
LA FRONTERA ENTRE EL TRABAJO SUBORDINADO Y EL TRABAJO INDEPENDIENTE

Pedro G. Morales Corrales

Profesor de Derecho Laboral Individual en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Asesor metodológico de los plenos jurisdiccionales laborales (1999-2000).

Uno de los retos más interesantes del derecho del trabajo, vinculado indisolublemente al principio protector en su sentido o aplicación más amplio, a su vez socorrido por los de razonabilidad, buena fe y primacía de la realidad, consiste en discernir, identificar y concluir sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, en aquellos casos de prestaciones de servicios que se desarrollan o aparentan hacerlo en una zona "fronteriza" o "gris". Esto, en la medida en que se oculta o no resulta fácilmente reconocible el elemento básico y tradicional de subordinación jurídica que caracteriza el contrato de trabajo y que, por ende, lo diferencia de otros tipos contractuales de prestación de servicios, como la locación, el contrato de obra o la comisión mercantil.

No se trata de un reto nuevo. En la medida en que el derecho del trabajo fue evolucionando en su sentido más conservador, es decir, en forma unidireccional y progresiva para el trabajador, muchos empleadores, con el fin de evitar asumir los costos que significaba la protección laboral, incluida en nuestro caso, la estabilidad laboral absoluta, buscaron y encontraron diversas formas o medios para esconder o encubrir un verdadero contrato de trabajo a través de la simulación de contratos distintos, como el de la locación de servicios o la comisión mercantil.

Rafael Caldera¹, ya en 1960, es decir hace más de cuarenta años, dedicaba un capítulo de su obra a la simulación del contrato de trabajo, aunque más propiamente debió referirse a la simulación de contratos que encubren uno de trabajo. En su obra menciona casos en que la relación laboral tenía la apariencia de una relación mercantil, como la venta al público de productos de una industria determinada, simulando una compraventa comercial, cuando el encargado de las ventas debía realizar sus actividades dentro de determinado radio, bajo condiciones específicas y vigilancia de la empresa. Menciona igualmente el caso en que la relación de trabajo cobra la apariencia de un contrato de sociedad, en virtud del cual se simula la constitución de una sociedad en la que una de las partes aporta el capital y la otra el trabajo, asignándosele al "socio industrial", una participación en las utilidades, las que son anticipadas mes a mes en una cuota fija. Esto nos da un indicio de que en la realidad se trata del pago de la remuneración habitual, acordándose además una vigencia determinada al contrato o un plazo indeterminado con facilidades para la resolución unilateral, pacto que pone en evidencia cuando menos la falta de *affectio societatis*.

En el Perú, pese a la reforma laboral introducida en la década de los noventa, que significó una acentuada flexibilización, e incluso desregulación de las normas laborales tanto en el ámbito individual como en el colectivo de trabajo, se ha podido observar que un número significativo de empleadores, en lugar de aplicar y respetar el nuevo marco jurídico que, indudablemente, le es más favorable, incurren con inusitada frecuencia en la búsqueda y

uso de formas jurídicas evasivas de sus obligaciones laborales. En pocas palabras, y sin referirnos al sector informal o no estructurado (más del 40% de las empresas) que simplemente obvian las normas laborales y de seguridad social, los empleadores formales vienen "informalizándose", cuando menos parcialmente.

El fenómeno de la globalización y de la competencia sin límites que agobia al mundo, ha puesto su importante cuota a esta situación, pues los empresarios, con el fin de bajar costos que les permitan ser más competitivos y con ello tener la oportunidad de permanecer en el mercado, no han encontrado solución más sencilla e inmediata que reducir los "costos laborales", y una de las fórmulas por la que han optado y que, como se verá posteriormente, a la postre resulta un autoengaño por las consecuencias que dicha opción origina, es la de hacer uso de contratos civiles o mercantiles para encubrir una verdadera relación laboral².

En este afán no sólo se encuentra el empleador privado, sino, lo que es más grave, el Estado. En efecto, a mediados de los noventa, tal vez un poco antes, y sin una política definida y concreta, se decidió

1 CALDERA, Rafael. *Dirección del trabajo*. 2a. edición. Buenos Aires: El Ateneo, 1960, pp. 279 y ss.

2 En la *Memoria* presentada por el director general de la Oficina Internacional del Trabajo, en la 87 Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, intitulada "Trabajo decente", pp. 25, 27 y 29, se menciona lo siguiente: "La mundialización y la rápida evolución de los sistemas de producción exigen a la vez nuevas oportunidades y problemas para el empleo. En todo el mundo, las empresas tienen que adaptarse lo antes posible a nuevas técnicas, a nuevos competidores y a los flujos financieros enturbados, lo cual suele ir en detrimento del empleo, especialmente en las grandes empresas, ya que se reorganiza el trabajo para lograr objetivos de productividad, o se introducen sistemas de producción de alto coeficiente de capital para satisfacer las normas de calidad que exigen los mercados mundiales (...). El otro gran factor que impulsa las tendencias del empleo es la transformación de los sistemas de producción y de los mercados de trabajo (...). En gran medida, tales cambios

la incorporación masiva de los servidores públicos al régimen laboral de la actividad privada. Así, existen poderes del Estado, como el Legislativo y el Judicial, donde un porcentaje muy importante de servidores han sido comprendidos en dicho régimen. La casi totalidad de los servidores de las instituciones públicas descentralizadas, también lo están.

Este cambio inorgánico, que suponía el cumplimiento de mayores obligaciones por parte del Estado como empleador, no fue adecuadamente analizado en sus consecuencias, lo que ha traído como resultado el desconocimiento, cuando menos parcial, de dichas obligaciones con el fin de cumplir con las metas presupuestarias (por ejemplo, la compensación por tiempo de servicios no es depositada en la institución elegida por el trabajador, a lo que se encuentra obligado semestralmente el empleador privado), o se ha optado por evadir su responsabilidad mediante el uso de "contratos de servicios no personales", léase "contratos de locación de servicios", que más personales y subordinados no pueden ser. Un ejemplo realmente paradigmático lo constituyó comprobar que el cuerpo de inspectores del Ministerio de Trabajo, que tiene a su cargo precisamente velar por el

cumplimiento de las obligaciones laborales y en su caso sancionar a los empleadores que no lo hacen, se encontraban contratados por "servicios no personales".

Sin embargo, esta tendencia ha comenzado a revertirse. En efecto, mediante decreto supremo 004-2001-TR del 23 de febrero del 2001, se ha creado una comisión multisectorial encargada de estudiar y elaborar un informe sobre la situación del personal de la administración pública central, entendiéndose como tal a todas las entidades y organismos del gobierno central e instancias descentralizadas, comprendidas en el decreto legislativo 909 (Ley de Presupuesto Público Fiscal para el año 2001), sin excepción alguna. Dicho documento debe contener información cuantitativa y por sector de los trabajadores sujetos a los regímenes laborales público y privado, así como del número de personas contratadas mediante contratos de servicios no personales y otros similares. También un análisis sobre la aplicación del régimen laboral privado en la administración pública central, su compatibilidad con el ejercicio de dicha función, sus limitaciones e implicancias; igualmente, un estudio sobre la estructura remunerativa de los servidores públicos de la administración pública central y un análisis sobre la creación de un organismo especializado en la administración del personal del sector público central.

Dentro de esta línea de rectificación del Estado se ha dictado la ley 27438 del 21 de marzo del año 2001, en la que se autoriza al Ministerio de Salud y demás instituciones del sector público a efectuar el nombramiento del personal que realice trabajo asistencial que se encuentren laborando en la condición de contratados.

Finalmente, se ha promulgado el decreto legislativo 910 del 16 de marzo del 2001 -Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador- que remedia defici-

vienen impulsados por las empresas transnacionales (...). Ahora bien, al mismo tiempo una competencia cada vez más desenfrenada fomenta la desestructuración, y un número creciente de trabajadores queda totalmente al margen de esos cambios (...). Al aumentar la flexibilidad del mercado de trabajo, las empresas piden que se les deje plena libertad para adaptar su personal y las condiciones de empleo a las condiciones imperantes en el mercado. Según ellas, todo intento de proporcionar una protección mayor a los trabajadores aumenta sus costos, reduce su competitividad y recorta sus facultades de crear puestos de trabajo. Muchos empleadores hacen suyos ciertos principios universales globales, como la no discriminación o la eliminación del trabajo infantil; pero su unanimidad es menor en lo tocante a otras normas del trabajo".

nitivamente la situación de los inspectores de trabajo a quienes se les reconoce, en concordancia con el Convenio 81 de la OIT, su condición de servidor público, aunque sujeto al régimen de la actividad privada. Además, esta norma permite a la autoridad inspectiva de trabajo aplicar el principio de primacía de la realidad, lo cual hará posible, en sede administrativa, determinar la existencia de un contrato de trabajo ahí donde evidentemente se simule uno de naturaleza civil o mercantil.

Igualmente, y como nota relevante, la norma de inspección pone de manifiesto que una de sus principales metas constituye la incorporación al sector formal del no estructurado. Para ello, la ley contempla, como uno de sus objetivos, brindarle orientación técnica y preventiva con el fin de promover el cumplimiento de las normas laborales, quedando obligado el Ministerio de Trabajo y Promoción Social a establecer programas de información, capacitación y facilidades, previamente acordadas entre empleadores y trabajadores, como incentivo a la formalización de este sector para su incorporación adecuada al mercado.

Si como hemos mencionado, sólo en Lima más del 40 por ciento de las empresas, fundamentalmente pequeñas y microempresas, son informales, el sólo hecho de haberse contemplado, por primera vez, que con el apoyo del servicio de inspección puedan llegarse a acuerdos entre los empleadores de este sector con sus propios trabajadores para permitir una adecuada formalización de la empresa, sin que ello suponga un quebranto económico o la desaparición de la fuente de trabajo, puede constituir, sin lugar a dudas, una herramienta eficiente para lograr el propósito que se busca, con los múltiples beneficios que ello supone además en materia de tributación y de seguridad social y para la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, el tema de la identificación de una relación de trabajo dependiente no se agota en los casos en que se pretende simular otro tipo de servicio, para evadir las consecuencias laborales, sino que, en la realidad, existen determinadas prestaciones que pueden generar y que de hecho lo hacen, fundadas dudas respecto de su naturaleza jurídica. A modo de ejemplo, podemos citar el caso de los vendedores comisionistas, los agentes de seguros, o las asesorías, o la prestación de servicios profesionales que impliquen la asistencia al centro de trabajo en determinados días de la semana y en un horario específico, o el reparto de correspondencia o mercadería con vehículo propio, o los colaboradores de prensa, radio y televisión, entre otros, que se mencionan más adelante.

Esta situación se ha visto a su vez incentivada por el desarrollo y aplicación de la tecnología de punta, consecuencia del fenómeno globalizador de apertura de mercados, y de una competencia prácticamente sin límites entre las empresas, que ha modificado sustancialmente el concepto según el cual todas las actividades de producción o de prestación de servicios debían ser desarrolladas por la propia empresa, lo que ha influido notablemente en la subcontratación de actividades y en el crecimiento del denominado trabajo "autónomo".

Indudablemente que la globalización, la competencia y el asombroso desarrollo de la tecnología y con ella de la informática, cuestiona el tradicional modo de prestación de servicios en centros de trabajo, cobrando cada vez más importancia el antiguo trabajo a domicilio, que hoy día cuenta con nuevas o adicionales denominaciones como *trabajo a distancia* y *teletrabajo*, que sería un ejemplo de prestación de servicios fronterizo entre los ámbitos civil o laboral, donde el elemento de subordinación se encuentra significativamente diluido.

A su vez, la subcontratación de servicios por las empresas favorecen nuevas formas de trabajo autónomo, como la comercialización o promoción de bienes o servicios a través de vendedores "libres" u organizaciones societariamente (empresas individuales de responsabilidad limitada) o de promotores, consultores, y, en otros casos, de impulsores, lo que plantea realmente un reto para reconocer la verdadera naturaleza de esta prestación de servicios y, por ende, las consecuencias que se derivan de ellos, sobre todo si se concluye que es laboral.

El tema se convierte en dramático si las partes al contratar han actuado verdaderamente de buena fe, considerando que los servicios a prestarse o prestados son, por ejemplo, de naturaleza civil, razón por la cual el comitente cumple con sus obligaciones conforme a la indicada naturaleza contractual, enfrentándose sin embargo al riesgo de que, posteriormente, el criterio jurisdiccional, que además tendrá en cuenta el principio de irrenunciabilidad de derechos, que en materia laboral prima incluso sobre el de la buena fe, pueda obligarlo al reconocimiento y pago, no sólo de devengados y beneficios sociales, sino de las contribuciones o aportaciones sociales insolutas con los intereses, moras y multas correspondientes.

Desde una perspectiva aún conservadora del derecho del trabajo, cada uno de estos casos fronterizos debe ser motivo de un análisis concreto o específico con el fin de comprobar si se dan o no los elementos que configuren un contrato de trabajo, ya que, como se verá en el desarrollo de esta ponencia, no existen reglas generales que puedan aplicarse. Y para estar en capacidad de realizar ese análisis, es necesario conocer los elementos esenciales y auxiliares del contrato de trabajo, así como los elementos fundamentales de los contratos de prestación de servicios de naturaleza civil o mer-

cantil. Este estudio permitirá, con el auxilio de la legislación existente, que se puedan establecer determinadas presunciones, y con los principios de razonabilidad, buena fe y, en su caso, primacía de la realidad, llegar a una conclusión que, por cierto, tratándose de un asesoramiento profesional tan sólo constituirá una opinión, en tanto que si se tratara de un juez, se traducirá en un criterio jurisdiccional que finalmente decidirá el tipo de naturaleza jurídica de la prestación de servicios en cuestión.

Por ello es que resulta imprescindible efectuar el estudio antes señalado para estar en capacidad de aplicarlo a los casos fronterizos que se deban analizar.

Sin embargo, vislumbramos que en el futuro, desde una perspectiva moderna y audaz por la que tiene que transitar un remozado derecho del trabajo, la búsqueda de las notas típicas del contrato de trabajo para descubrir su existencia en dichos casos límite, resultará innecesaria en la medida en que el rol protector del derecho del trabajo se expanda a otro tipo de prestaciones de servicios actualmente no protegidas, como la locación, contrato de obra y comisión mercantil, en los que se compruebe objetivamente que en dichas relaciones contractuales se dé el desequilibrio que se presenta en el contrato de trabajo entre el dador y el prestador del servicio, que fue justamente el hecho que originó y sustenta la existencia de esta rama del derecho.

En este sentido avanza Wilfredo Sangüineti al manifestar que:

... cuando nos encontramos frente a modalidades o relación de trabajo subordinado que no se encuentran adecuadamente protegidos porque carecen de la mayoría de los derechos que comporta un vínculo de carácter laboral, dicha situación no debe conducirnos a negarles naturaleza laboral o a sostener que se trata de contratos distintos al de trabajo, sino simplemente a enten-

der que las mismas, dada su peculiaridad no llegan a alcanzar los requisitos de goce que establecen las normas laborales de carácter general para determinados derechos y no está previsto legislativamente un régimen o estatuto especial que las ampare, o éste es insuficiente, o carecen de relevancia a criterio del legislador, lo cual no obsta además para que más adelante dicha situación pueda variar, dada la expansibilidad del rol protector del Derecho del Trabajo³.

Consideramos y repetimos que, de no ponerse freno a los excesos que vienen ocurriendo como consecuencia de la globalización y competencia que agobian al mundo, sobre todo a los países en vías de desarrollo, llegará el día en que, sin que necesariamente exista el elemento subordinación como actualmente se le conoce, la sola presencia de un desequilibrio tal que haga que la autonomía o independencia en la prestación del servicio se vea doblegada por el poder de la contraparte, será suficiente para que el derecho del trabajo, adoptando tal vez nuevas formas o modalidades, le tienda su manto protector.

Un ejemplo que podría graficar lo expuesto ocurre en nuestro país con una de las profesiones liberales por excelencia, cual es la de médico. La proliferación de sistemas de seguros es de tal magnitud que la atención médica particular ha decrecido significativamente, así como la que se presta en clínicas e incluso en consultorios particulares, pues se hace sujeta a las tarifas que imponen las compañías de seguros, cada vez más bajas, justamente por la competencia. En esta forma, una profesión que hace algunos años era sinónimo de éxito personal hoy en día, salvo excepciones, se encuentra en franco proceso de proletarianización.

Sin embargo, debemos destacar que en el Perú, la Constitución que nos rige ha tenido la virtud de adelantarse a esta situación, pues su artículo 23 declara, de manera general, que el trabajo *en sus diversas modalidades*, es objeto de atención prioritaria del Estado. Nótese que la Constitución se refiere al trabajo como hecho social, que puede ser prestado en forma dependiente o autónoma, desde que, si hubiera querido proteger exclusivamente el trabajo dependiente, así lo habría consignado. De ahí que se refiere al trabajo en *cualquiera de sus modalidades*, es decir en cualquiera de sus manifestaciones.

Un caso concreto en que esta protección se ha hecho evidente es el de los socios de las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, que son destacados a prestar servicios a las denominadas empresas usuarias, para quienes, pese a la naturaleza asociativo-laboral y no dependiente de estos trabajadores respecto de las cooperativas a las que pertenecen, la legislación laboral, al constatar que se venían produciendo excesos en perjuicio de éstos, ha establecido que en tanto dure el destaque, tendrán derecho a gozar de todos los beneficios que la legislación laboral reconoce a los trabajadores del régimen de la actividad, así como condiciones remuneratorias y de trabajos similares a la de los trabajadores directos de las empresas usuarias donde prestan sus servicios (artículo 50 del decreto supremo 002-97-TR del 21 de marzo de 1997).

Incluso en las cooperativas de trabajadores en general, en que no se da la figura del destaque antes mencionado, el decreto supremo 34-83-TR del 14 de diciembre de 1983, establece que los beneficios laborales que aprueba la correspondiente asamblea general, no podrán ser inferiores a los que otorgue la legislación laboral común a los trabajadores sujetos al régimen

3 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Concepto de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo*. Lima: Cultural Caico, 1988, pp. 145-146.

de la actividad privada, salvo acuerdo expreso de no menos de las dos terceras partes de la asamblea general extraordinaria convocada expresamente para tal fin.

1. EL CONTRATO DE TRABAJO

1.1 Definición

Aun cuando la legislación laboral peruana no contiene una definición del contrato de trabajo, podemos sostener que, recogiendo sus elementos fundamentales y lo legislado específicamente sobre éstos:

Se denomina contrato de trabajo al acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador se compromete libremente a prestar sus servicios al empleador en forma personal y subordinada, por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad a cambio de una remuneración⁴.

Esta definición recoge, a nuestro criterio, las notas típicas o elementos fundamentales o esenciales del contrato de trabajo y que, resumiendo, son: a) prestación personal del servicio; b) que ésta se efectúe por persona natural; c) la subordinación; d) la ajenidad, y e) la remuneración o contraprestación.

1.2 Prestación personal

Respecto de la prestación personal, el artículo 5 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo texto único ordenado ha sido aprobado por decreto supremo 003-97-TR del 21 de marzo de

1997, establece que "... los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma *personal y directa*, sólo por el trabajador como persona natural".

Si una de las bases que sustentan el contrato de trabajo es la confianza de quien presta el servicio, dicha confianza es *intuitu personae*, es decir que sólo es depositada por el empleador en la persona del trabajador como consecuencia de los atributos que posee para la ejecución del contrato de trabajo. De ahí que la norma enfatiza que dicha prestación no sólo debe ser prestada de manera personal, sino también *directa*, es decir sin intermediarios.

Sobre este elemento del contrato de trabajo, Fernando Elías señala:

Otra nota importante del contrato de trabajo, referido al requisito de la prestación del servicio, es su carácter de naturaleza personal. El hecho del trabajo genera una relación laboral que es de carácter personal, siendo el trabajador el obligado directo de prestar el servicio, no pudiendo por tal motivo designar a otra persona para que lo reemplace en las labores sin el consentimiento del empleador⁵.

Sin embargo, esta característica tan enfática del contrato de trabajo contempla una excepción que la propia norma consigna en los siguientes términos:

No invalida esta condición (prestación personal y directa) que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

El caso emblemático lo constituye el trabajo a domicilio en el que, aun cuando

4 DE LOS HERCOS, Alfonso y Pedro MORALES CORRALES. *Manual laboral*. Lima: Economía y Finanzas SCRL, 1997, p. 12.

5 ELÍAS MANTUERO, Fernando. "El contrato de trabajo: situación actual". *Actividad Laboral* 246. Lima: Editora Actividad Laboral S.A., diciembre de 1990, p. 10.

la ley peruana no lo contempla expresamente, resulta usual que miembros de la familia del trabajador colaboren con éste en la ejecución de la labor encomendada. Además, por el hecho de desarrollarse este servicio a distancia, es decir, sin el control o supervisión directa del empleador, facilita la colaboración de terceras personas en el cumplimiento de dichas labores.

1.3 Prestación por persona natural

La norma igualmente señala que la prestación de servicios debe ser efectuada por el trabajador *como persona natural*. En otros términos, no cabe en un contrato de trabajo que quien lo preste sea una persona jurídica, toda vez que de ocurrir aquello estaríamos razonablemente frente a una locación de servicios o de otro tipo. Recordemos que la razón de ser del derecho del trabajo es proteger el trabajo humano del desequilibrio en que generalmente se encuentra como parte contratante respecto de su empleador.

Sin embargo, uno de los medios que se utiliza para ocultar la prestación personal y así desvirtuar la existencia del contrato de trabajo, consiste en que el trabajador constituya una persona jurídica a través de la cual preste el servicio, en la realidad, personal y subordinado. Son las denominadas empresas "pantalla" o "biombo", de las cuales trataremos más adelante.

Tenemos entonces que la prestación del servicio por persona natural constituye una característica típica aunque no exclusiva, que la diferencia de los otros contratos de prestación de servicios, en la medida en que necesariamente dentro de la concepción actual del derecho del trabajo, la ejecución del contrato de trabajo sólo —es decir únicamente— puede ser prestada por una persona natural, en tanto que en las

otras modalidades de prestación de servicios pueden serlo a través de personas físicas o de personas morales o sociedades. En efecto, si leemos las disposiciones que regulan los contratos de locación de servicios, el contrato de obra o la comisión mercantil, se establece que la prestación debe ser "personal", sin embargo, no indican, como sí ocurre con el contrato de trabajo, que dichos servicios sean prestados por "persona natural", lo que significa que pueden ser prestados, y de hecho así sucede con frecuencia, por personas jurídicas.

1.4 Ajenidad

La ajenidad o el trabajo por cuenta ajena es indudablemente uno de los elementos fundamentales del contrato de trabajo, por cuanto significa que el trabajador no asume el riesgo del negocio, prestando sus servicios a un tercero que los aprovecha en su propio beneficio, es decir que no trabaja *por cuenta propia*, porque si lo hiciera estaríamos frente a una locación de servicios o a un contrato de obra, o a una comisión mercantil.

Wilfredo Sanguinetti⁶, al referirse a este elemento vinculándolo al pago de la remuneración al trabajador, expresa que:

... dado que la obligación del trabajador consiste en poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, la percepción de la remuneración depende solamente del hecho de que dicha disponibilidad en beneficio del empleador se verifique. En este sentido, el empleador ofrece al trabajador una renta fija (la remuneración), que éste tiene derecho a recibir, regular y, periódicamente, cualquiera que sean las contingencias que se produzcan, siempre que haya cumplido con poner su actividad a disposición del empleador. De esta forma, son aje-

6 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 152.

nos al trabajador, tanto el *riesgo económico de la empresa*, como el *riesgo de trabajo*, el uno y el otro gravan sobre el empresario porque son inherentes al concepto mismo de empresa, o bien gravan sobre quien (no empresarios) se valga, en beneficio propio, del trabajo ajeno subordinado.

1.5 Remuneración

Otro de los elementos fundamentales del contrato de trabajo es la remuneración, por constituir el motivo esencial de la prestación del servicio, no pudiendo concebirse una prestación laboral y en relación de dependencia sin ella. Es obvio que en esta categoría no se contemplan los servicios de voluntariado que tienen otra connotación.

De acuerdo con nuestra legislación debemos entender por remuneración el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición o constituya ventaja patrimonial, con exclusión de aquellos conceptos a los que la legislación laboral peruana le ha retirado el atributo remunerativo (artículos 19 y 20 del Texto Único Ordenado del decreto legislativo 650, aprobado por decreto supremo 001-97-TR del 27 de febrero de 1997).

Sin embargo, ni la prestación personal de servicios ni la retribución, que son considerados como elementos esenciales del contrato de trabajo, resultan en sí mismos distintivos de éste. En la locación de servicios, tratándose de la primera nota típica, el artículo 1766 del Código Civil establece que el locador debe prestar *personalmente* el servicio, aun cuando lo faculta a valerse de auxiliares y sustitutos bajo su propia dirección y responsabilidad, si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación.

Entonces, y en principio, la locación de servicios debe ser prestada, al igual que el contrato de trabajo, en forma personal por el locador o trabajador, respectivamente, permitiéndose en ambos casos el auxilio de terceros, siempre que no esté prohibido expresamente en los contratos y que ello sea usual dada la naturaleza de las labores, en cuyo caso, tratándose del contrato de trabajo, sólo se permite la colaboración de familiares directos, en tanto que en la locación de servicios puede ser prestada por cualquier persona contratada por el locador para tal fin.

Algo parecido ocurre con el contrato de obra, ya que en principio éste debe ser prestado personalmente (artículo 1772 del Código Civil), prohibiéndosele subcontratar íntegramente la realización de ésta, salvo autorización escrita del comitente. Es cierto que esta prestación personal se encuentra más diluida o es más flexible en este tipo contractual, en la medida en que, en aplicación *contrario sensu* del artículo 1772 antes mencionado, estaría autorizando al contratista a subcontratar *parcialmente* la obra.

Otro tanto acontece con el contrato de comisión mercantil, pues el artículo 255 del Código de Comercio, también como norma general, establece que dicha prestación de servicios debe ser personal, aceptando igualmente las excepciones previstas en los contratos de locación de servicios, de obra y de trabajo. Lo hace de la siguiente manera:

El comisionista desempeñará por sí los encargos recibidos, y no podrá delegarlos sin previo consentimiento del comitente al no estar de antemano autorizado para hacer la delegación; pero podrá bajo su responsabilidad emplear sus dependientes en aquellas operaciones subalternas que según la costumbre general del comercio, se confían a éstos.

Lo mismo sucede con la retribución o remuneración por el servicio prestado, ya que al igual que en el contrato de trabajo, la locación de servicios es un contrato oneroso, pues en el artículo 1764 del Código Civil se establece que éstos son prestados "a cambio de una retribución".

También sucede lo mismo con el contrato de obra, ya que conforme al artículo 1771 del mismo Código, el comitente se obliga a pagarle al contratista una retribución por la obra ejecutada.

Igualmente ocurre con la comisión mercantil desde que, conforme al artículo 271 del Código de Comercio, el comitente se encuentra obligado a pagar al comisionista el premio de comisión, estableciéndose que a falta de pacto expreso sobre su monto éste se fijará con arreglo al uso y práctica mercantil de la plaza donde se cumpliere la comisión.

1.6 La subordinación y sus clases

Ahora bien, hemos visto que dos de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son la prestación personal del servicio y el pago de la remuneración, también constituyen elementos fundamentales de los otros tres tipos de contratos a los que nos hemos referido anteriormente (locación de servicios, locación de obra y comisión mercantil), por lo que, tratándose del contrato de trabajo, además de constatar que se trata de una prestación que realiza un trabajador como persona natural y por cuenta ajena, la doctrina reconoce como el elemento distintivo, de manera uniforme, a la subordinación en que se encuentra el trabajador respecto de su empleador.

La legislación peruana regula la subordinación en el artículo 9 del decreto supremo 003-97-TR en los siguientes términos:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma o modalidad de la prestación de las labores, dentro del criterio de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*⁷, *subordinación* proviene del latín *subordinatio* que significa *sujección a la orden, mando o dominio de uno. Subordinado significa persona sujeta a otra o dependiente de ella.*

Emilio Suárez Galdós manifiesta que:

La etimología de la palabra subordinación, ayuda en el campo jurídico para definir esta característica, ya que se refiere al orden, y nos conduce a sostener que dentro del orden o para sostener el orden, es necesario que haya subordinación, que haya alguien que mantenga el orden⁸.

Sanguinetti sostiene respecto de la subordinación que:

... pese a ser el elemento que el Derecho cualifica como esencial y característico del contrato de trabajo, es en última instancia una consecuencia derivada de la asunción por parte del trabajador de la obligación de prestar sus servicios, del compromiso de poner a disposición del empleador la propia actividad (*operare*), en el cual se encuentra, en nuestro concepto, la esencia

7 Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. Madrid: Espasa-Calpe, 1992. p. 1911.

8 SUÁREZ GALDÓS, Emilio. *Estructura jurídica del contrato de trabajo*. Lima, 1990. pp. 266 y ss.

misma del contrato de trabajo (...). La subordinación es pues un elemento propio de las promesas de actividad laborativa y ajeno a la de un resultado del trabajo. La distinción final entre el trabajo subordinado y trabajo autónomo radica por ello, como sostiene Riva Sanseverino, en que *en el trabajo subordinado, el trabajador pone a disposición de la otra parte una cantidad dada de energía; en el trabajo autónomo, el trabajador promete un resultado dado*⁹.

Para De los Heros y Morales,

Por la subordinación el trabajador voluntariamente autolimita su libertad y presta sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente cualquier infracción o incumplimiento¹⁰.

Estos mismos autores recogen el criterio jurisprudencial respecto de lo que debe entenderse por las clases de subordinación que la doctrina reconoce: la jurídica, económica y técnica del trabajador frente al empleador, contenido en la resolución del Tribunal de Trabajo del 3 de enero de 1980:

La primera se manifiesta por la observancia de una jornada de trabajo y los respectivos controles de ingreso y salida, así como el cumplimiento de determinadas órdenes, etc. La subordinación económica se traduce en la percepción de un sueldo, salario o comisión por los servicios prestados, además de otros beneficios que señalan las leyes laborales y las normas convencionales. La subordinación técnica se expresa en la facultad del empleador de dirigir el proceso productivo de bienes y servicios, señalando las condiciones en que dentro de ese proceso se realicen las prestaciones del trabajador¹¹.

Según Jorge Rendón Vásquez:

El trabajo debe ser prestado bajo la dependencia del empleador con relación de subordinación a éste. Ello quiere decir que al poner el trabajador su capacidad laboral a disposición del empleador, le otorga a éste el poder de dirigirlo, de darle órdenes y de controlarlo durante el tiempo de ejecución del trabajo; y él, por su parte, se obliga a obedecerle. Esta subordinación es jurídica porque tiene su origen en un acto contractual, y porque el ordenamiento jurídico le ha dado ese carácter esencial¹².

Respecto de la subordinación jurídica, Caldera nos dice que: "... ella consiste en la obligación asumida por el trabajador de someterse a las órdenes o instrucciones del patrono..."¹³.

A su vez Sanguinetti manifiesta que:

... la subordinación es un vínculo de naturaleza y esencia jurídicas, claramente distinguible de la dependencia económica y la dirección técnica. La subordinación jurídica se distingue de la dependencia económica en que, mientras la primera es un *vínculo jurídico*, establecido en virtud de un acuerdo de voluntades, del cual derivan el *deber de mandar del empleador* y la *obligación de obedecer del trabajador*, en cambio la dependencia económica es una situación de hecho, una relación prejurídica, (la relación sobre la cual descansa normalmente el contrato de trabajo), representada por la superioridad económica del empleador, unida al hecho de que el trabajador tiene como su principal fuente de ingresos la remuneración que percibe. A diferencia de la subordinación jurídica, la dependencia económica no es uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Éste puede existir sin dependencia económica, siempre que se presenten el conjunto de

9 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 162.
10 DE LOS HEROS, Alfonso y Pedro MORALES CORRALES. *Op. cit.*, p. 15.
11 *Ibidem*.

12 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Derecho del trabajo multivolumen*. Lima: Editorial Eude, p. 37.
13 CALDERA, Rafael. *Op. cit.*, p. 270.

elementos que lo configuran (...). De la misma forma, la doctrina laboralista distingue también a la subordinación jurídica de la dirección técnica. Mientras la subordinación jurídica implica, en esencia, el reconocimiento de la autoridad superior del empleador, la dirección técnica supone, en cambio, la conducción de la prestación de acuerdo a los criterios que informan un arte o ciencia (...). En todo contrato de trabajo debe reconocerse la autoridad superior del empleador, es decir, existir subordinación jurídica pero, sin embargo, no en todos los casos es el empleador el que conduce la prestación en su aspecto técnico. (...) En realidad, la estricta dirección técnica solamente acompaña a la subordinación jurídica cuando se trata de labores manuales que requieren poco o ningún nivel de preparación, pero, conforme se va intelectualizando la labor o se va elevando la posición del trabajador dentro de la jerarquía de la empresa, la dirección técnica se va diluyendo, hasta llegar a situaciones en las que simplemente no existe¹⁴.

Como consecuencia de esta subordinación jurídica, surgen los denominados poderes o facultades del empleador, que son los de dirección, fiscalización o control y disciplinario.

Según Sanguinetti, por la facultad de dirección el empleador:

... imprime un destino concreto (en cuanto al espacio, tiempo y modo) a la energía que el trabajador pone a su disposición, mediante la dación de instrucciones u órdenes¹⁵.

Por la facultad de fiscalización el empleador "controla la ejecución de la prestación y determina si se han seguido o no las instrucciones dadas"; y, finalmente, por el poder disciplinario, el empleado "... ante la

constatación de la inobservancia de las obligaciones contraídas por el trabajador, sanciona dicho incumplimiento".

Respecto de la subordinación económica, Rafael Caldera dice que:

... ella reside en la necesidad que el trabajador tiene de la remuneración para su subsistencia, o, mejor dicho, en el carácter vital de la remuneración¹⁶.

Caldera considera que la utilidad de discernir sobre la existencia de la dependencia económica, manifiesta que se dan situaciones en que siendo difícil demostrar la existencia de la dependencia jurídica,

... el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios.

A su vez, Jorge Rendón Vásquez se refiere a la dependencia económica y técnica en los siguientes términos:

La dependencia económica es la relación de inferioridad de los trabajadores, en general, respecto de los empleadores, a quienes deben entregar su fuerza de trabajo para poder recibir los ingresos económicos, bajo la forma de remuneraciones que les permitan su subsistencia y la de su familia (...). La dependencia técnica es la relación de subordinación en que el trabajador se encuentra dentro de la empresa respecto del empleador, o de las personas a quienes éste confiere poder, determinadas por las necesidades de la producción; es una expresión de la división social del trabajo, pero en línea vertical, que da lugar a la disposición de facultades de organización, dirección, coordinación y control, progresivamente más vastas a medida que se asciende en la escala jerárquica de la empresa¹⁷.

14 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., pp. 170 y 172-173.

15 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 159.

16 CALDERA, Rafael. Op. cit., p. 270.

17 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. Op. cit., p. 38.

1.7 Debilitamiento de la subordinación

En los casos en que la subordinación jurídica no es clara, dada la naturaleza de la prestación de servicios, como por ejemplo una asesoría profesional, o es encubierta mediante la suscripción de un contrato, verbigracia, de locación de servicios, entonces es necesario hacer un primer análisis respecto de si se presentan los otros tipos de subordinaciones, es decir, la subordinación económica o la técnica.

Indudablemente que si la única fuente de ingresos del trabajador está constituida por la contraprestación que le abona el dador del trabajo, tendremos una primera señal o indicio que junto con otros elementos auxiliares nos podrían llevar a la convicción de que estamos frente a un contrato de trabajo.

Si la subordinación económica no resulta clara porque, por ejemplo, el trabajador tiene otras fuentes de ingresos, se podría recurrir a analizar si se presenta o no la subordinación técnica. Si la respuesta es afirmativa podríamos encontrarnos frente a un contrato de trabajo en régimen de tiempo parcial.

1.8 Elementos auxiliares del contrato de trabajo

Ya hemos mencionado que además de que la prestación se efectúe por persona natural y por cuenta ajena, la subordinación constituye el elemento distintivo del contrato de trabajo frente a las otras clases de prestación de servicios. Sin embargo, frente a una situación de debilitamiento, dilución u ocultamiento de la subordinación jurídica, debemos, en primer lugar, revisar si se dan los otros dos elementos fundamentales (prestación del servicio por persona natural y por cuenta ajena); luego constatar si se

presentan las otras clases de subordinación o algunas de ellas, junto con otros elementos propios, aunque no imprescindibles del contrato de trabajo.

Dentro de estos elementos, que nosotros denominamos *auxiliares* y que Fernando Elías califica de *accesorios*, citando los de profesionalidad y exclusividad, Sanguinetti¹⁸ agrega la incorporación del trabajador a la empresa, el cumplimiento de un horario de trabajo, la dirección y control efectivo del trabajo, la continuidad y permanencia.

1.9 Profesionalidad

Según Fernando Elías la profesionalidad

... implica principalmente que la prestación del trabajo la realiza el trabajador para asegurar su propia subsistencia, así como la de sus familiares (...) quien trabaja de manera esporádica con fines de entretenimiento y tiene rentas no provenientes del trabajo, no tendrá la calidad profesional de trabajador¹⁹.

En otros términos, la profesionalidad laboral implica que su ejecución constituye *el medio de vida* del trabajador.

1.10 Exclusividad

La exclusividad puede darse de dos formas. La primera consiste en que el trabajador sólo pueda prestar servicios a un empleador. Esta interpretación es considerada actualmente relativa, en la medida en que un trabajador puede tener varios empleos que pueden ser prestados, por ejemplo, en régimen de tiempo parcial. Obviamente que si se pacta este tipo de exclusividad

18 SANGUINETTI BAYBOND, Wilfredo. Op. cit., pp. 181 y ss.

19 ELÍAS MANTERO, Fernando. Op. cit., p. 14.

constituirá un elemento preponderante para determinar la existencia del contrato de trabajo, desde que dicha exclusividad a su vez traerá como consecuencia cuando menos la dependencia económica.

Sin embargo, el requisito de exclusividad ha resultado, tradicionalmente, importante para determinar si un vendedor se encuentra o no vinculado por un contrato de trabajo o por uno de comisión mercantil; así, el antiguo reglamento de la ley 4916 aprobado por resolución suprema del 22 de junio de 1928 establecía en su artículo 1, inciso h) que se consideraban empleados con derecho a los beneficios establecidos en la referida ley, a los vendedores y cobradores que perciban comisión "... si prestan servicios a una sola entidad o persona".

El otro criterio de exclusividad consiste en que durante la prestación del servicio el trabajador lo hace *exclusivamente* a favor de su empleador. En otros términos, dentro de la jornada de trabajo que deba cumplir, sólo podrá realizar labores en beneficio de su empleador, situación que no ocurre, por ejemplo, con un trabajador autónomo, quien, salvo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, decide por sí y ante sí a quién atiende, en qué oportunidad lo hace, o si paralelamente se encarga de asuntos de varios clientes.

1.11 Incorporación del trabajador a la empresa

Sanguineti explica que:

"El trabajador subordinado generalmente, careciendo de una organización propia del trabajo, inserta su actividad en una ajena, convirtiéndose en una parte del proceso productivo cuya organización y dirección corresponden al empresario"²⁰. Sin em-

bargo el propio autor reconoce que hay contrato de trabajo sin que necesariamente exista esta incorporación en la medida en que el empleador no es una empresa, como sería el caso de los secretarios y choferes particulares.

Este elemento también se puede graficar por la concurrencia del trabajador al centro de trabajo. Sin embargo, resulta relativo toda vez que existen diversas clases de servicios subordinados que se prestan fuera del centro de trabajo, como son los casos de los choferes, comisionistas exclusivos, los trabajadores a domicilio o a distancia.

1.12 Horario de trabajo

Una de las formas como se manifiesta la subordinación jurídica es justamente el establecimiento de una jornada de trabajo que se presta dentro de un determinado horario, en que el trabajador, autolimitando su libertad, se encuentra a disposición del empleador para realizar las actividades laborales que éste le indique.

Sin embargo, la legislación laboral excluye a determinados trabajadores del cumplimiento de la jornada de trabajo, como son los casos de los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera o vigilancia (artículo 5 del decreto legislativo 854 del 25 de setiembre de 1996), dándose la posibilidad, sobre todo con los trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata, que además de no tener una jornada determinada carezcan de un horario de trabajo.

1.13 La dirección y control efectivo del trabajo

Según Sanguineti:

20 SANGUINETI RAYMOND, Wifredo. Op. cit., p. 181.

Si bien la existencia de mando efectivo no es esencial para la configuración del vínculo de subordinación, la presencia de dicho elemento —que se expresa a través de la dación de instrucciones precisas e imperativas, la observancia de reglamentos internos, el control de desempeño de las actividades, etc.— constituye una manifestación externa del derecho del empleador de disponer de la actividad laborativa del trabajador, constituyéndose por ello un factor decisivo para hablar de la existencia de subordinación jurídica²¹.

1.14 La continuidad y permanencia

Ésta era una de las notas esenciales del contrato de trabajo, por cuanto se consideraba que si la empresa tenía una existencia a plazo indeterminado, lo mismo debía ocurrir con quienes prestaban servicios en ella. De ahí que la prolongación de la actividad laboral constituía un elemento para discernir sobre la presencia del contrato de trabajo. Sin embargo, la necesidad que tienen actualmente las empresas de adaptarse de inmediato a los cambiantes requerimientos que les plantea el mercado, y así asegurar su subsistencia, ha traído como consecuencia que la norma general corra el peligro de convertirse en excepción. La frecuencia con que se usan los contratos a plazo fijo, así como la flexibilización de la estabilidad laboral, permiten una alta movilidad de los trabajadores.

En todo caso, en los supuestos de prestaciones de servicios fronterizos, su continuidad, establecida objetivamente, unida por ejemplo a la dependencia económica y algún otro elemento auxiliar, podría indicarnos que nos encontramos frente a un contrato de trabajo.

2. LA LOCACIÓN DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE OBRA

2.1 La locación de servicios

El Código Civil de 1936 reguló el contrato de locación de servicios en el título V de la sección quinta del libro V, bajo el rubro genérico "De la locación conducción", que incluía de manera preferente la cesión en uso de algún bien.

El artículo 1490 conceptuaba que:

... por la locación conducción una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle su servicio o trabajo personal, durante un plazo y por cierta renta convenida.

Luego, los artículos 1547 y 1548 se referían a la retribución de estos servicios; el artículo 1549, 1550 y 1551 al plazo de duración, a su posibilidad de ponerle fin y a la conclusión por muerte del locador.

Nada se establecía hasta este momento respecto de si dicha prestación de servicios se efectuaba de manera independiente o subordinada. Sin embargo, el artículo 1552 señaló que en los contratos de locación de servicios debía observarse *además* lo dispuesto en las leyes especiales sobre trabajo y lo establecido en los reglamentos sobre servicio doméstico, otorgándole desde esta perspectiva una connotación laboral al contrato de locación de servicios.

El tratamiento del Código Civil de 1936, que rigió hasta 1984, no fue claro en este tema desde que, paralelamente, en el título VI de la misma sección y libro, se reguló nada más ni nada menos que el contrato de trabajo.

Así, en el artículo 1571 se estableció que: "Por este contrato el obrero ofrece contribuir a la producción, con su trabajo

21 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., p. 185.

personal, por tiempo determinado o indeterminado mediante el pago de un salario²¹; y en el artículo 1572 se determinaron una serie de condiciones de trabajo y beneficios al señalarse que:

... el contrato de trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago del salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor, el descanso semanal, la prohibición del trabajo de los menores de 14 años; la limitación del trabajo de los menores de 18 años, condicionada a la educación y desarrollo físico, la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidentes; los seguros obligatorios; y la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes.

Puede entonces observarse que el Código Civil de 1936 se refirió a dos contratos que, en principio, eran distintos pero que, sin embargo, al de locación de servicios se le obligó a observar las normas propias del contrato de trabajo dependiente, con lo cual laboralizó el contrato de locación de servicios.

En efecto, Andrés León Montalbán, al comentar que el comisionista mercantil había sido equiparado por algunas legislaciones con el locador de servicios, explica que:

... en realidad hay diferencias entre una y otra clase de contratos. El comisionista actúa siempre con cierta independencia, su nombramiento obedece, precisamente, a la confianza que tiene el comitente en su capacidad para el negocio que se le encarga. Hay ciertos casos en que el comisionista puede actuar sin oír previamente al comitente, como cuando ocurre en los efectos encargados a alguna alteración que hiciere urgente su venta para salvar la mayor parte posible de su valor y fuere tal la premura que no hubiera tiempo para dar aviso al

comitente y aguardar sus órdenes. El locador de servicios en cambio no puede actuar con esta independencia. El locador de servicios se limita únicamente a cumplir las órdenes de su principal²².

Garrido y Zago mencionan que en el desarrollo doctrinario se reconoce que, en el siglo XIX, se consideraba que toda prestación de servicios se encontraba incluida en las modalidades de locación de servicios o de obra²³, entre ellas la prestación dependiente y subordinada.

Los mismos autores manifiestan que:

En la orientación moderna se produce una división, como puede observarse de los autores nacionales y extranjeros. Determinados autores como Borda, equiparan lisa y llanamente la locación de servicios al contrato de trabajo, en cambio otros autores como López de Zavalla, señalan con toda claridad que se trata de dos institutos distintos, por cuanto la locación de servicios está contemplada y reconocida no sólo en la ley civil, sino en la actividad normal, por diversas prestaciones de servicios. El contrato de trabajo ha tenido su regulación legal específica establecida a través de norma donde imperan principios de orden público, y notas de estabilidad, subordinación y dependencia que no se dan en la locación de servicios²⁴.

En el ámbito nacional Wilfredo Sanguinetti Raymond sostiene que:

El objetivo del Derecho del Trabajo, pues, no es otro que separar la prestación subordinada de servicios del régimen del arrendamiento y dotarla de otro más acorde con las exigencias de la justicia (...). Por ello, el

22. LEÓN MONTALBÁN, Andrés. *Derecho comercial* (Primer curso). Urus Editorial Luzzini S.A., p. 301.

23. GARRIDO ROQUE, Fortunato y Jorge Alberto ZAGO. *Contratos civiles y comerciales* (Parte especial). Buenos Aires: Editorial Universidad, 1951, p. 321.

24. *Ibidem*.

contrato de trabajo pasa a regular exactamente las mismas relaciones que antes eran objeto de la locación de servicios y a cumplir dentro del régimen económico el mismo rol que ésta. Locación de servicios y contrato de trabajo no son pues figuras distintas, sino denominaciones que ponen de resalto la evolución del régimen jurídico de una misma²⁵.

Sanguinetti fundamenta su opinión en que "En realidad, la antigua locación de servicios se ha transformado en el contrato de trabajo, desde que fue desligada del régimen de arrendamiento", e invoca como sustento de su posición a Jorge Eugenio Castañeda, quien consideraba a ambas figuras como una misma, caracterizada por la subordinación, ya que en la locación de servicios quien debe los servicios cede al locatario su derecho de autodeterminación, que era subordinado a quien le paga²⁶. Asimismo, cita a Ramírez Otárola, quien manifestaba que:

El contrato de trabajo surge (...) como un contrato de trascendencia social en el cual no cabe el tráfico del esfuerzo. La antigua prestación de servicios se transforma en el nuevo contrato de trabajo²⁷.

Lo cierto es que, si bien la confusión entre contrato de locación de servicios y contrato de trabajo es evidente en el Código Civil peruano de 1936 y ello ha podido influir en el pensamiento cuando menos de Jorge Eugenio Castañeda y Jorge Ramírez Otárola, no cabe duda de que el Código Civil vigente, de 1984, efectúa una

clara diferenciación al regular exclusivamente un contrato de naturaleza civil, excluyendo toda mención del contrato de trabajo que es regulado por una normativa especializada e independiente.

Si bien en ambos casos se trata de servicios que se prestan a cambio de una retribución, en el caso de la locación de servicios lo es *sin subordinación*, en tanto que en el contrato de trabajo lo es *con subordinación*.

No cabe duda, por ahora, de que la locación de servicios, tal como se encuentra regulada en el Código Civil vigente, responde a una realidad, pues existen servicios como el que presta un profesional liberal, que, en la medida en que los ejecute con autonomía, mal podría confundirse con un contrato de trabajo en donde el trabajador se encuentra sujeto a las órdenes de su empleador.

Garrido y Zago manifiestan que:

... la opinión más aceptable y por tanto la orientación moderna es en el sentido que no puede equipararse el contrato de trabajo con la locación de servicios por corresponder uno a una rama del Derecho donde predomina la intervención del Estado y el orden público y la otra por ser una institución netamente de derecho civil, donde las partes en pie de igualdad, celebran la relación contractual sin subordinación plena ni con fines de continuar en el tiempo, más allá del necesario para la prestación del servicio²⁸.

El artículo 1764 del Código Civil peruano concebía este contrato de la siguiente manera:

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 retribución.

25 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., pp. 77-78.

26 CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. "Contrato de trabajo o de locación de servicios". *Revista del Foro* 1, año II. Lima, julio de 1964, p. 15.

27 RAMÍREZ OTÁROLA, Jorge. *Configuración de la legislación del trabajo y régimen social del Perú*. 2a. edición. Lima: Editorial Lull, S.A., 1963, p. 9.

28 GARRIDO, Roque Formoso y Jorge Alberdi ZAGO. Op. cit., p. 522.

Manuel de la Puente y Lavalle, quien tuvo a su cargo la exposición de motivos y comentarios del título IX de la sección segunda de libro VII del Código Civil sobre prestación de servicios y locación de servicios, manifiesta que una de sus características " ... es que los servicios no se prestan en situación de dependencia", afirmando que:

Pueden ser materia del contrato de los servicios en sí, entendidos en el sentido de obligaciones de medios en las que el locador compromete su actividad misma, pero no el resultado de ella²⁹.

Fernando Elías Mantero, a fin de enfatizar la diferencia que existe entre contrato de trabajo y locación de servicios, señala:

... si la característica principal del contrato de trabajo es la existencia de la subordinación, la nota más importante de la locación de servicios es justamente la falta de subordinación³⁰.

Jorge Rendón Vásquez, al efectuar la distinción con el contrato de trabajo, manifiesta que:

El contrato de locación de servicios tiene por objeto la realización de un servicio, es decir, de una actividad, sin sujetarse a las órdenes de quien la encarga. El ejecutante del servicio debe efectuarlo según sus conocimientos, experiencia y habilidades, pero sin asegurar un resultado, aunque se entiende que debe hacerlo ajustándose a un término medio de eficiencia o al nivel de eficiencia y especialización que se pacte. Es el caso de una consulta médica, del asesoramiento prestado por un abogado en un juicio, etc.³¹.

En todo caso, la locación de servicios supone el cumplimiento del encargo pactado.

El artículo 1765 establece que pueden ser materia del contrato toda clase de servicios materiales o intelectuales.

Manuel de la Puente y Lavalle comenta este artículo manifestando lo siguiente:

... dentro del concepto de locación de servicios caben naturalmente todos los servicios, materiales o intelectuales, constituidos por el esfuerzo, la actividad o el trabajo, que se prestan sin relación de dependencia, y retribuidos con sueldos, honorarios, emolumentos, etc. Comprende, pues, los servicios u obra de los profesionales, de los artistas, de los artesanos, de los deportistas, y, en general, de todos quienes realizan trabajo predominantemente propio y sin vínculo de subordinación frente al comitente³².

En consecuencia, el elemento distintivo, esencial del contrato de locación de servicios frente al de trabajo, es el de la autonomía o independencia en su prestación, según la cual ésta se efectúa con libertad y sin más limitación que aquella que corresponde a los límites del encargo y a las instrucciones recibidas, entendiéndose como tales el conjunto de reglas o advertencias que sirven para explicitar sus límites, de los cuales incluso, conforme lo prevé el artículo 1760 del Código Civil, el locador puede apartarse si cumple con el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato, o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno.

29 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Exposición de motivos del Código Civil y comentarios. Prestación de servicios*. Lima: Oksia Tórnese S.A., 1985, pp. 443-448.

30 ELÍAS MANTERO, Fernando. *Op. cit.*, p. 7.

31 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 45.

32 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Op. cit.*, p. 448.

2.2 El contrato de obra

Según el artículo 1771 del Código Civil "Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución".

Para la ejecución de esta prestación de servicios, los materiales necesarios de la obra deben ser proporcionados por el comitente, salvo costumbre o pacto distinto (artículo 1763), no pudiendo el contratista introducir variaciones en las características convenidas de la obra, sin la aprobación escrita del comitente, teniendo el derecho el comitente de inspeccionarla y exigir la rectificación si es que no se ejecuta conforme a lo acordado (artículo 1777). El contratista, además, se encuentra obligado a responder por las diversidades y los vicios de la obra, entendiéndose por diversidades los trabajos distintos a los previstos por las partes o ejecutados de un modo diferente³⁵.

Las diferencias fundamentales que se encuentran entre el contrato de locación de servicios y el de obra, y que son señaladas por Max Arias Schreiber³⁵, son que, si bien en uno y otro caso existe un aporte de energías, en el caso de la locación de obra, no se limita a ellas sino que se extiende a lo que se conoce como el *opus*, esto es, un resultado, sin que inevitablemente este último tenga que ser exitoso, salvo que así haya sido pactado expresamente. En materia de riesgos, éstos corren preponderantemente por cuenta del contratista, lo que no sucede necesariamente en la locación de servicios, en cuanto atañe al locador de ellos. En la locación de

servicios no se da la obligación de saneamiento, puesto que falta la transferencia de la propiedad, uso o posesión de un bien, mientras que en el contrato de obra existen obras específicas sobre la materia.

Garrido y Zago son concluyentes al decir que:

En otras palabras, en el contrato de locación de obra se promete el resultado del trabajo. En el contrato de locación de servicios se promete el trabajo sin atención al resultado³⁵.

Sanguinetti, al diferenciar el contrato de trabajo con el de obra, manifiesta que por el primero

... el trabajador se obliga a prestar personalmente sus servicios al empleador; es decir, a poner a disposición de este último su fuerza o energía de trabajo. De esta forma el empleador adquiere el derecho de disponer de la actividad laborativa del trabajador para lo cual, como veremos más adelante se hace necesaria la existencia de un vínculo de subordinación. El trabajador adeuda entonces un efecto que permanece indisolublemente unido a su persona. Su actividad laborativa y no un resultado de la aplicación de la misma (una obra). Como afirma acertadamente Spota: El trabajador promete ya no un resultado sino su fuerza de trabajo (...). Es lógico que esa fuerza de trabajo se oriente a menudo hacia la obtención de un resultado, pero este último ha de alcanzarse según las directivas, las órdenes del empleador (...). Sobre el empleador o principal recae en definitiva la responsabilidad del resultado; él es quien lo consigue, empleando la fuerza de trabajo de aquellos que le prestan servicios³⁶.

35 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exposición de motivos y comentarios al contrato de obra*. Lima. Oken Ediciones S.A., Lima, 1985, p. 473.

36 ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, pp. 4-5. 8 y 66.

35 GARRIDO Y ZAGO. *Op. cit.*, p. 359.

36 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. *Op. cit.*, p. 124.

En consecuencia, para Sanguinetti queda muy claro que si algún trabajo autónomo debe permanecer regulado por el derecho civil es el contrato de obra, por cuanto entre la ejecución de ésta y la autonomía existe una relación esencial.

Sanguinetti continúa diciendo:

El elemento ejecución de una obra se configura cuando el deudor de trabajo se obliga frente al acreedor a proporcionarle un resultado material o inmaterial del trabajo manual o intelectual, con independencia de la actividad necesaria para concluirlo. El obligado adeuda aquí un *opus*, que se independiza objetivamente de su persona, y no un efecto que permanezca unido a la misma (...) La consecución del resultado para el cual fue celebrado el contrato, incumbe pues obligacionalmente al deudor, que debe alcanzarlo para obtener la correspondiente retribución. Por ello, esencialmente esta obligación consiste en el deber del deudor de proporcionar al acreedor un determinado resultado del trabajo y no en poner a su disposición la propia energía.

Más adelante indica:

... de otro lado la autonomía del deudor de trabajo supone que una vez estipuladas las respectivas obligaciones de las partes, éste se avoca libremente por su cuenta y riesgo al cumplimiento de las propias de acuerdo al modo, lugar y tiempo que estime como más conveniente, sin que se encuentre el acreedor facultado para darle órdenes o para imponer su voluntad cuando lo considere oportuno, ni el deudor obligado a obedecerle. Así, aquí el acreedor carece de facultad de disponer de la actividad del deudor (...) Esto se debe a que puesto que es el deudor y no el acreedor el responsable de la producción del resultado, se hace indispensable que sea él mismo quien determine por sí la forma cómo conducirá la aplicación de la actividad para la consecución del *opus* de la cual depende que le sea abonada la retribución, es decir que exista

autonomía. De esta forma, la autonomía es consustancial a la promesa de un resultado de trabajo³⁷.

Sin embargo, no necesariamente todo contrato de obra implica una prestación de servicio autónoma o independiente, desde que, si ésta se efectúa bajo la dirección y órdenes del comitente, entonces, aun cuando se trate de un contrato de esa naturaleza, deberá considerarse dentro del ámbito del contrato de trabajo.

En este sentido se pronuncia Caldera al tratar sobre la diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de obra:

El criterio dominante hoy para diferenciar ambos contratos es el de la *subordinación* o *dependencia*. Habrá contrato de trabajo siempre que en la contratación de la obra, debida a un esfuerzo personal del trabajador, se contraiga una relación de dependencia. En caso contrario habrá contrato de obra³⁸.

Por ejemplo, en el Perú la legislación ha laboralizado desde antiguo (decreto supremo del 20 de enero de 1921³⁹) los servicios de construcción civil, que implican la ejecución de una obra, pero que su culminación supone la realización previa de múltiples obras.

Sin embargo, a raíz de la flexibilización de las normas sobre negociación colectiva y específicamente por rama de actividad, y dentro de ésta la de construcción civil ocurrida a mediados de 1992, son muchas las obras que se realizan con intervención de personal sujeto a contratos de obra, conforme a las normas del Código Civil, pactándose con estos trabajadores la ejecución

37 SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. Op. cit., pp. 321 y 36.

38 CALDERA, RAFAEL. Op. cit., p. 279.

39 VIGIL, Manuel A. *Legislación del trabajo*. Lima, 1937, p. 55.

de determinadas partes de la construcción y pagándoseles de acuerdo con el resultado o avance de ésta. Indudablemente que se estaría tratando de un caso de simulación de un contrato de obra cuando en el fondo esconde uno de trabajo dependiente que pertenece a un régimen laboral especial, como es el de construcción civil, que cuenta con una normatividad propia y que comprende a los trabajadores obreros que en sus respectivas categorías prestan servicios en la actividad constructora.

2.3 Comparación entre el contrato de trabajo y la locación de obra y de servicios

De todo lo dicho hasta ahora respecto de las características del contrato de trabajo y el contenido del contrato de obra y la locación de servicios, podríamos concluir, para efectos prácticos, que las principales diferencias entre unos y otros son las siguientes:

- El contrato de trabajo implica una actividad puesta al servicio del empleador (*operae*) en tanto que el contrato de obra implica el cumplimiento de un resultado (*opus*), y el de locación, el cumplimiento de un servicio pactado.
- El trabajo se realiza en relación de dependencia y subordinación, mientras que en el contrato de obra y el de locación de servicios, el contratista y el locador actúan independientemente, según el caso.
- En el contrato de trabajo la relación es de ajenidad, es decir, que el trabajador no asume el riesgo del negocio, trabaja por cuenta ajena; mientras que en el contrato de obra y la locación de servicios, el contratista y el locador asumen determinados riesgos.
- La relación de trabajo es personal (personalísima respecto del trabajador) no así respecto del empleador que puede cambiar sin que se modifique la prestación laboral (sucesión laboral); en la locación el locador puede usar los servicios de terceros salvo que, conforme lo señala el artículo 1766 del Código Civil, los usos y costumbres no lo permitan.
- En el contrato de trabajo el empleador tiene el poder directivo, tiene la dirección del trabajo; en el contrato de obra y en la locación de servicios el contratista y el locador son autónomos en su prestación, sin que afecte a esta autonomía las instrucciones o las coordinaciones que deba efectuar con el comitente.
- La prestación laboral es ilimitada y el empleador dispone de la forma, oportunidad y lugar de la prestación, mientras que en el contrato de obra y en la locación de servicios es limitada al encargo efectuado.
- La prestación laboral es de tracto sucesivo y de carácter indefinido por presunción legal, mientras que en el contrato de obra o en la locación de servicios es temporal y se agota con el resultado o con la ejecución del servicio pactado, respectivamente.

3. LA COMISIÓN MERCANTIL

Conforme al artículo 237 del Código de Comercio:

Se reputará comisión mercantil el mandato, cuando tenga por objeto un acto u operación de comercio, y sea comerciante o agente mediador del comercio el comitente o el comisionista.

Ulises Montoya Manfredi manifiesta:

... el mandato es mercantil si reúne dos requisitos: uno *objetivo*, o sea que la comisión tenga por objeto un acto u operación de comercio, que en la mayoría de los casos es encontrar a la persona que, en las condiciones más favorables al comitente, concluya el negocio de comprar o vender en que consiste la comisión; y otro *subjetivo*, que sea comerciante o agente mediador el comitente o el comisionista (...). Como en la comisión, así como en el mandato, se trata del cumplimiento de un encargo, suele confundirse con otros contratos, principalmente con el de arrendamiento de servicios y con el contrato de empleo, no obstante que entre ellos existen diferencias sustanciales conforme resulta de la naturaleza de este contrato (...) siendo de destacar, entre otras, la que el comisionista puede contratar en nombre propio (Código de Comercio art. 238^o) lo que no ocurre con el factor o los empleados, que siempre contratan a nombre de su "principal" (Código de Comercio art. 278^o y 286^o); el factor o empleado es un dependiente en relación al principal; el comisionista goza de independencia en su actividad para el cumplimiento de la comisión, y es, a su turno, un "principal" respecto a sus propios dependientes a quienes puede confiar determinadas operaciones subalternas (Código de Comercio art. 255^o); los empleados no pueden ejercer el comercio por su propia cuenta ni interesarse en nombre propio o ajeno en negociaciones que hicieren a nombre de sus principales (...) restricciones que no juegan en contra del comisionista, que puede negociar y de hecho negocia por cuenta propia⁴⁰.

El mismo autor, refiriéndose a las posibles confusiones que pueden presentarse entre el contrato de trabajo y el de comisión mercantil, manifiesta que una de esas causas se debe a que:

... en algunos contratos de empleo se pacta como retribución un porcentaje o una cantidad sobre las ventas, que se denomina *comisión*, lo que no indica la naturaleza del contrato, sino una forma de pago del servicio. Por eso se habla de los contratos *a comisión*, sobrentendiéndose que se trata de una venta o de una compra, con referencia a las cuales ha de efectuarse el pago de la remuneración, y no se dice contrato *de comisión*, que indica la naturaleza del convenio, dada la función gramatical de la preposición.

4. FRONTERA ENTRE EL TRABAJO SUBORDINADO Y EL TRABAJO INDEPENDIENTE

4.1. Casos

A lo largo de esta ponencia se han citado ejemplos de algunas prestaciones de servicios que pueden plantear algún tipo de dificultad respecto de su naturaleza jurídica, es decir, si se trata de un contrato de trabajo o de otra forma de prestación de servicios autónomos. Revisaremos algunos de estos casos.

4.1.1 Comercialización de productos

Rafael Caldera menciona la venta al público de productos de una industria determinada, simulando una compraventa comercial, cuando el encargado de las ventas debía realizar sus actividades dentro de determinado radio o zona, bajo condiciones específicas y vigilancia de la empresa.

Igualmente Fernando Elías se refiere a este caso, manifestando que:

Tal actividad la puede realizar autónomamente cuando adquiere directamente el producto para su venta libre e indiscrimi-

40. MONTAYA MANFREDI, Ulises. *Derecho mercantil*. Tomo II. 5a. edición. Lima: Editorial Desarrollo S.A., 1985. pp. 25-26.

rada donde decide efectuar tal operación. La situación puede variar si es que se le proporciona un vehículo para que desarrolle tal actividad y se le precise el lugar de sus operaciones. La situación sería indudablemente una laboral si además se le entregaran uniformes y se le costeara el lavado para asegurar una adecuada imagen comercial⁴¹.

En este mismo ejemplo podríamos citar el supuesto de los heladeros o repartidores de pan.

Respecto de los primeros, hace años integraban uno de los sindicatos más fuertes del país, pues prestaban servicios a una industria casi monopolística. Nadie dudaba en esas épocas que se trataba de trabajadores dependientes, pues se ocupaban de comercializar exclusivamente los productos de la fábrica, se les asignaba determinadas zonas, proporcionándoseles las carretillas de expendio, así como impecables uniformes.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y el incremento de nuevas industrias dedicadas a la misma actividad, el sindicato desapareció, los trabajadores fueron despedidos o cesaron, siendo ahora común que los expendedores de helados los adquieran para luego comercializarlos, teniendo por utilidad la diferencia. Incluso algunos comercializan paralelamente productos de otras fábricas. Esta última forma de prestación de servicios puede llevar a la conclusión de que se trata de trabajadores autónomos, es decir, que adquieren los productos en los puntos de expendio que consideren pertinentes, y que los venden en las áreas o zonas que escojan, los días y horas que decidan, sin reportar a nadie por el resultado de su actividad.

Si ello no fuera así, es decir que en la realidad comercializan exclusivamente un

determinado producto en áreas previamente asignadas por la fábrica, encontrándose sujetos al cumplimiento de órdenes o a la rendición de cuentas sobre el éxito o no de sus ventas; que se les proporcione la carretilla u otros medios de expendio de los helados; si además esta prestación no fuera efectuada en determinados horarios y días fijados por la empresa, durante un período razonablemente prolongado, constituyendo su principal fuente de ingresos; y el hecho de que este trabajador "adquiera" los productos para revenderlos, no sería suficiente para desvirtuar la existencia de un contrato de trabajo.

Lo mismo sucede con los repartidores de pan. Si éstos son empleados de una panadería y su labor consiste en el reparto de dicho producto entre los clientes de la panadería, en un área y horarios determinados, debiendo reportarse a ésta y rendir cuentas, sin duda que estaremos frente a un contrato de trabajo.

Sin embargo, no se daría esta situación si una persona ofrece sus servicios de reparto de pan y similares que adquiere de una o varias panaderías, consigue clientes, lo reparte y si bien debe cumplir con dicha prestación dentro de un determinado horario, concluida ésta se dedica a otras labores.

4.1.2 Reparto de correspondencia o mercadería

Fernando Elías se refiere a este caso en la forma siguiente:

La contratación de una persona para realizar el reparto de correspondencia o mercadería se puede llevar a cabo bajo diferentes formas: (1) si se le contrata para realizar el servicio en forma directa y lo desarrolla en forma personal, aunque se le pague por unidad de reparto y se le denomine trabajador autónomo, o se utilice cualquier denominación similar, tiene la calidad de tra-

41. ELÍAS MANTERO, Fernando. Op. cit., p. 16.

bajador; (ii) no altera la situación si para realizar su actividad lo hace por medio de una bicicleta, motocicleta o vehículo menor que proporcione él. (En caso de que el empleador proporcione el vehículo lo ubicaría indudablemente en la situación del acápite anterior). Sin embargo nuestra visión de su situación cambiaría radicalmente si es que el reparto de mercadería lo realizara la misma persona con un vehículo mayor de su propiedad, pues la existencia de un capital importante para prestar el servicio, le da un viso empresarial aunque se preste en forma personal⁴².

4.1.3 Vendedores comisionistas

Hemos mencionado que el reglamento de la ley 4916 comprendía dentro de sus beneficios a los empleados de comercio, considerándose entre otros a los vendedores y cobradores de las casas mayoristas y minoristas, establecimientos industriales o fabriles, que percibían como remuneración solamente una comisión por las ventas o cobranzas efectuadas, siempre que sus servicios fueran prestados *a una sola entidad o persona*, es decir con *exclusividad*.

La ley 4916 y por ende su reglamento fueron derogados por la ley 26513 del 27 de julio de 1995, no recogiendo en ninguna disposición vigente la obligación de que dicha actividad sea prestada con exclusividad para ser considerada laboral.

Sin embargo, somos de la opinión de que si dicho elemento no se encuentra presente estaríamos frente a un contrato de comisión mercantil, toda vez que la prestación de servicios consiste en la venta o cobranza, es decir, en el resultado y no en la actividad propiamente dicha (obligación de medios).

Fue la norma reglamentaria de la ley 4916 que *laboralizó* dicha actividad, a condición de que los servicios fueran prestados *exclusivamente* a una sola empresa. Así lo entendió la jurisprudencia como la ejecutoria de la Corte Suprema del 26 de diciembre de 1974 recaída en el expediente 957/74⁴³.

La ley puso todo el énfasis en este elemento auxiliar del contrato de trabajo (exclusividad) para calificar o descalificar su naturaleza jurídica. Así, en caso de un vendedor "libre", es decir, que se dedica de manera autónoma a la venta de productos de diversas empresas a cambio de una comisión, el contrato existente es uno de comisión mercantil.

Además, una prestación exclusiva de servicios, prestada personalmente por el comisionista trae otra consecuencia, la dependencia o subordinación jurídica y la económica, aun cuando la técnica se encuentre debilitada, toda vez que la labor se realiza fuera del centro de trabajo, encontrándose a su vez esta clase de trabajadores excluidos de la jornada máxima legal y el cumplimiento de un horario determinado.

4.1.4 Asesoría profesional

Uno de los casos típicos en que opera el contrato de locación de servicios es el de la asesoría profesional, como, por ejemplo, la de los abogados en la defensa de los intereses de sus clientes, o cuando abuelve sus consultas, o en general cuando atiende sus asuntos legales; todo ello con absoluta independencia, salvo el marco limitado a los alcances del encargo profesional (instrucciones). En este caso no existe la posibilidad de que el comitente dé órde-

42 ELÍAS MANTERO, Fernando. Op. cit., p. 15.

43 DE LOS HEROS, Alfonso y Pedro MORALES CORRALES. Op. cit. Tomo II, p. 455.

nes al profesional porque éste no se encuentra en relación de dependencia sino de igual a igual. Además, normalmente el ejercicio profesional significa independencia económica en el sentido de que los ingresos provienen no de uno sino de diversos clientes. Lo mismo ocurre con otras profesiones, fundamentalmente las liberales, como es el caso de los médicos y los ingenieros.

Lo manifestado no quiere decir que estos profesionales no puedan prestar sus servicios en relación de dependencia, formando parte integrante de la estructura organizacional de una empresa, en cuyo supuesto la subordinación técnica es casi inexistente, aun cuando se presenta la jurídica y probablemente la económica.

Sin embargo, existe una situación intermedia que es la que puede presentar dudas sobre la naturaleza jurídica de la prestación de servicios, que se da cuando un profesional, por necesidades del cliente, debe concurrir a sus oficinas en determinados días y horas, a cuyo efecto se le proporciona las facilidades y los medios para la realización de sus actividades.

Si en estos casos la prestación de servicios está sujeta al cumplimiento de órdenes precisas e imperativas, que evidentemente exceden de lo que debe entenderse por las instrucciones que enmarca una locación de servicios, y, además, quien los presta debe observar reglamentos internos y se encuentra sujeto al control del desempeño de sus actividades, hallándose obligado a permanecer dentro de la jornada reducida de trabajo, cumpliendo un horario preestablecido, entonces nos encontraríamos frente a un contrato de trabajo en régimen de tiempo parcial, en la medida en que se cumplirían los requisitos de prestación personal y directa efectuada por persona natural, de manera subordinada, en la que además se podrán identificar

otros elementos fundamentales o auxiliares, como son la ajenidad, la remuneración o contraprestación y el horario de trabajo; no así el de exclusividad, profesionalidad e incorporación plena a la empresa.

La autoridad tributaria ha resuelto, para sus propios fines, estas dudas al considerar como 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 (artículo 34, inciso e) de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado por decreto legislativo 774).

4.1.5 El trabajo a distancia

En la introducción de esta ponencia nos hemos referido al trabajo a distancia como uno de los casos en que se hace difícil establecer si se cumple con los elementos fundamentales del contrato de trabajo, desde que el hecho de prestarse en un lugar ajeno al centro de trabajo podría eventualmente distorsionar el elemento de prestación personal de éste, a su vez al no encontrarse sometido a fiscalización inmediata del empleador, la dependencia técnica podría ser marginal, no estando sujeto necesariamente al cumplimiento de una jornada de horario de trabajo.

El caso típico es el de trabajo a domicilio, que desde antiguo ha sido laboralizado en nuestro país y que actualmente se encuentra regulado en los artículos 87 y siguientes del decreto supremo 003-97-TR, donde el elemento de subordinación se encuentra bastante diluido, toda vez que se permite que este trabajo se preste por

cuenta de uno o más empleadores, sin supervisión directa o inmediata de éstos, determinándose como facultad del empresario la de establecer las regulaciones de la metodología y técnica del trabajo a realizarse, permitiéndose incluso lo que es reprobado en la legislación laboral común. Es decir, que el empleador pueda deducir hasta un 25 por ciento mensual de la remuneración obtenida por el trabajador, en caso de responsabilidad económica a cargo del trabajador por la pérdida o deterioro que por su culpa sufran los materiales o bienes entregados por el empleador.

El avance tecnológico en materia de sistemas incrementa las posibilidades del trabajo a distancia. Muchos servicios podrán ser prestados desde el domicilio del trabajador. Basta para ello que cuente con una computadora y los elementos que le permitan conectarse con el servidor de la empresa.

Conforme a Carrasco y Salinas⁴⁴, constituye una "actividad profesional o empresarial realizada a distancia y haciendo uso de las telecomunicaciones", que bien puede ser *móvil*, como lo reconocen Christian Barrios y Pedro Muñoz⁴⁵, si estos *teletrabajadores* desarrollan sus actividades viajando constantemente como gestores de cobro, o como periodistas, vendedores, representantes comerciales, representantes de zona, etc., o *teletrabajadores urbanos* que prestan sus servicios en un centro físico que bien puede ser el propio domicilio del trabajador.

El artículo 88 del mencionado decreto supremo, de manera expresa ha regulado que el trabajo a domicilio:

... genera relación laboral entre el trabajador a domicilio y el empleador, sea este último el productor de los bienes y servicios finales o intermedios, subcontratistas o agente, siempre que estos últimos se encuentren debidamente registrados.

De no existir una norma de esta naturaleza, se produciría una duda razonable respecto de la existencia del contrato de trabajo, desde que el desarrollo de ese tipo de actividades carecen de las notas o elementos fundamentales del contrato de trabajo, en la medida en que se autoriza que puedan ser prestados a diversos empleadores, lo que en el fondo supone una actividad propiamente empresarial, y en donde la subordinación jurídica, económica y técnica se encuentran realmente debilitadas, así como la prestación personal (aunque esta última, también porque así lo señala expresamente la ley -artículo 5 del mismo decreto supremo- no se desvirtúa si es que el trabajador es ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores).

4.1.6 Sociedad de gananciales y concubinato

Fernando Elias cita una ejecutoria en la que se señala que:

Estando conformada la sociedad conyugal y consecuentemente una sociedad de gananciales, no puede considerarse la existencia de un contrato de trabajo, tanto por la prohibición de contratar considerada en el artículo 1334º del Código Civil (1936) como por cuanto no existe la subordinación que es un elemento necesario para que exista el contrato de trabajo.

Luego anota:

El Código Civil vigente contiene una regla distinta con respecto a la sociedad de ga-

⁴⁴ Recogida en la revista *Diálogos de la Comunicación* 49: Lima: Felisa, 1997, pp. 54-55.

⁴⁵ BARRIOS Christian y PEDRO MUÑOZ. *Teletrabajo. El trabajo en la nueva era de la información*. Santiago: Dolmen Ediciones, 1996, p. 76.

nanciales. Ello sin embargo no altera el criterio jurisprudencial que se sustenta principalmente en la presencia de la subordinación en la relación del trabajo, y a la ausencia de este elemento en la sociedad conyugal pues en ésta la posición de los cónyuges es una de igualdad⁶⁶.

Este asunto ha quedado aclarado legalmente por la ley 26653 que establece que no genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge.

Consideramos que la situación de prestación de servicios entre concubinos debería seguir la misma suerte en la medida en que tanto la Constitución (artículo 5) como el artículo 326 del Código Civil, señalan que la unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Roque Garrido y Rosa Cordobera citan una ejecutoria del año 1979, según la cual:

Los trabajos prestados por la concubina a su compañero, dentro del terreno exclusivo de la locación de servicios, no son de ningún modo retribuíbles, toda vez que por las características de estos trabajos y por el hecho de la convivencia, se presume que ha existido la intención de beneficiar de forma gratuita al causante⁶⁷.

Ambos autores citan otra ejecutoria del 29 de marzo de 1978, en la que se expresa que:

Para el contrato de trabajo entre concubinos no existen normas de aplicación formalmente unívocas. Se trata de una cuestión de hecho, en principio tal contrato es

posible pero si hubiese elementos de juicio suficientes para asimilar la situación real de los concubinos —desde el punto de vista patrimonial a una sociedad de hecho constituida sobre el modelo conyugal— el trabajo que un concubino preste al otro será en realidad prestado a la sociedad y le serán aplicables los argumentos expresados sobre los cónyuges.

4.2 Simulación de otros contratos

En la introducción de esta ponencia nos hemos referido a la conducta que vienen observando ciertos empleadores con el objeto de evadir sus responsabilidades laborales, pretendiendo de este modo rebajar sus costos al contratar a verdaderos trabajadores dependientes simulando contratos de naturaleza ajena a la laboral.

Así, con frecuencia se suscriben contratos de "locación de servicios", o si lo hace el Estado los denomina "contratos de servicios no personales", o tratándose de comisionistas exclusivos dicha calidad es encubierta por un contrato de comisión mercantil en la que se deja expresa constancia de que el comisionista es "libre", es decir, autónomo, y que presta sus servicios a diferentes clientes; o siendo realmente una comisión mercantil, ésta se desnaturaliza porque con el transcurso del tiempo se convierte en una prestación exclusiva, en cuyo caso la prueba de la no exclusividad resulta de cargo del empleador (resoluciones del Tribunal de Trabajo del 21 de mayo de 1979, del 11 de diciembre de 1981 y del 6 de febrero de 1986, y resolución de la Sala Laboral del 27 de octubre de 1992)⁶⁸.

De otro lado, no resulta extraño encontrar que la prestación de servicios la efectúa

66 ELÍAS, Fernando. Op. cit., p. 11.

67 GARRIDO, Roque y ROSA CORDOBERA. *Contratos típicos y atípicos*. Buenos Aires: Universidad, 1984, pp. 131-132.

68 DE LOS REBOS, Alfonso y PEDRO MORALES CORRALES. *Manual de jurisprudencia laboral*. Lima: Nuevo Mundo EIRL, 1988, pp. 98, 251, 253 y 536.

"una empresa" organizada bajo alguna de las formas societarias previstas por la Ley General de Sociedades, en la que usualmente su representante legal es quien presta el servicio personal y subordinado. Se simula, entonces, una locación de servicios a cargo de una empresa cuando en realidad se trata de una prestación laboral. A estas empresas se les denomina "biombo" o "pantalla", porque mediante ese mecanismo pretenden ocultar la verdadera naturaleza del contrato que vincula a las partes.

La falta de control que ha existido, por parte del Ministerio de Trabajo y que confirmamos se supere con la aplicación de la nueva Ley General de Inspección, aunada a un sindicalismo muy venido a menos, ha traído como consecuencia que el trabajador, al no encontrar amparo en la Autoridad Administrativa de Trabajo, no le quede otro camino que recurrir como último bastión o trinchera a la justicia laboral. De ahí la multiplicación de este tipo de procesos.

Lo que a nuestro juicio sucede es que los empleadores que incurren en estos actos no entienden, no conocen, o se encuentran mal aconsejados, desde que encubrir un contrato de trabajo con uno civil o mercantil no los va a librar de tener que pagar el monto que signifique todos sus incumplimientos, una vez que concluya el contrato de *locación de servicios* o de *servicios no personales* o con las *empresas pantallas*.

Debe tenerse en cuenta que mientras se mantenga la relación contractual tal vez no se produzcan reclamos, porque la prioridad para quien los presta es mantener el vínculo de trabajo que le permite obtener el pago de la remuneración correspondiente de la cual dependen. Sin embargo, una vez concluida dicha relación, nada impedirá al trabajador hacerlo, porque el temor a la pérdida de su puesto de trabajo habrá dejado de existir y porque además

sus derechos son irrenunciables (artículo 26, inciso 2 de la Constitución). Más aún si conforme a la ley 27321 las acciones por derechos derivados de la relación laboral prescriben a los cuatro años contados desde el día siguiente en que se extingue el vínculo laboral.

Frente a esta situación los jueces superiores de trabajo, en el pleno jurisdiccional celebrado entre los días 5 y 8 de julio del 2000, han considerado unánimemente que si bien conforme al artículo 27, inciso 2 de la Ley Procesal de Trabajo, corresponde al trabajador acreditar la existencia y, en consecuencia, la naturaleza laboral del vínculo contractual, ello es sin perjuicio de la actividad que debe desarrollar el juez de acuerdo con las facultades que le otorga la norma adjetiva en su artículo 28, según el cual, en decisión motivada e impugnabile, puede ordenar la actuación de los medios probatorios que considere convenientes, cuando los ofrecidos por las partes resulten insuficientes para producirle certeza y convicción.

Ello significa que cuando se tramiten este tipo de procesos el juez va a tener especial cuidado de dilucidar si se trata de un verdadero contrato civil o mercantil, o si, por el contrario, encubre un verdadero contrato de trabajo. De ocurrir esto último, entonces, aplicando los principios de buena fe laboral y de primacía de la realidad, declarará la existencia de dicho contrato y ordenará al empleador el reconocimiento de la condición de trabajador dependiente del demandante y el pago de todo lo adeudado durante la vigencia de dicho contrato.

Pero no sólo ello, el juez, además, así sea consentida o ejecutoriada la sentencia que se pronuncia por la existencia del vínculo laboral, deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo

la administración y o fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales para los efectos correspondientes; es decir, para que procedan a su cobro, si es necesario coercitivo, de todo lo que dejó de pagar el empleador por estos conceptos, con las correspondientes moras y multas.

En la línea de lo resuelto por el pleno jurisdiccional se encuentra el artículo 33.1 de la nueva Ley General de Inspección del Trabajo, cuando establece que el Ministerio de Trabajo y Promoción Social queda facultado para celebrar convenios de cooperación, colaboración o delegación a su favor con entidades u organismos públicos.

Indudablemente que lo que se trata de proteger es el derecho del trabajador de acceder al seguro de salud y sobre todo al de jubilación. El artículo 6 del texto único ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, prevé esta situación cuando establece que:

El empleador que contrate en calidad de independiente a quien, por naturaleza de los servicios prestados, tiene la calidad de trabajador dependiente, será responsable de regularizar todos los aportes al SPP devengados en el correspondiente período, incluidos los intereses por mora. Esta obligación existe sin menoscabo de las sanciones que aplique el Ministerio de Trabajo y Promoción Social en función de las normas laborales pertinentes.

En conclusión, la contingencia de los empleadores, incluido el Estado, que contraten bajo las modalidades indicadas a trabajadores subordinados, es enorme, resultando a la postre un espejismo el supuesto *ahorro* de costos que pretendería justificar su evasión, porque al final tendrá que cancelar el íntegro de sus obligaciones laborales.

5. CONCLUSIONES

- Los casos fronterizos entre el trabajo subordinado o independiente, responden a la naturaleza especial del servicio que se presta, donde el elemento subordinación resulta prácticamente inexistente, o cuando se simula un contrato de naturaleza civil o mercantil siendo realmente uno de trabajo.
- La simulación de contratos civiles o mercantiles para ocultar una prestación de servicios subordinados es antigua y consecuencia de un derecho del trabajo tradicional basado en su unidireccionalidad y progresividad a favor del trabajador, que hacía cada vez más oneroso este tipo de contratación.
- Actualmente el derecho del trabajo ha dejado de ser, necesariamente, unidireccional y progresivo. Sin embargo, persiste la conducta por parte de ciertos empleadores de simular otro tipo de contratos como medio para rebajar sus costos y hacer frente a la competencia irracional que el mundo globalizado viene imponiendo, que les permita permanecer en el mercado.
- La globalización y competencia junto con el desarrollo imparable de la tecnología ha cuestionado y resquebrajado la tradicional forma de producción de bienes y servicios en grandes centros laborales, propendiéndose a la tercerización de sus actividades a través de contratistas, *outsourcings*, o de la contratación de trabajadores autónomos o independientes, surgiendo diversas modalidades que dificultan la identificación de la naturaleza jurídica de la prestación de servicios.
- Cada uno de los casos fronterizos que se presenten o incluso de simulación,

deben ser motivo de un análisis concreto o específico con el fin de comprobar en el primer caso y descubrir en el segundo, si se dan o no los elementos que configuren un contrato de trabajo, desde que no existen reglas generales que puedan aplicarse.

- Las notas típicas o elementos fundamentales o esenciales del contrato de trabajo son a) prestación personal del servicio; b) que éste se efectúe por persona natural; c) la subordinación; d) la ajenidad; y e) la remuneración o contraprestación.
- Los elementos auxiliares del contrato de trabajo son: a) la profesionalidad; b) la exclusividad; c) la incorporación del trabajador a la empresa; d) el cumplimiento de un horario de trabajo; e) la dirección y control efectivo del trabajo; y f) la continuidad y permanencia.
- La locación de servicios tiene como característica esencial que es prestada sin estar subordinado al comitente. En consecuencia, el elemento distintivo, esencial, del contrato de locación de servicios frente al de trabajo, es el de la autonomía o independencia en su prestación, según la cual ésta se efectúa con libertad, y sin más limitación que aquella que corresponde a los límites del encargo que debe ser cumplido y a las instrucciones recibidas, entendiéndose como tales al conjunto de reglas o advertencias que sirven para explicitar sus límites.
- El contrato de obra se caracteriza por el resultado del trabajo (*opus*) encomendado, que igualmente es prestado con autonomía.
- La comisión mercantil tiene por objeto un acto u operación de comercio prestado por un comerciante o agente mediador, igualmente en forma autónoma.

- En el caso de simulación de contratos civiles o mercantiles que ocultan uno de trabajo, la contingencia de los empleadores, incluido el Estado, es enorme, resultando a la postre un espejismo el supuesto ahorro de costos que pretendería justificar su evasión, porque al final tendrán que cancelar el íntegro de sus obligaciones laborales.
- Vislumbramos que en el futuro, desde una perspectiva moderna y audaz por la que tiene que transitar un remozado derecho del trabajo, la búsqueda de las notas típicas del contrato laboral para descubrir su existencia resultará innecesaria en la medida en que el rol protector del derecho del trabajo se expanda a otro tipo de prestaciones de servicios actualmente no protegidas, como la locación, contrato de obra y comisión mercantil, en los que, prescindiendo de la subordinación como nota típica, se compruebe objetivamente que en dichas relaciones contractuales se dé el desequilibrio que se presenta en el contrato de trabajo entre el dador y el prestador del servicio, que fue justamente el hecho que originó y sustenta la existencia de esta rama del derecho.