis de los actuados se puede se-*

*ñalar lo siguiente: Las personas detalladas han realizado labores de distribución de recibos, toma de lecturas a medidores, cortes y reaperturas y otros, labores que realizaron de manera personal, hecho que no ha sido negado por la inspeccionada; (...) el propio jefe de recursos humanos ha señalado que estas personas cumplían con un horario de trabajo, en el cual desarrollaban sus labores de manera personal y exclusiva, hecho que la empresa no ha negado, siendo este un rasgo típico de una relación laboral".*

##### **Resolución No. 181-2008/Arequipa**

*"La situación laboral de los trabajadores afectados ha quedado debidamente establecida con lo verificado en las actas de inspección acotadas, lo que se corrobora de la relación anexa aludida, donde aparecen consignados los nombres de los trabajadores, su fecha de ingreso, el cargo o la ocupación que cumplen y la jornada de trabajo que observan, comprobaciones que se privilegian a tenor del Principio de la Primacía de la Realidad".*

##### 1.2. Remuneración

El pago de la contraprestación también es considerado uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo pero recordemos que este componente también forma parte del contrato de locación de servicios, por lo que la sola consideración de la contraprestación no podría ser determinante para considerar que nos encontramos frente a una relación laboral. Este elemento, conjuntamente con otros rasgos adicionales, puede establecer un vínculo laboral, tal como se señala en la siguiente resolución:

##### **Resolución No. 153-2009/Lima**

*"En tal sentido, al concurrir los elementos propios de un contrato de trabajo como son: la prestación personal de un servicio,*

13 Organización Internacional del Trabajo, *La relación de trabajo. Línea guía anotada a la Recomendación No. 198*. Ginebra, Documento No. 18, primera edición, Marzo 2008, p. 41.

14 En esa misma línea pueden verse las Resoluciones No. 058-2007/Lima, No. 053-2008/Lima y No. 134-2009/Lima.

*el pago de una contraprestación por el mismo y la subordinación con el sujeto inspeccionado, por el principio de primacía de la realidad que establece que, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y los hechos reflejados en los documentos formales debe privilegiarse los hechos constatados*.<sup>15</sup>

Al respecto, la OIT ha señalado que "(...) en caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la dependencia económica determinará que se califique como tal la relación existente, es decir no importa que exista o carezca del control sobre el método de ejecución del trabajo".<sup>16</sup> Por lo que se aprecia, para la OIT, en caso de duda, la contraprestación constituye un elemento relevante para establecer un vínculo laboral.

### 1.3. Subordinación

Con relación al elemento de subordinación, la OIT ha establecido en el Párrafo 13 de la Recomendación No. 198 que algunos indicios que configuran una relación de trabajo "es el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y control de otra persona"; es decir cuando el empleador determina cuándo y dónde se debe ejecutar el trabajo.

Siguiendo los mismos criterios emitidos por la OIT, el MTPE ha manifestado en diversas oportunidades –mediante la aplicación del principio de primacía de la realidad– que aquellas situaciones en donde se constate la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo –como la subordinación– carece de sustento señalar lo contrario ya que dicho elemento determina fehacientemente una relación de naturaleza laboral de una civil. En las siguientes resoluciones podemos apreciar que el elemento de subordinación constituye un factor concluyente para establecer que nos encontramos frente a una relación laboral, más aún si se tiene

en cuenta que el locador se encuentra sujeto a fiscalización, así como al cumplimiento de órdenes por parte del gerente y administrador respectivamente (ambos considerados como funcionarios de la empresa inspeccionada).

#### Resolución No. 251-2009/Lima

*"(...) mediante la aplicación del Principio de la Realidad, la inspectora actuante determinó fehacientemente que la relación entre las referidas personas y la inspeccionada era de naturaleza laboral, al constatar la existencia de los elementos del contrato de trabajo, esto es la prestación personal de servicios, el pago de una remuneración y sobre todo la subordinación, más aún si se advierte que la gerente de ventas supervisa las actividades de las indicadas trabajadoras".*

#### Resolución No. 013-2008/Madre de Dios

*"La inspeccionada ha infringido las normas señaladas en la Ley de Inspecciones, al haber celebrado el contrato de naturaleza civil con la trabajadora, evidenciándose de los mismos y de la documentación que obra en autos, que existían órdenes impartidas por el administrador de la inspeccionada demostrándose la existencia de dependencia y subordinación dentro de la relación laboral, además de las actividades que realizaba la trabajadora cuyas connotaciones son de naturaleza laboral".*

## 2. Los rasgos sintomáticos de laboralidad

Los rasgos sintomáticos de un contrato de trabajo son aquellas "pistas" o "señas" propias de una relación laboral, las cuales –a diferencia de sus elementos esenciales– no son determinantes para demostrar su existencia pero constituyen indicios que, valorados en conjunto y/o sumados a otros elementos del contrato de trabajo,

15 En este sentido, también pueden revisarse las Resoluciones No. 032-2008/Lima, No. 058-2007/Lima y No. 213-2008/Lima.

16 Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 35.

pueden servir para concluir que nos encontramos ante una relación de trabajo sobre todo en aquellos casos en donde resulta difícil determinar la existencia de una relación laboral.

En ese sentido, a continuación señalaremos aquellas notas distintivas que han sido considerados por el MTPE como rasgos sintomáticos para determinar que nos encontramos frente a una relación laboral.

## 2.1. Documentos

Los documentos que detallamos a continuación son aquellos instrumentos que han sido advertidos dentro de una relación civil o verificados simplemente en la realidad y que han sido considerados como rasgos sintomáticos de laboralidad.

### 2.1.1. Documentos emitidos por el empleador

Generalmente la relación diaria entre el trabajador y empleador promueve a que este último emita ciertos instrumentos que sólo deberían ser proporcionados a un trabajador que labora sujetándose a la dirección del empleador. Son estos documentos que suelen causar convicción de los hechos al momento que el inspector emite un acta de infracción, y además que conlleva a determinar que efectivamente nos encontramos frente a una relación laboral.

#### 2.1.1.1. Constancia de trabajo

La constancia de trabajo es aquel documento emitido por el empleador a fin de dejar constancia que una persona labora en una organización, la cual contiene el cargo que viene ocupando u ocupó, el tiempo de su permanencia y, de ser el caso, la cantidad de dinero que percibe por los servicios que presta. Como puede apreciarse, en este documento se encuentra plasmados todos los elementos esenciales que conforman un contrato de trabajo, por lo que no debería

ser otorgado a ninguna persona distinta a un trabajador.

En las siguientes resoluciones se puede apreciar que la constancia de trabajo constituye un indicio que, valorado en su conjunto con otros rasgos sintomáticos, genera convicción al inspector para determinar que el locador no prestó sus servicios bajo la modalidad de un contrato de locación de servicios sino que, por el contrario, dichas notas distintivas reflejan que estamos frente a una relación de indole laboral.

#### **Resolución No. 218-2008/Lima:**

*"Lo alegado en el sentido que la referida prestó servicios bajo la modalidad de locación de servicios y por consiguiente no existía relación laboral carece de sustento (...); y que se corrobora con el documento denominado "Constancia de Trabajo".*

#### **Resolución No. 153-2009/Lima:**

*"De la revisión del acta de infracción se advierte que se determinó la existencia de una relación laboral entre la inspeccionada y la persona referida, conforme se advierte de la constancia de trabajo (...)."*<sup>17</sup>

### 2.1.1.2. Emisión de boletas de pago

Según se señala en el segundo párrafo del Artículo 3 del Decreto Supremo No. 001-98-TR, referida a las Normas reglamentarias relativas a obligaciones de los empleadores de llevar planilla de pago, "(...) el pago se acredita con la boleta firmada por el trabajador o con la constancia respectiva. La boleta de pago, contendrá los mismos datos que figuran en planillas y deberá ser sellada y firmada por el empleador o su representante legal".

Tal como puede apreciarse, la boleta de pago es un comprobante emitido por el empleador al trabajador, en la cual se encuentra incluidos ciertos datos personales del trabajador, tales

<sup>17</sup> De la misma forma, el desarrollo de este rasgo sintomático puede apreciarse en las Resoluciones No. 092-2009/Lima, No. 319-2008/Lima y No. 289-2008/Lima, las cuales han servido de soporte para determinar una relación de trabajo.

como los apellidos, el nombre, el cargo, el DNI, el sueldo básico, las bonificaciones, la movilidad, la gratificación, las vacaciones, la asignación familiar, etc.; por lo que dicho documento sólo podría ser emitido a un trabajador que actúa de forma dependiente dentro de una relación laboral.

En virtud de este documento el locador que presta sus servicios al comitente y se siente parte de una relación laboral, podría exhibir su boleta de pago en tanto que, conjuntamente con algún otro rasgo adicional, se podría demostrar la existencia de su vínculo laboral con el empleador y no una relación civil como lo establece su contrato de locación de servicios. Es así que en la siguiente resolución se destaca que las boletas de pago -aportadas por el sujeto inspeccionado- constituye un reconocimiento del vínculo laboral por parte del empleador:

**Resolución No. 740-2008/Lima**

"(...) Lo alegado en el sentido que los señores indicados serían locadores de servicios, carece de sustento, pues de las copias de las boletas de pago adjuntas a su apelación, se desprende el reconocimiento de vínculo laboral con dichas personas".

**2.1.1.3. Liquidación de beneficios sociales**

Nuestra legislación laboral no realiza una definición exacta de que debe entenderse por beneficios sociales pero usualmente es entendida como todo aquello que corresponde ser entregado al trabajador como contraprestación de sus servicios o con ocasión de los mismos. La liquidación de beneficios sociales es emitida por el empleador una vez finalizado el vínculo laboral, y en este documento se consignan aquellos derechos o beneficios que le corresponde sólo al trabajador dependiente y que ha sido producto de su propia prestación de servicios.

Al respecto, en la siguiente resolución se aprecia que, pese a no existir un documento que

demuestre que efectivamente existe subordinación por parte del locador hacia el empleador, la liquidación de beneficios sociales constituye un rasgo sintomático relevante para atribuir que existe una relación encubierta y, por ende, corresponde la aplicación del principio de primacía de la realidad.

**Resolución No. 736-2008/Lima**

"Con relación a que la inspeccionada tendría una relación de naturaleza civil con el prestador de servicios, dado que los documentos y hechos recogidos en el acta de infracción no demostrarían la existencia de subordinación, elemento esencial en una relación laboral, carece de sustento, pues según los hechos formalizados en la mencionada acta (...); exhibiendo una liquidación de beneficios sociales, lo cual evidencia un reconocimiento del empleador de la existencia del vínculo laboral".<sup>18</sup>

**2.1.1.4. Carta de despido**

La carta de despido es expedida de forma unilateral por el empleador, la cual tiene por finalidad dar a conocer al trabajador la decisión que tiene la empresa de concluir su contrato de trabajo, debiéndose emitir cuando existe una causa justa de despido.

En la siguiente resolución podemos apreciar como la carta de despido constituye un elemento importante para establecer que existe una relación laboral, y para lo cual el MTPE aplica el principio de primacía de la realidad, estableciendo que mediante dicho documento el propio empleador reconoce que existe una relación laboral.

**Resolución No. 054-2007/Lima**

"Con relación a que el inspector se habría parcializado al aplicar el principio de primacía de la realidad, debe indicarse que ha

<sup>18</sup> De la misma manera el documento denominado "Liquidación de Beneficios Sociales" podemos apreciar que ha servido de sustento para desvirtuar que no nos encontramos frente a una relación civil tal como se ha establecido en la Resolución No. 124-2008/Lima y en la Resolución No. 433-2008/Lima.

*sido reconocida por la misma inspeccionada durante el desarrollo de las actuaciones, en las que manifestó haber cursado a la persona afectada una carta de despido por abandono de trabajo, hechos que corroboran lo verificada por el inspector en el sentido que entre las partes existía una relación de naturaleza laboral al concurrir los elementos esenciales del contrato de trabajo”.*<sup>19</sup>

#### 2.1.1.5. Memorándum

Este documento se utiliza con la finalidad de intercambiar información de manera rápida entre los diferentes departamentos de una organización, con el propósito de dar a conocer alguna recomendación o instrucción. En la siguiente resolución puede apreciarse que, si bien es cierto el memorándum no se encuentra dirigido directamente al locador, dicho documento ha servido de sustento para desvirtuar que la relación existente entre el sujeto afectado y el empleador era de naturaleza civil, por lo que en virtud del principio de primacía de la realidad se ha acreditado que el locador prestaba sus servicios bajo una relación laboral.

#### **Resolución No. 13-2009/La Libertad**

“Según la documentación obrante en el expediente, está acreditada la relación laboral al prestar sus servicios bajo jornada y horario de trabajo, como obra en el Memorando No. 01-2006-GC emitido por el gerente comercial al jefe de seguridad de la empresa, donde se consigna el horario de la persona afectada; (...) el recurrente argumenta en su recurso que la relación con la persona afectada era de naturaleza civil, lo cual queda desvirtuado con la documental obrante y en aplicación del principio de primacía de la realidad”.

#### 2.1.1.6 Reportes por tardanza

El locador tiene autonomía de los trabajos encargados por el comitente, vale decir que tiene

plena facultad de optar la forma, el lugar y el momento en que desee realizarlo, siempre que se encuentre dentro de los plazos establecidos; por lo que el locador no se encuentra sujeto a un horario determinado, ni tampoco es susceptible de amonestaciones, sanciones por tardanzas u otras faltas cometidas.

En la siguiente resolución, podemos apreciar que la llamada de atención por tardanza, conjuntamente con el resto de documentación presentada por el trabajador, conlleva al MTPE a presumir de la concurrencia de los elementos propios de un contrato de trabajo, pese a que el empleador señala que la presunta trabajadora sólo se limitaba a realizar labores cuando se le requería.

#### **Resolución No. 415-2008/Lima**

*“Lo alegado en el sentido que la presunta trabajadora solo se limitaba a realizar labores de auxiliar contable cuando se le requería, teniendo la condición de locadora de servicios no desvirtúa los hechos constatados (...) máxime si se tiene que de la documentación se desprende (...) reportes de atención por tardanza y asignación de trabajo para los días sábados, lo que evidencia sujeción a las normas y directivas del recurrente, así como el pago quincenal por sus servicios, con lo cual se establece la concurrencia de los elementos propios de un contrato de trabajo”.*

#### 2.1.1.7 Adelanto de sueldo

La denominación “sueldo” –legalmente lo apropiado es “remuneración”– constituye el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, ya sea en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición, tal como lo señala el Artículo 6 del Texto Único del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Esto quiere decir que el sueldo recibido por el trabajador responde a los servicios efectivamente prestados a favor

<sup>19</sup> Este mismo criterio también lo podemos encontrar en la Resolución No. 036-2006/Lima expedida por el MTPE.

del empleador, en tanto si no hubiera dicha prestación el empleador no estaría obligado a efectuar pago alguno.

Al respecto, la remuneración puede otorgarse una vez consumada la prestación de servicios, o por el contrario, podría concederse de forma adelantada, es decir, como un anticipo por los servicios que serían brindados posteriormente. La OIT ha determinado que el "pago en especie" tales como alimentación, vivienda, transporte u otros también constituyen indicios específicos que podrían coadyuvar a determinar la existencia de una relación de trabajo.<sup>20</sup>

En ese sentido, en la siguiente resolución se aprecia que el documento denominado "adelanto de sueldo", conjuntamente con otros elementos adicionales, ha constituido rasgos suficientes a fin de determinar que nos encontramos frente a una relación laboral.

#### **Resolución No. 065-2008/Lima**

*"De las diligencias inspectivas realizadas y pruebas documentales actuadas, se advierte que la prestación de servicios de la trabajadora presuntamente afectada a favor de la inspeccionada, fue personal, remunerada y subordinada, al contar con un registro de entrada y salida de las instalaciones de la empresa y cumplir con un horario de trabajo, situación que incluso fue corroborada con el documento denominado "adelanto de sueldo" que otorgó la inspeccionada No. 00266, que exhibe la recurrente en la diligencia de fecha 30 de marzo de 2007, extremos que permiten concluir la existencia de un vínculo de naturaleza laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad".*

#### **2.1.1.8. Publicidad institucional**

La publicidad institucional es aquella realizada en el ejercicio de una actividad comercial, la cual tiene por finalidad difundir información de índole general referida a la actividad empresarial.

20 Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 47.

En cuanto a este rasgo sintomático puede entenderse como publicidad institucional aquellos afiches o folletos emitidos por la propia empresa. En el ámbito laboral, dichos folletos en donde figure la foto del locador podría ser un indicio para establecer una relación laboral. Por ejemplo, si en el folleto aparece el empleador celebrando el cumpleaños del locador o quizás si el locador figura en el folleto institucional conjuntamente con los trabajadores registrados en planilla. Para el MTPE dichos elementos constituyen rasgo sintomático para establecer un vínculo de laboralidad, tal como puede apreciarse en la siguiente resolución:

#### **Resolución No. 043-2009/Lima**

*"Lo alegado en el sentido que no existe medio probatorio alguno que acredite la existencia del vínculo laboral con la persona afectada carece de sustento, (...), más aún si de los folletos publicitarios del restaurante inspeccionado, figura el ex trabajador afectado junto con el personal del sujeto inspeccionado, así como del carné de sanidad y las hojas sueltas con el registro de asistencia, se advierten indicios suficientes para establecer la existencia de vínculo laboral, en concordancia con el principio de primacía de la realidad".*

#### **2.1.1.9. Entrega de detalle de trabajadores**

La entrega realizada por el empleador de una lista detallada de los trabajadores, en la cual figura el nombre de un locador puede constituir un elemento distintivo para apreciar que estamos frente a una relación laboral, a pesar que el empleador manifieste lo contrario.

Ante ello, en la siguiente resolución se puede apreciar como el inspector ha contrastado la manifestación realizada por el empleador con aquella lista de trabajadores que le fue entregado y firmado por él mismo, haciendo prevalecer este último instrumento para determinar la existencia de una relación laboral.

**Resolución No. 301-2008/Lima**

"Con relación a lo alegado en el sentido que las personas referidas no son sus trabajadores, es una manifestación de parte que es desvirtuada con la lista de trabajadores que el mismo sujeto inspeccionado entregó y firmó ante el inspector de trabajo en la visita de inspección, y en la que se encuentran incluidos los citados señores".

**2.1.1.10. Documentos emitidos por el trabajador**

Así como hemos analizado aquellos documentos que han sido emitidos directamente por el empleador, cabe señalar que también existen otros instrumentos expedidos por parte del trabajador.

La carta de renuncia es el documento presentado por el trabajador al empleador a fin de manifestar sus intenciones de desvincularse laboralmente con la empresa y comunicar el último día de labores.

Una diferencia fundamental que existe entre un contrato de trabajo y un contrato de locación de servicios deviene en que, para el primero se requiere cursar una comunicación previa al empleador con 30 días de antelación o solicitar la exoneración de dicho plazo, previa conformidad del empleador; a diferencia de un contrato de locación de servicios, en cuyo caso, la desvinculación entre locador y comitente se puede realizar en cualquier momento sin estar sujeto a un plazo mínimo de anticipación, siempre que no cause un grave perjuicio al comitente.

En la siguiente resolución del MTPE se aprecia que la carta de renuncia constituye un rasgo sintomático del contrato de trabajo, en cuyo caso se ha considerado como una particularidad para determinar la existencia de una relación laboral.

**Resolución No. 036-2008/Lima**

"El comisionado encontró laborando a la

persona afectada, verificando respecto de ella la existencia de las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, es así que la titular de la empresa exhibió una carta de renuncia suscrita por dicha persona, con lo que se demostraba que la inspeccionada la reconocía como su trabajadora (...)"

**2.1.2. Manifestaciones realizadas por el empleador**

Tal como se consagra en el Convenio 81 de la OIT<sup>21</sup> y en nuestras disposiciones internas, el inspector de trabajo tiene amplia facultad para ingresar libremente –y sin previa notificación– al domicilio de la empresa inspeccionada, sin necesidad de contar con la previa presencia del empleador. Esto revela que, en algunas ocasiones, podría presentarse situaciones donde el inspector de trabajo realice una visita inspectiva y no se encuentre dentro de las instalaciones de la empresa el funcionario encargado, lo que podría derivarse en que alguna persona de su estructura administrativa pueda presentarse frente al inspector y mostrarse como representante de la empresa.

Es en este contexto en que dichos sujetos, que actúan como aparentes representantes de la empresa, podrían dar a entender al inspector que algún locador tiene vinculación laboral con la empresa sin que necesariamente lo tenga, lo cual podría derivarse en un resultado que afectaría seriamente a la organización, hasta tal punto que podría evidenciarse la simulación de un contrato de trabajo. En estos casos, corresponderá a la empresa demostrar que se trata de declaraciones que no tienen sustento y se han emitido faltando a la verdad.

En relación a las manifestaciones a continuación desarrollaremos aquellas declaraciones realizadas por el empleador y que han sido consideradas por el MTPE como rasgo sintomático para aplicar el principio de primacía de la realidad.

21 Véase el artículo 12, numeral 1, Inciso a) del Convenio 81 de la OIT.

### 2.1.2.1. Personal sujeto a periodo de prueba

En virtud del Artículo 10 del Decreto Supremo No. 003-97-TR, el periodo de prueba es de 03 meses, a cuyo término el trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, salvo que se trate de trabajadores calificados o de confianza en cuyo caso será de 06 meses, y de un año en el caso de personal de dirección.

De lo señalado se puede apreciar que efectivamente no cabe aceptar que exista un sujeto que se encuentre laborando dentro de las instalaciones de la empresa y no haya sido registrado en planilla; por tanto, no resulta admisible que el empleador alegue que dicho trabajador aún no ha sido registrado, debido a que se encuentra sujeto a un periodo de prueba, tal como se aparece en la siguiente resolución del MTPE.

#### **Resolución No. 221-2009/Lima**

"Lo alegado en el sentido que la persona afectada no habría sido su trabajadora, carece de sustento, pues la comisionada determino que la relación entre ambas partes eran de naturaleza laboral, esto es, la prestación de servicios, el pago de una remuneración y sobre todo la subordinación, si se tiene en cuenta que esta última manifestó que no la había registrado aún en planillas, debido a que se encontraba en periodo de prueba que siendo así, procede a confirmar la resolución".<sup>22</sup>

### 2.1.2.2. Manifestaciones realizadas por el gerente general

De la sumilla presentada a continuación se puede apreciar como el inspector de trabajo ha aplicado el principio de primacía de la realidad en virtud de lo manifestado por el gerente general, quién reconoció que el locador había laborado

para ella, indicando su cargo, remuneración y horario de trabajo, basándose únicamente en la manifestación realizada por el empleador, debido a que en la investigación inspectiva no se logró acreditar fehacientemente que dicha relación era de naturaleza civil.

#### **Resolución No. 179-2009/Lima**

"(...) Lo manifestado en el sentido de haber tenido una relación de naturaleza civil con la persona afectada, no ha sido fehacientemente acreditado con la documentación adjunta a su recurso, ya que el comisionado constató la existencia de una relación laboral sobre la base de lo manifestado por el gerente general de la recurrente, quién reconoció que la persona afectada había laborado para la apelante, indicando su cargo, remuneración y horario de trabajo, aplicando el principio de primacía de la realidad".<sup>23</sup>

### 2.1.2.3. Manifestación de pago de beneficios sociales

Los beneficios sociales sólo corresponde al trabajador que ha tenido una relación laboral con el empleador, es decir que ha prestado sus servicios a cambio de una contraprestación y con sujeción o dependencia a favor del empleador.

En ese sentido, cualquier declaración emitida por el empleador indicando que se adeuda un beneficio social a favor del locador podría ser considerado por el MTPE como un rasgo sintomático para determinar el reconocimiento del vínculo laboral y no como una vinculación civil, tal como se establece en la siguiente resolución:

#### **Resolución No. 174-2009/Lima**

"Lo alegado en el sentido que la persona prestaba servicios esporádicos y que estaba contratado bajo la modalidad de locación

22 En otras palabras, por más que exista un sujeto que se encuentre en periodo de prueba, el empleador está obligado a registrarlo en planillas, tal como se establece también en las Resoluciones No. 221-2009/Lima, No. 211-2009/Lima y No. 221-2009/Lima.

23 En ese mismo sentido, se pueden apreciar las siguientes resoluciones emitidas por el MTPE: Resolución No. 52-2009/Lima y Resolución No. 179-2009/Lima.

*de servicios carece de sustento, si se tiene en cuenta que durante la diligencia del 14 de enero de 2008 el representante de la inspeccionada manifestó que no había cumplido con el requerimiento debido a que se encontraba en conversaciones con la persona afectada sobre el pago de sus beneficios sociales, evidenciándose de esta manera el reconocimiento del vínculo laboral entre las partes”.*

#### 2.1.2.4. Transacción extrajudicial

La transacción extrajudicial es un medio alternativo de solución de conflictos, el cual busca resolver un conflicto de intereses y evitar un pronunciamiento del órgano jurisdiccional, a través del cual las partes se realizan concesiones recíprocas derivadas en obligaciones, como por ejemplo: reconocer un derecho, pagar una determinada cantidad de dinero, etc.

En ese sentido, el MTPE ha señalado en reiteradas oportunidades que aquella transacción extrajudicial en la cual el empleador manifiesta que existe un vínculo laboral con el locador sirve de indicio para establecer que existe una relación laboral, por lo que carece de sustento que posteriormente se manifieste lo contrario, tal como se establece en la siguiente resolución:

#### **Resolución No. 694-2008/Lima**

*“Respecto a que el indicado señor, habría prestado servicios en condición de locador, cabe señalar que ello quedó desvirtuado con el mérito de la transacción extrajudicial en la que el apelante reconoce haber tenido vínculo laboral con dicha persona, máxime si en tal documento también acepta que le adeuda el pago de beneficios sociales”.*

Cabe advertir que, de la resolución que antecede, el MTPE ha tenido en consideración un sólo rasgo sintomático sin necesidad de contar con mayores elementos para acreditar la determinación de una relación laboral sin perjuicio de los demás documentos o elementos que las partes puedan haber presentado dentro del proceso de inspección.

#### 2.1.2.5. Posterior inclusión en planilla

La siguiente resolución se refiere a la manifestación efectuada por un funcionario de la empresa inspeccionada, en la que reconoce que existen varios locadores laborando en la empresa, y de los cuales algunos locadores ya habrían sido registrados en planillas y otros que serían incluidos posteriormente.

Sobre el particular, consideramos que en aquellos casos en donde todos los locadores ejecuten las mismas funciones, y en razón a las labores realizadas se haya incluido a un locador en planilla, eso conllevaría también a incluir al resto de locadores, en tanto que a igual trabajo realizado, todos deberían ser tratados en las mismas condiciones de contratación, tal como lo señala a continuación:

#### **Resolución No. 179-2009/Lima**

*“Lo alegado en el sentido que las personas afectadas prestaban servicios como locadores no existiendo vínculo laboral entre las partes carece de sustento, pues del acta de infracción se desprende que la comisionada en sus actuaciones (...): se establece la existencia del vínculo laboral con los trabajadores afectados, máxime si el Director de Personal durante la diligencia de fecha 09 de enero de 2008, expresó con relación a dichas personas que algunas de ellas habían sido incluidas en planillas, otras se habían retirado y las restantes serían ingresadas a planilla en marzo de 2008, confirmando con ello la existencia del vínculo laboral”.*

#### 2.1.3. Condiciones de trabajo

##### 2.1.3.1. Uso de uniformes

El uniforme es aquella vestimenta usada por el trabajador de manera cotidiana a fin de desarrollar sus labores diarias dentro de su ámbito laboral, la cual lleva impregnada los colores y distinciones gráficas de cada empresa. En ese sentido, el uniforme debe ser utilizado únicamente por aquellos trabajadores que laboran

para dicha empresa, y que se encuentran sujetos al poder de dirección del empleador.

En efecto, el uso del uniforme por parte de una persona que se encuentra dentro de las instalaciones de la empresa, hace presumir que nos encontramos frente a un trabajador que labora de forma dependiente para la empresa contratante y por tanto que se encuentra sujeto al cumplimiento de ciertas directrices por parte del empleador, tal como se señala a continuación:

**Resolución No. 053-2008/San Martín**  
"[...]El inspector detectó la presencia de dos trabajadores portando el uniforme característico con el logotipo de la empresa laborando en el horario de trabajo, se puede colegir de acuerdo al principio de razonabilidad que los trabajadores se encuentran subordinados, siendo ellos un elemento para establecer un vínculo laboral, implicando la presencia de facultades de directriz, fiscalizadora y disciplina que tiene el empleador frente a un trabajador las mismas que se exteriorizan con el cumplimiento de un horario de trabajo y el portar el uniforme de la empresa, siendo de aplicación de la presunción de existencia del contrato de trabajo frente al hecho de la prestación de servicios".<sup>24</sup>

Al respecto, la OIT ha indicado que "(...) no se debe dar un peso decisivo a la posesión de herramientas y de equipo de trabajo, dado que muchos trabajadores poseen sus propias herramientas. Sin embargo, este aspecto suele sugerir la existencia de la condición de trabajador independiente cuando el trabajador hace una inversión del capital considerable a título personal, como puede ser la compra de un vehículo propio"<sup>25</sup>, en tanto lo más apropiado sería que el propio locador haga inversión de su propio capital de trabajo (el subrayado es nuestro).

### 2.1.3.2. Gastos por accidentes laborales

Según el criterio acogido por el MTPE, realizar un desembolso económico por accidente de trabajo a favor de una persona contratada bajo la modalidad de locación de servicios hace presumir que nos encontramos frente a una relación laboral entre el locador y el empleador.

Cabe indicar que, en algunas ocasiones, esta posición no es determinante para establecer dicha relación, sin embargo una subvención económica otorgada al locador podría constituir un rasgo sintomático para establecer que estamos frente a una relación laboral, tal como se señala en la siguiente resolución:

**Resolución No. 679-2008/Lima**  
"La alegado en el sentido que no habría documento alguno en el que reconozca vínculo laboral con un prestador de servicios y que este haya sufrido un accidente de trabajo bajo su supervisión, carece de sustento, pues según los hechos consignados en el acta de infracción, en la diligencia de comparecencia del 31 de enero de 2008, el recurrente reconoció que la referida persona fue su trabajador desde el 15 de agosto de 2004 hasta el 14 de agosto de 2007, que sufrió un accidente de trabajo en su taller y que se hizo cargo de los gastos ocasionados por el mismo".

Si bien es cierto la OIT no se ha manifestado textualmente con respecto a dicho rasgo sintomático—referido a la adjudicación de gastos por accidentes de trabajo—es necesario señalar que si ha considerado que "(...) cuando el contrato dispone que a los trabajadores se les reembolsen los viáticos, es muy probable que éstos sean verdaderos trabajadores"<sup>26</sup>.

### 2.1.4. Inclusión dentro de la estructura de la empresa

24 Asimismo pueden revisarse las siguientes resoluciones emitidas por el MTPE: la Resolución No. 52-2009/Lima y la Resolución No. 179-2009/Lima.

25 Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 44.

26 Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 47.

El MTPE ha destacado que se presume la existencia de un vínculo laboral en aquellos casos que exista una prestación de servicios por parte del locador en un cargo similar o equivalente a los de algún trabajador registrado en planilla por el empleador.

En la siguiente resolución se aprecia que el locador ejecuta las mismas funciones que las que realiza un profesor contratado en planilla, por tanto en virtud de los hechos constatados el MTPE ha aplicado el principio de primacía de la realidad.

**Resolución No. 003-2008/Callao**

*"[...] resultando correcta la aplicación del principio anotado, advirtiéndose además, en el caso de las personas afectadas, también se aplica el supuesto del Artículo 9, numeral 9.1, inciso a) del Decreto Supremo No. 020-2001-TR, al prestar servicios en un cargo, similar o equivalente a los de otro trabajador registrado en las planillas de pago de la empresa, que en el presente caso corresponde al de profesor".*

Asimismo, tener un cargo dentro de la estructura de la empresa también ha sido considerado como un rasgo sintomático, que analizado de forma conjunta con otras notas de laboralidad, constituye indicio suficiente para determinar la existencia de un contrato de trabajo, tal como se señala a continuación:

**Resolución No. 027-2008/Lima**

*"El inspector de trabajo corroboró que durante el lapso que laboró el trabajador afectado, se configuró una relación laboral, habiéndose constatado su fecha de ingreso, horario y jornada de trabajo, que contó con remuneración asignada semanalmente y su cargo de asistente de oficina, el cual se realiza típicamente bajo subordinación y que, por tanto, concurren los elementos propios de un contrato de trabajo (...)".*

En concordancia con lo señalado, la OIT ha indicado que "(...) el considerar al trabajador dentro

*de la organización de la empresa sirve de sustento para determinar la existencia de una relación de trabajo".*<sup>27</sup>

**V. PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD: CASOS DE IMPROCEDENCIA**

Tal como ya lo hemos analizado, existen criterios emitidos por el MTPE mediante el cual se ha considerado algunos hechos o manifestaciones como rasgos sintomáticos de laboralidad; sin embargo a continuación desarrollaremos aquellos casos en los cuales ciertas características no han constituido indicios suficientes para aplicar el principio de primacía de la realidad.

**1. Documentos emitidos por el empleador**

**1.1. Entrega de fotocheck**

El fotocheck es el documento único e intransferible, que permite la identificación de determinado sujeto dentro de las instalaciones internas de la empresa. En nuestra opinión, poseer un fotocheck constituye un rasgo sintomático de laboralidad relevante; naturalmente pueden haber situaciones en los cuales, en tanto exista la debida justificación, se concluya que no hay una relación laboral.

El MTPE ha considerado que el fotocheck no constituye necesariamente un elemento consustancial a la relación laboral para establecerse como un rasgo sintomático, en la medida que no se verifique que dicho credencial haya tenido un fin distinto al de acreditar la identidad de los locadores, tal como se señala en la siguiente resolución:

**Resolución No. 718-2008/Lima**

*"[...] El comisionado ha consignado como hechos verificados que existe una relación de naturaleza laboral entre el locador y la inspeccionada al concurrir, según consideramos elementos esenciales fácticos que fueron verificados (...), basando su manifestación en lo basado por uno de*

<sup>27</sup> Organización Internacional del Trabajo. Op. cit., p. 39.

los señores, en el fotocheck y en los tres registros mensuales de entrada y salida, correspondiente a los años 2002, 2003 y 2004 respectivamente, los cuales no implican necesariamente que el trabajador haya prestado servicios bajo dirección del empleador (...) máxime si no se ha verificado que los indicados documentos hayan tenido un fin distinto al de acreditar su identidad (...)”.

## 1.2. Constancia de trabajo

En el presente caso, el MTPE no ha considerado a la constancia de trabajo como un medio para acreditar fehacientemente una relación laboral, debido a que la persona que otorgó dicho documento no contaba con las facultades necesarias para expedirlo.

### Resolución No. 585-2008/Lima

*“(…)De los actuados se advierte que la constancia de trabajo no acredita fehacientemente que el ex trabajador haya prestado servicios desde el 01 de abril de 2004, toda vez que el Inspector actuante no constató que la persona que suscribe dicho documento tenía facultades para hacerlo (...)”.*

Sobre el particular, manifestamos nuestra disconformidad con lo expresado en dicha resolución, ya que consideramos que el hecho que la constancia de trabajo haya sido expedida por una persona que no contaba con las facultades necesarias para hacerlo no necesariamente enerva la validez de dicho documento, por lo que debería tener mérito para constituir un elemento coadyuvante dentro del proceso inspectivo (tal como se aprecia en el numeral 2.1.1. Inciso a), en cuyo supuesto la constancia de trabajo si constituyó un rasgo sintomático para establecer una relación laboral) sin perjuicio de las sanciones u amonestaciones que se deriven hacia el sujeto que emitió dicha documentación. Ciertamente, la empresa puede solicitar la nulidad de dicha constancia en tanto demuestre que fue un documento emitido de “favor” y que no refleja la existencia de una relación laboral.

## 2. Declaraciones de parte

### 2.1. Reconocimiento de relación laboral por parte del encargado

En la siguiente resolución se puede apreciar que la simple manifestación por parte del empleador o de quién haga sus veces no determina fehacientemente que existe una relación de trabajo ya que, para ello, es necesario la verificación de ciertos elementos adicionales que sustenten la conclusión de la existencia una relación laboral.

### Resolución No. 51-2009/Lima

*“Las inspectoras determinaron la existencia de vínculo laboral entre la persona referida y la inspeccionada, basando su conclusión en lo manifestado por el encargado del centro de trabajo, en el sentido de que aquel tenía las funciones de jalador, un horario y pago semanal de S/. 500.00 nuevas soles; sin embargo las referidas funcionarias no verificaron la existencia de subordinación, elemento esencial del contrato de trabajo, que permita determinar que la relación entre el sujeto inspeccionado y la persona referida era de naturaleza laboral”.*

Cabe indicar que, en este supuesto, la simple manifestación realizada por el empleador no ha constituido elemento suficiente para determinar un vínculo laboral, a diferencia de lo señalado en un caso precedente (véase el inciso b) numeral 2.2) en cuyo supuesto la simple manifestación del gerente general –en la que reconocía que la locadora sí había laborado para la empresa– constituyó un indicio relevante para aplicar el principio de primacía de la realidad, en tanto que en dicho supuesto el inspector de trabajo sí constató la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

### 2.2 Declaración de trabajador no acredita relación laboral

En el presente caso, la declaración de parte consiste en responder a aquellas interrogantes que el inspector de trabajo pudiera realizar al locador durante la etapa de investigación. En

ese sentido, y tal como veremos a continuación, el MTPE ha considerado que aquella sola manifestación ofrecida por el locador resulta insuficiente para generar convicción acerca de una relación laboral.

#### **Resolución No. 577-2008/Lima**

*"(...)Del acta de infracción se advierte que el comisionado ha consignado como hecho verificado, la existencia del vínculo laboral del sujeto inspeccionado con dos personas, no obstante dicha verificación se sustentó solamente en manifestaciones de parte que no acreditan por sí solas la existencia de vínculo laboral (...)"<sup>28</sup>*

#### **2.3. Personal sujeto a período prueba**

En virtud de las facultades otorgadas al inspector de trabajo, en cualquier momento puede requerir diversa documentación al sujeto inspeccionado. Generalmente en aquellos casos donde no se haya obtenido un resultado favorable, la información presentada posteriormente por el sujeto inspeccionado suele desvirtuar lo inicialmente apreciado por el inspector.

Tal es el siguiente caso donde, a pesar que en un primer momento el inspector de trabajo consideró que la relación entre el sujeto inspeccionado y el locador existía un elemento implícito del contrato de trabajo, posteriormente con la diligencia de comparecencia se llegó a desvirtuar dicha situación, acreditándose que no existía un contrato de trabajo sino un convenio de formación.

#### **Resolución No. 483-2008/Lima**

*"Las declaraciones de parte no acreditan por sí solas la existencia de una relación de naturaleza laboral, máxime si la afirmación efectuada por el apoderado en la diligencia de comparecencia, en el sentido que "era personal a prueba" tampoco acredita su condición de trabajadores, tomando en cuenta que en el plazo otorgado por la*

*comisionada para la adopción de medidas en orden al cumplimiento de las supuestas normas vulneradas, presentó los respectivos convenios de prácticas pre profesionales, no pudiéndose de esta manera, determinar y establecer una correcta aplicación del principio de primacía de la realidad (...)"*

Atendiendo a lo señalado en el inciso a) del punto 2.2 del presente artículo –referido al período de prueba como rasgo sintomático de laboralidad– y en el presente numeral, cabe indicar que una diferencia sustancial entre ambos supuestos está referida a la contradicción sustentada realizada por el sujeto inspeccionado. En el primer caso, el empleador no realizó refutación alguna a los hechos imputados, a diferencia del segundo, en el cual se presentó un convenio de prácticas pre-profesionales, constituyendo un elemento determinante para desvirtuar lo previamente establecido por el inspector de trabajo.

#### **2.4. Constatación y denuncia policial**

La constatación policial es efectuada a solicitud de parte (ex trabajador) por quien considera haber sido despedido sin que exista una causa justa de despido. En este supuesto, el sujeto que se cree afectado concurre a una dependencia policial a solicitar la presencia de los efectivos policiales a su centro de labores, a fin que dejen constancia de su situación laboral. En el documento denominado "constatación policial" figura el último día laborado, la remuneración percibida, la jornada, el horario de trabajo y la categoría de trabajador.

La constatación y denuncia policial son manifestaciones de parte, por lo que consideramos que dichos rasgos no son suficientes para acreditar una relación laboral, en tanto la actividad del efectivo policial sólo se limita a tomar nota de aquello que manifiesta el trabajador y/o empleador. En esa misma línea, a continuación veremos un caso donde el MTPE no considera a la

<sup>28</sup> Con ese mismo criterio también se ha considerado que la declaración de parte no necesariamente acredita una relación laboral: Resoluciones No. 244-2009/Lima, No. 264-2009/Lima, No. 082-2009/Lima y No. 214-2009/Lima.

constatación policial como un medio probatorio dentro de un proceso de inspección laboral.

#### **Resolución No. 072-2008/Lima**

*"Lo alegado por la recurrente en el sentido que la constancia policial exhibida por la trabajadora afectada al comisionado era falsa, debe indicarse que dicha constatación policial no ha sido considerada como medio probatorio al ser una manifestación de parte, teniendo únicamente carácter referencial, máxime si, data de fecha anterior a la señalada como cese del vínculo laboral".*

Con un similar criterio, el MTPE ha considerado que la denuncia policial y la declaración jurada –en la que se manifiesta que el locador no es trabajador– no constituye medio probatorio suficiente para manifestar que el locador no labora bajo la dirección del empleador, debido a que se trata de declaraciones de parte, tal como se establece en la siguiente resolución.

#### **Resolución No. 670-2008/Lima**

*"La recurrente señala que no se habría considerado la copia certificada de la denuncia policial en la que manifiesta que el presunto afectado no es trabajador, ni la declaración jurada en la que este señala que tal persona no es su trabajador. Al respecto debe señalarse que los referidos documentos contienen manifestaciones de parte, que no tienen mérito suficiente para desvirtuar (...)".*

### **3. Personal similar en planilla**

El hecho que un locador ocupe un cargo similar a una persona que se encuentra en planilla

no constituye un elemento concluyente para determinar que existe una relación laboral, ya que en dicho caso es necesario que concurren los elementos esenciales de una relación laboral, tal como la subordinación.

#### **Resolución No. 614-2008/Lima**

*"(...) en el hecho que otras personas con cargo similar a la denunciante se encontraban registradas en planilla y en que percibía un pago mensual por sus servicios, tal como se consigna en los respectivos contratos de locación de servicios; sin embargo no ha quedado fehacientemente acreditada la concurrencia de la subordinación, elemento diferenciador de una relación de naturaleza laboral frente a una relación de naturaleza civil, el mismo que exige la presencia de los denominados poderes de dirección, de control disciplinario, pues estos son la máxima expresión del derecho del empleador de dirigir la prestación del trabajador, conforme lo establece el Artículo 9 del Decreto Supremo No. 003-97-TR".*

Cabe indicar que el cargo ejercido por un locador no es determinante para incluirlo en planillas, en tanto que usualmente se requiere apreciar la concurrencia de la subordinación, como elemento esencial del contrato de trabajo, o de lo contrario rasgos adicionales que coadyuven a establecer ese vínculo laboral. En ese sentido, la diferencia que existe entre lo que hemos descrito en el numeral 2.4. y el presente apartado –referido a la inclusión dentro de la estructura de la empresa– radica en la subordinación, en tanto que en dicho numeral el inspector de trabajo si corroboró que las labores realizadas por el locador se realizaban bajo la dirección del empleador.

RASGOS SINTOMÁTICOS	APLICA	ANÁLISIS DEL MTPE
<b>DOCUMENTOS</b>		
Constancia de trabajo	SI	Los elementos de la constancia de trabajo denotan algunas notas distintivas de una relación laboral
	NO	Cuando se acredite que la persona que otorgó dicho documento no contaba con facultades necesarias para expedirlo
Boletas de pago	SI	Las boletas de pago constituye un reconocimiento del vínculo laboral por parte del empleador
Liquidación de beneficios sociales	SI	Evidencia un reconocimiento de la relación laboral
Carta de despido	SI	Se demuestra la existencia de una relación laboral
Memorándums	SI	Acredita imposiciones de órdenes y subordinación
Reportes de tardanza	SI	Se evidencia sujeción a las normas y directivas
Publicidad institucional	SI	Cuando el sujeto afectado figura en folleto o publicidad institucional
Carta de renuncia	SI	Con la aceptación de la carta el empleador lo reconoce como su trabajador
Relación de trabajadores	SI	Cuando es firmada y entregada al inspector por el empleador
<b>MANIFESTACIONES</b>		
Personal sujeto a período de prueba	SI	Es inaceptable que, en tanto se encuentre en período de prueba, no se encuentre registrado en planilla
	NO	Cuando se acredite indiscutiblemente alguna otra modalidad contractual (ej. convenios de prácticas, programas juvenil, etc.)
Manifestación realizada por el gerente general/encargado	SI	Cuando el empleador manifiesta el cargo, remuneración y horario de trabajo
	NO	En caso no se acredite adicionalmente los elementos esenciales del contrato de trabajo
Pago de beneficios sociales	SI	Cuando existe intenciones de pagar los beneficios sociales al sujeto afectado
Transacción extrajudicial	SI	Cuando hay una promesa de pagar los beneficios sociales
<b>CONDICIONES DE TRABAJO</b>		
Uniformes	SI	El uniforme implica la presencia de facultades de directriz, fiscalización y disciplina
Gastos por accidentes de trabajo	SI	Asumir los gastos ocasionados por un accidente de trabajo del trabajador
Inclusión dentro de la estructura	SI	Prestar servicios en un cargo similar o equivalente a los de otro trabajador registrado en las planillas de pago de la empresa
<b>IMPROCEDENCIA</b>		
Fotocheck	NO	No constituye rasgo sintomático, en tanto no se verifique que el fotocheck haya tenido un fin distinto a la acreditación de una identidad
Declaración del trabajador	NO	Dicha manifestación no acredita por sí sola la existencia de vínculo laboral
Constatación y denuncia policial	NO	Al ser manifestaciones de parte solo tiene carácter referencial

## VI. REFLEXIONES FINALES

1. El rol que cumple el MTPE en las inspecciones laborales es necesario para un adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores, tal como registrar en planilla a aquellas personas que realizan labores que se encuentran realmente inmersas dentro de una relación laboral. En el derecho laboral siempre prevalece los hechos constatados; por ello, el principio de primacía de la realidad es una herramienta ineludible en las labores que realizan los inspectores de trabajo dentro del proceso inspectivo, en cuyo caso priman los hechos verificados.

2. En aquellas relaciones donde se advierta el ocultamiento o la simulación de un contrato de trabajo, se entenderá que existe una relación de naturaleza laboral cuando el inspector perciba que las labores que realiza el locador son efectuadas de manera personal, coexiste una contraprestación y se acredite una subordinación, por lo que carece de sustento amparar las manifestaciones empleadas por aquellos empleadores que aleguen lo contrario.

3. De las resoluciones emitidas por el MTPE se aprecia que los rasgos sintomáticos son considerados como indicios para demostrar la existencia de una relación laboral. Entre los cuales, se encuentra la carta de renuncia, considerada por el MTPE como una nota distintiva laboral, debido a que constituye una

aceptación laboral por parte del empleador. Igualmente, las manifestaciones efectuadas por los sujetos inspeccionados y vertidos en el acta de infracción en tanto no se logre desvirtuar la condición de los locadores. El MTPE ha indicado que la inclusión del locador dentro de la estructura de la empresa y/o ocupar un cargo también constituye rasgos laborales para sustentar que existe un vínculo de laboralidad. Del mismo modo, las condiciones de trabajo –tales como el uso de uniforme o asunción de gastos por accidentes laborales– también componen elementos para presumir que los locadores se encuentran subordinados al empleador.

5. Finalmente, cabe indicar que también existen casos donde, pese a que se aprecian rasgos sintomáticos de una relación laboral, estos no han sido considerados como fundamentales para aplicar la primacía de la realidad. En esta línea tenemos rasgos sintomáticos que han sido considerados por el MTPE como insuficientes para determinar una relación laboral, en tanto que dichos instrumentos no implica necesariamente que el locador haya prestado servicios bajo la dirección del comitente, tales como el fotocheck, constancia de trabajo, periodo de prueba, reconocimiento por parte del empleador, denuncia policial, etc. Consideramos que, en estos casos, es deseable que se desarrollen más las razones por las cuales estas pistas de laboralidad no son suficientes para concluir que estamos ante un contrato laboral.