

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



**LA ALTERNATIVA *LOW COST*: LA DESNATURALIZACIÓN DE LAS
RELACIONES CIVILES A LA LUZ DE LA RECOMENDACIÓN Nº 198 DE LA
OIT**

Tesis presentada por el bachiller:

Berly Gonzales Ortega

**Para optar por el grado académico
de:**

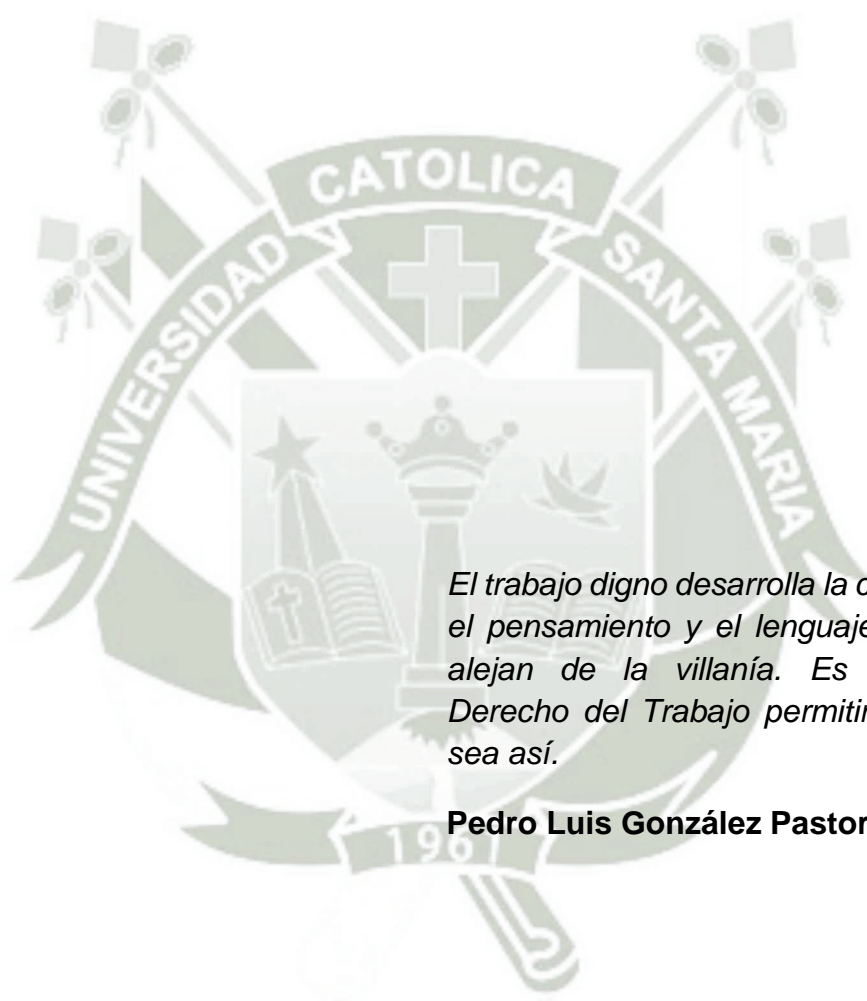
Maestro en Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social

Asesora:

Doctora Carolina Ayvar Roldán

Arequipa

2017



*El trabajo digno desarrolla la conciencia,
el pensamiento y el lenguaje, y estos,
alejan de la villanía. Es labor del
Derecho del Trabajo permitir que esto
sea así.*

Pedro Luis González Pastor

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	10
Resumen	14
Abstract	16
 CAPÍTULO I	
 ASPECTOS GENERALES	
1. El Derecho Laboral.	18
1.1. Definición.....	18
1.2. Principios del Derecho Laboral.....	22
1.2.1. El Principio Protector.....	24
1.2.2. El Indubio pro operario.....	25
1.2.3. Irrenunciabilidad de derechos.....	26
1.2.4. Primacía de la Realidad.....	27
1.3. Fuentes del Derecho Laboral.....	28
1.3.1. La Constitución.....	30
1.3.2. La Ley.....	32
1.3.3. El Convenio Colectivo.....	33
1.3.4. Los Tratados.....	35
2. El contrato de trabajo.	38
2.1. Definición.....	38
2.2. Elementos.....	40
2.2.1. La prestación personal de servicios.....	41
2.2.2. La remuneración.....	42
2.2.3. La subordinación.....	43
2.3. Características.....	46
2.3.1. La bilateralidad.....	46
2.3.2. El consensualismo.....	47
2.3.3. La Onerosidad.....	47
2.3.4. Contrato sinalagmático.....	48

2.3.5. Contrato personal.....	48
2.3.6. Contrato conmutativo.....	48
2.3.7. Tracto sucesivo.....	49
2.3.8. Contrato típico y normado.....	50
3. La Estabilidad Laboral.....	50
4. El contrato civil.....	52
4.1. Definición.....	52
4.2. Elementos.....	55
4.2.1. Los sujetos y capacidad.....	55
4.2.2. El consentimiento.....	58
4.2.3. El objeto.....	60
4.2.4. Forma.....	61
5. El Contrato de Locación de Servicios.....	63
5.1. Definición.....	63
5.2. Elementos.....	65
5.2.1. Inexistencia de subordinación.....	66
5.2.2. Temporalidad determinada.....	67
5.2.3. Retribución.....	68

CAPÍTULO II

LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

1. El encubrimiento de las relaciones laborales.	69
1.1. La informalidad.....	71
1.2. Costo beneficio y eficiencia.....	79
1.3. El tiempo y la información.....	82
2. Análisis económico de la legislación laboral peruana.	87
2.1. ¿Debe existir una remuneración mínima?	88
2.2. El costo de un despido.....	94
2.3. Los costos administrativos de la contratación.....	95
2.4. La alternativa <i>low cost</i>	97
3. El Principio de Primacía de la Realidad.....	100
4. La presunción de laboralidad.....	107
5. La desnaturalización de las relaciones civiles.....	110

CAPÍTULO III

LA OIT, LOS INDICIOS DE LABORALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. La Organización Internacional del Trabajo	113
1.1. El origen de la OIT y su misión.....	114
1.2. Organización de la OIT.....	118
2. El Sistema normativo de la OIT.....	122
2.1. ¿Cómo se crea una norma de la OIT?.....	124
2.2. Obligaciones que generan los instrumentos normativos de la OIT.....	126
2.3. ¿Cuál es el grado de obligatoriedad de las Recomendaciones de la OIT.....	130
3. Los indicios en el Derecho Procesal.....	134
4. Jurisprudencia Nacional sobre los indicios de laboralidad.....	137
5. Derecho comparado sobre el reconocimiento de la relación de trabajo y las Recomendaciones de la OIT.....	142
5.1. Análisis de derecho comparado normativo.....	142
5.2. Análisis de derecho comparado jurisprudencial.....	147
5.3. Las Recomendaciones de la OIT en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos.....	149
6. La Recomendación N° 198 de la OIT.....	153
6.1. ¿Por qué se adoptó esta Recomendación?.....	154
6.2. Lo que la Recomendación establece.....	157
6.3. Los indicios de laboralidad establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT.....	163
7. El Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales...	164

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

1. Aplicación de cuestionarios a los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.....	170
2. Revisión de expedientes judiciales sobre desnaturalización de las relaciones civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo.....	179
2.1. Resultados de la investigación en el Primer Juzgado de Trabajo de Arequipa.....	180
2.2. Resultados de la investigación en el Segundo Juzgado de Trabajo de Arequipa.....	183
2.3. Resultados de la investigación en el Tercer Juzgado de Trabajo de Arequipa (hoy noveno).....	185
2.4. Resultados de la investigación en el Séptimo Juzgado de Trabajo de Arequipa.....	188
2.5. Resultados de la investigación en el Octavo Juzgado de Trabajo de Arequipa.....	190
2.6. Resultados generales de la Investigación.....	191
CONCLUSIONES.....	198
SUGERENCIAS.....	200
BIBLIOGRAFÍA E INFORMATOGRAFÍA.....	203
ANEXOS.....	208

ÍNDICE DE CUADROS, ESQUEMAS Y GRÁFICOS

	Pág.
CUADRO N°1: Fuentes del Derecho del Trabajo.....	29
CUADRO N°2: Organización de la OIT.....	121
CUADRO N°3: Instrumentos normativos de la OIT.....	123
CUADRO N°4: Comparativo entre las obligaciones de los Convenios y Recomendaciones de la OIT.....	129
GRÁFICO N°1: Tasas de informalidad departamental en 2011 (izq.) y 2020 (der.).....	74
GRÁFICO N°2: Cumplimiento de normativa laboral según nivel socioeconómico del empleador.....	75
GRÁFICO N°3: Factores del entorno nacional que afectan el desarrollo de su emprendimiento.....	85
GRÁFICO N°4: Proceso de la elaboración de un instrumento de la OIT...	125
GRÁFICO N°5: Frecuencia con que se presentan casos con la pretensión de desnaturalización de las relaciones civiles.....	171
GRÁFICO N°6: Referentes jurídicos que se toma en cuenta para resolver los procesos de desnaturalización de las relaciones civiles.....	172
GRÁFICO N°7: ¿Aplican los Jueces la Recomendación 198 de la OIT?...	173
GRÁFICO N°8: Indicios de laboralidad que observan los Jueces.....	174

GRÁFICO N°9: ¿Son diversos o desiguales los criterios que utilizan los jueces para determinar la existencia de una relación laboral.....	176
GRÁFICO N°10: ¿Cómo deben establecerse los indicios de laboralidad en nuestro sistema jurídico?.....	177
GRÁFICO N°11: Instrumentos jurídicos utilizados por el Primer Juzgado de Trabajo.....	180
GRÁFICO N°12: Indicios de laboralidad valorados por el Primer Juzgado de trabajo para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	182
GRÁFICO N°13: Instrumentos jurídicos utilizados por el Segundo Juzgado de Trabajo.....	183
GRÁFICO N°14: Indicios de laboralidad valorados por el Segundo Juzgado de trabajo para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	184
GRÁFICO N°15: Instrumentos jurídicos utilizados por el Noveno Juzgado de Trabajo.....	186
GRÁFICO N°16: Indicios de laboralidad valorados por el Noveno Juzgado de trabajo para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	187
GRÁFICO N°17: Instrumentos jurídicos utilizados por el Séptimo Juzgado de Trabajo.....	188
GRÁFICO N°18: Indicios de laboralidad valorados por el Séptimo	

Juzgado de trabajo para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	189
GRÁFICO N°19: Instrumentos jurídicos utilizados por el Octavo Juzgado de Trabajo.....	190
GRÁFICO N°20: Indicios de laboralidad valorados por el Octavo Juzgado de trabajo para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	191
GRÁFICO N°21: Instrumentos jurídicos utilizados por los Jueces de Trabajo de Arequipa.....	192
GRÁFICO N°22: Indicios de laboralidad valorados por los Juzgados de Trabajo de Arequipa para decidir la desnaturalización de los contratos civiles.....	194
ESQUEMA N°1: Tipos de Trabajo.....	21

INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho con muchas particularidades. Estas particularidades vienen definidas por sus principios, su ámbito de aplicación y, principalmente, por normas de contratación. Las normas de contratación en materia laboral tienen una marcada diferencia con las de carácter civil, que, si bien le asisten supletoriamente, van a determinar que uno de sus principios -que es el de autonomía de la voluntad- se vea relativizado en favor del trabajador. Sin embargo, no es solo un principio el que establece esta favorabilidad, sino que existen muchos otros que cautelan los intereses de los trabajadores, partiendo de la diferencia estructural que tienen con sus empleadores, quienes tienen una mayor capacidad de negociación por su poder económico y de información.

La ruptura de un vínculo de trabajo no tendrá las mismas consecuencias que la de uno civil. En el caso laboral, existen principios constitucionales que establecen una estabilidad en el trabajo la misma que no podrá ser afectada si no es por una causa legalmente establecida y probada. Con esto, se establecen formas de resarcimiento que muchos empleadores no estarían dispuestos a cumplir y, durante la relación laboral, una remuneración mínima vital y beneficios sociales que no deben desconocer.

Todo este marco especial que crea el Derecho Laboral con una especial protección al trabajador, que además se encuentra en instrumentos internacionales, se puede ver mellada con un acto fraudulento del empleador a través de una contratación simulada.

No es ajeno al conocimiento de quienes se encuentran en el ejercicio del Derecho Laboral, que es frecuente ver casos en que se esté solicitando tutela jurisdiccional con el pedido que se reconozca una relación laboral. Y es que los costos que supone una contratación del tipo laboral incentivan a las personas, empresas o instituciones, sean privadas o públicas, a optar por este tipo de contratación, vulnerando de esta manera el derecho del trabajador de ser retribuido de manera adecuada por las labores que presta en favor de su empleador y, en general, de encontrarse dentro de la esfera de protección que ha creado el Derecho del Trabajo.

En sede judicial, los trabajadores demandan la desnaturalización de estos contratos civiles argumentando que en realidad ellos prestaban sus servicios bajo las características de una relación del tipo laboral, esto es, con una prestación personal de servicios, remunerada y subordinada.

Para esto, los jueces en los que recae la responsabilidad de analizar los medios probatorios tendrán que aplicar los criterios establecidos en las normas, la jurisprudencia y la doctrina para determinar principalmente que nos encontramos en una prestación de servicios de naturaleza personal y subordinada, sobre todo.

En este sentido, en nuestro país, sólo la jurisprudencia establece distintos criterios a tomar en cuenta para determinar la existencia de una relación laboral, los que son denominados “Rasgos” o “Indicios” de laboralidad. Sin embargo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) mediante su Recomendación N° 198, establece una amplia lista de rasgos de laboralidad que permitirían a todo juez tener un referente objetivo para resolver. Debiendo considerarse, principalmente, que este referente es de derecho internacional lo que es muestra de la amplitud y generalidad de sus disposiciones.

El presente trabajo contiene los resultados de la investigación que se ha llevado a cabo en los Juzgados de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo sobre la aplicación de referido instrumento internacional, los indicios de laboralidad que éstos utilizan en sus sentencias, y analizar las implicancias que tienen sobre el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales; para lo que además se realizó un análisis bibliográfico que nos permitirá tener una idea global sobre la problemática.

Así, en el primer capítulo del presente trabajo, se abordaron los conceptos principales que darán contenido a nuestra investigación y permitirán al lector una los conocimientos para interpretar los resultados de la misma. Este capítulo pasa por definir los elementos característicos del Derecho del Trabajo, así como sus principios y fuentes que lo distinguen del Derecho Civil, como rama del Derecho que se encuentra en paralelo al Derecho Laboral. Así también, se trata al contrato de trabajo desarrollando sus principales elementos y características, que nos permitirán acercarnos conceptualmente

a una diferencia con la contratación en su concepción civilista. Este capítulo termina por analizar lo referido al contrato de naturaleza civil y a aquel que por excelencia es utilizado fraudulentamente disimulando vínculos laborales: el contrato de Locación de Servicios; el mismo que es definido y desarrollado en referida parte del trabajo.

El segundo capítulo está avocado a un análisis de fondo sobre aquello que se investiga, que es la desnaturalización de las relaciones civil. Este capítulo recoge evidencia científica de naturaleza económica y ensayos de Análisis Económico del Derecho, que resultan relevantes para estudiar el fenómeno de la informalidad y su estrecha relación con lo que es materia de investigación. Son numerosos los trabajos sobre este fenómeno que ha sido analizado a nivel internacional y no solo por trabajos de investigación independientes sino también por instrumentos internacionales emitidos por la OIT, los mismos que han sido recogidos en esta parte del trabajo. Este capítulo recoge, de igual manera, cifras que darán cuenta de la gravedad del problema que supone la informalidad y que tiene como uno de sus síntomas la utilización fraudulenta de contratos civiles para ocultar vínculos laborales. En suma, en este capítulo se podrá ver cómo la economía no puede encontrarse de espaldas al Derecho y principalmente al Derecho del Trabajo.

El tercer capítulo de este trabajo contempla un desarrollo de derecho internacional en el que se analiza, en sí, a la Organización Internacional del Trabajo. Así se ha revisado su estructura interna haciendo un especial énfasis en los instrumentos que emite, dentro de los cuales encontraremos a las Recomendaciones. Entraremos a un análisis de la Recomendación materia de estudio y de lo que constituyen los indicios que ésta contiene, y el tratamiento de estos en la doctrina laboral y en el Derecho Procesal. Así también, se ha hecho un estudio sobre el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales, el mismo que es definido por la trascendencia que tiene para lo que es el centro de nuestra investigación de campo.

Como cuarta y última parte de este trabajo reflejamos los resultados de nuestra investigación de campo. Esta arroja los resultados de la revisión de los expedientes judiciales sobre los procesos de desnaturalización de las

relaciones civiles y la aplicación de cuestionarios a los Jueces de Trabajo de Arequipa sobre la aplicación de la Recomendación materia de análisis.

La presente investigación se realiza con el fin de aportar al estudio de la problemática de la contratación fraudulenta de trabajadores que termina por su desnaturalización, empezando por un análisis de sus causas y terminando por ensayar sugerencias relacionadas a la aplicación de la Recomendación N° 198 de la OIT, la misma que, desde su aplicación por los Jueces, puede constituir un apoyo a la solución del problema.



Resumen

El presente trabajo muestra los resultados de una investigación bibliográfica y de campo que se ha realizado para conocer qué criterios vienen utilizando los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo en los procesos de desnaturalización de relaciones civiles y si estos, principalmente, aplican la Recomendación N° 198 de la OIT que como órgano internacional ha establecido ciertos indicios de laboralidad. Además, esta investigación muestra si los Jueces de Trabajo están vulnerando o no el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

La investigación bibliográfica implicó la consulta de las fuentes legales, de derecho internacional, doctrinarias y jurisprudenciales del Derecho Laboral referidas a la concepción de esta rama del Derecho y el contrato de trabajo para evidenciar las diferencias que éste último mantiene con la contratación civil. Así también, se ha profundizado en la concepción de la desnaturalización de las relaciones civiles y se ha establecido los alcances de las Recomendaciones de la OIT.

Sin embargo, durante la investigación, se hizo necesario citar textos de naturaleza económica, principalmente determinados por estadística sobre el fenómeno de la informalidad. Durante la investigación pudimos notar la relación que existía entre este fenómeno y la utilización fraudulenta de los contratos civiles para disimular un contrato de trabajo, por lo que se hizo imposible no revisar resultados de investigaciones económicas sobre esta materia para poder aportar un marco de conocimientos relacionados al problema de investigación. Se ha realizado un análisis económico del derecho, para lo cual hemos recogido conceptos como son los costos de transacción, eficiencia e incentivos que son básicos en el análisis de las normas, en este caso del Derecho Laboral, para determinar si el sistema legal que tenemos promueve o no la formalización del trabajo.

Sorprendió que durante nuestra investigación bibliográfica encontráramos una serie de estudios elaborados por la OIT y otros organismos internacionales como las Naciones Unidas que han abordado el tema de la formalización del trabajo. Además, también sorprendió el hecho que esto no quedó en

investigaciones sino, la preocupación de la OIT sobre esta materia la ha llevado a emitir un instrumento internacional, el mismo que hemos analizado.

En este sentido, hemos resumido en el presente trabajo todos aquellos factores que pueden llevar a optar por una contratación fraudulenta, que luego puede conllevar al inicio de un proceso judicial, procesos que hemos analizado y que nos permitió conocer si los indicios establecidos por la Recomendación materia de estudio y la resolución que emite el Juez se armonizan, y si se está vulnerando el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales con sentencias en las que se utilizan criterios no unificados.

Finalmente, con la realización de nuestra investigación bibliográfica y de campo, hemos podido comprobar nuestra hipótesis en su totalidad, lo que significa haber concluido que los jueces no aplican formalmente la Recomendación N° 198 de la OIT, existiendo una diversidad de criterios al momento de resolver, afectando el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

Palabras clave:

Desnaturalización, Organización Internacional del Trabajo, indicios de laboralidad, predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Abstract

The present essay shows the results of a bibliographic and field research that has been made to learn which criteria the Labour Judges of Arequipa applying the New Procedural Labour Law are using in the denaturation proceedings of civil relations and, most of all, if they apply the Recommendation 198 of the ILO that, as an international organization, has established certain indicators of employment. Besides, this research shows if the Labour Judges are infringing the Legal Certainty Principle.

The bibliographic research implied the examination of legal, international, doctrinal and precedent sources of the Labour Law related to the conception of this discipline and the work contract to reveal the differences that it maintains with the civil contracting. In addition to that, the concept of denaturation of civil relations has been seen in depth and the scope of the Recommendations of ILO has been established.

However, during the research it was necessary to cite texts of economic nature, determined mainly by statistics on the phenomenon of informal employment, therefore it was impossible not to review results of economic investigations on this subject in order to provide a framework of knowledge related to the research problem. During the research we were able to demonstrate the clear link that existed between this phenomenon and the fraudulent use of civil contracts to conceal a work contract. A law and economics analysis has been made, and we have used concepts such as transaction costs, efficiency and incentives that are basic in the analysis of law, in this case the Labour Law, in order to determine if the legal system that we have promotes the formalization of labour or not.

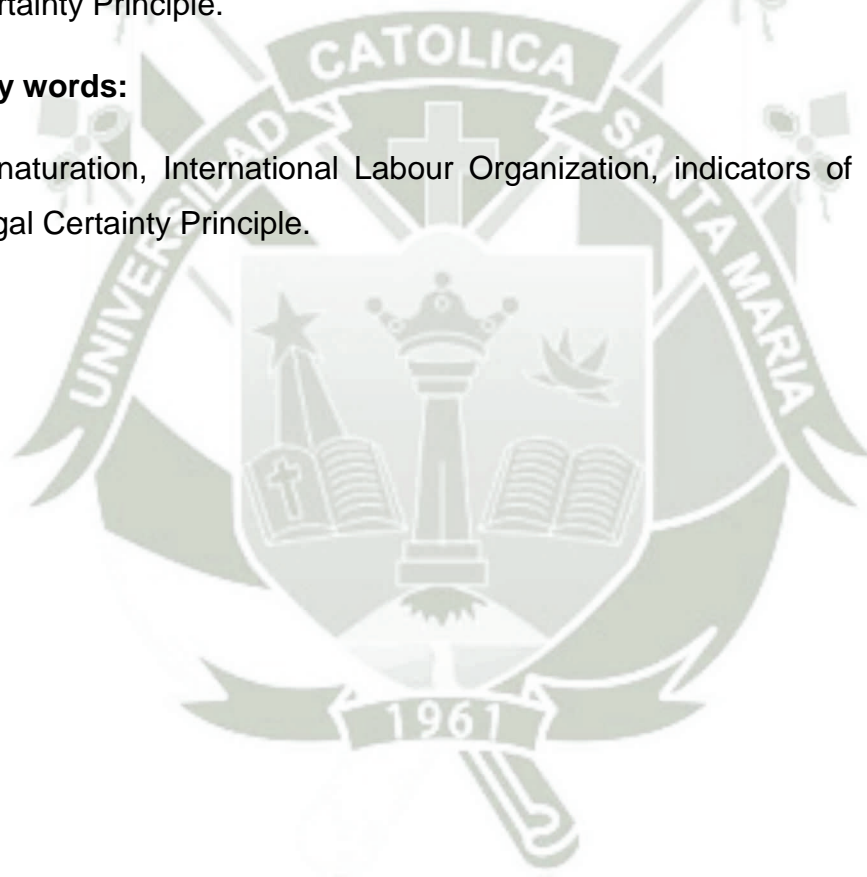
While making our bibliographic research we were surprised to find a series of studies made by the ILO and several international organizations like the United Nations about the topic of labour formalization. Besides, we were also surprised by the fact that they were not investigations only, but the concern of the ILO on this matter has led them to issue an international instrument, the one we have analyzed.

In this regard, in the present essay we have summarized all the factors that may lead to choose a fraudulent contracting, which later may lead to the beginning of a court case, cases that we have analyzed and that will let us know if the indicators established by the Recommendation studied here are in line with the resolution issued by the Judges, and if they are infringing the Legal Certainty Principle with resolutions that use non-unified criteria.

Finally, with the execution of our bibliographic and field research we have been able to verify our hypothesis completely, which means we have come to the conclusion that judges do not formally apply the Recommendation 198 of the ILO, existing several criteria at the moment of resolution that affect the Legal Certainty Principle.

Key words:

Denaturation, International Labour Organization, indicators of employment, Legal Certainty Principle.



CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

1. EL DERECHO LABORAL

1.1. Definición

El presente trabajo de investigación desarrolla un tema de la materia del Derecho Laboral. En razón de esto, se hace necesario hacer una aproximación al lector de los conceptos básicos sobre esta materia y además acercarle las nociones indispensables para entender los resultados que la presente investigación ha tenido. El presente tema de investigación confronta dos tipos de contratación de manera que es esencial definirlos y poner en evidencia aquellos puntos que los distinguen.

Así, es de vital importancia situarnos en lo que se puede entender como Derecho Laboral. Para esto, Guillermo Cabanellas lo define como: *“aquel que tiene por contenido principal la regulación de las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores, y de unos y otros con el Estado, en lo referente al trabajo subordinado y en cuanto atañe a las profesiones y a la forma de prestación de los servicios, y también en lo relativo a las consecuencia jurídicas mediatas e inmediatas de la actividad laboral dependiente”*.¹

De otro lado Carlos Vela Monsalve sostiene que *“el Derecho del Trabajo es el conjunto de principios y normas que regulan las relaciones de empresarios y trabajadores y de ambos con el Estado, a los efectos de la protección y tutela del trabajo”*.²

Así también Pedro Sánchez³ y otro señalan que *“el Derecho del Trabajo es una rama del derecho privado que comprende el conjunto de principios teóricos y disposiciones legales que rigen las relaciones entre*

¹ Cabanellas, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Omeba editores, Buenos Aires, 1968, p. 156.

² Vela, Carlos, Derecho ecuatoriano del Trabajo, Edit. La Unión CA, 1955, p. 14.

³ Sanchez, Pedro y otra, Legislación de la Construcción y el Derecho del Trabajo, Edit. Plus Ultra, Sexta edición, Buenos Aires, 1979, p. 120.

empleadores y empleados emergentes contrato de trabajo, cuyo contenido esencialmente humano y social tiende a la protección de la clase trabajadora, humanizando el capital y las condiciones de trabajo.”

De la misma manera, Libia Reyes establece que: *“El Derecho Laboral es un derecho protector de la clase trabajadora, a su vez busca el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo, al garantizar que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia. Una vez que sabemos de dónde se desprende el Derecho Laboral, es necesario conocer su significado, por lo que ya se conoce que este Derecho es el que se refiere a las relaciones laborales y obligaciones del trabajador con el del patrón, y viceversa.*

El Derecho Laboral, desde el punto de vista legal, es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones laborales con el fin de conseguir equilibrio entre el patrón y trabajador.”⁴

A criterio de Borrajo Dacruz⁵, *“el Derecho del Trabajo regula las distintas relaciones sociales que tiene su presupuesto o razón de ser en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena”.*

Para Quesada Segura y otros⁶ es una *“disciplina autónoma cuyo objeto será el de regular la realidad social del trabajador por cuenta ajena, tanto en su aspecto individual como colectivo mediante la adopción de una serie de medidas normativas tanto de conducto como instrumentales, tanto públicas como emanadas de los propios interesados colectivamente organizados cuya finalidad será la racionalización y la compensación de las diferencias contractuales y sociales nacidas del modo de producción en que han surgido, así como la regulación del conjunto de relaciones*

⁴ Reyes, Libia, Derecho Laboral, Primera Edición, 2012, México, p. 13. Tomado de: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_laboral.pdf 29/12/15

⁵ Borrajo, Efrén, Introducción del Derecho del Trabajo, Edit. Tecnos, Doceaba edición, Madrid, 2012. p. 53.

⁶ Quesada, Rosa y otros, Manual del Derecho del Trabajo, Edit. Centro de estudios Ramon Areces SA, Madrid, 1998, p. 44.

intercurrentes entre el conjunto de sujetos del sistema de relaciones laborales.”

Para el reconocido profesor Manuel Alonso de Olea y María Emilia Casa Baamonde⁷: *“es la ciencia jurídica del trabajo muy peculiar; se podría decir que más que acotar para sí un sector del ordenamiento jurídico entorno al contrato o relación de trabajo como su institución básica que lo es efectivamente, es un modo de contemplar lo jurídico todo desde la realidad, crucial para la vida comunitaria, del trabajo libre por cuenta ajena. (...)”*

En este sentido, podemos concluir de los conceptos esbozados en las líneas anteriores, que, el Derecho del Trabajo es aquella disciplina del Derecho que a través de normas y principios tiene por fin regular las relaciones entre trabajadores y empleadores con ocasión de la prestación de servicios de los primeros en favor de los segundos bajo condiciones de subordinación.

Sin embargo, no toda relación jurídica es materia de protección por esta rama del Derecho. Es por ello que resulta relevante definir el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Para esto el maestro Javier Neves Mujica⁸ sostiene para efectos de establecer diferencias que: *“el sentido en que el Derecho del Trabajo utilizada el término “trabajo” no es coincidente con el lenguaje común. En este, el trabajo es cualquier ocupación, mientras que para el Derecho del Trabajo es sólo una ocupación con determinadas características. Así, en su acepción amplia, es trabajo la labora desempeñada por un vendedor callejero que ofrece mercadería al público transeúnte, o la del campesino que labra la tierra en su parcela, o las de un médico que atiende a sus pacientes en su consultorio. Sin embargo, para el Derecho del Trabajo estas actividades reúnen los requisitos necesarios para ingresar en un capo de aplicación. Cuáles son*

⁷ Alonso Olea, Manuel y otra, citado por Neves, Javier, en: Introducción al Derecho del Trabajo.

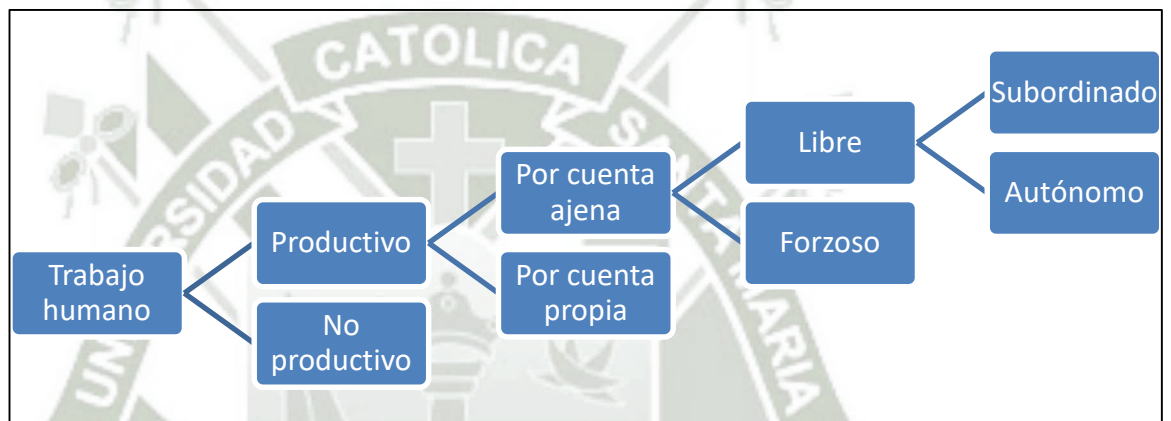
⁸ Neves, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Fondo editorial PUCP, Segunda edición, Lima, 2009, p.15.

los factores que el Derecho del Trabajo exige a una ocupación para considerarla dentro de su regulación es una cuestión de la mayor importancia ya que solo en dicha regulación el sujeto que ejecuta la ocupación gozará de protección.”

Así, este último autor se avoca a establecer una clasificación de los tipos de trabajo en base a lo señalado por Alonso Olea y Casas Baamonde. Para estos efectos, realiza un cuadro que nos permitimos citar:

Esquema N°1

Tipos de Trabajo



Fuente: Elaboración propia. En base a lo señalado por Alonso Olea y Casas Baamonde. Citado por Javier Neves.⁹

De lo anteriormente manifestado, podemos sostener entonces que no todo lo entendido coloquialmente como “trabajo” se encuentra en el ámbito de aplicación del Derecho Laboral, siendo que lo se encuentra bajo la protección de ésta rama del Derecho es la prestación de servicios productiva, por cuenta ajena, libre y subordinada. Cualquier otro tipo de actividad no será, en consecuencia, materia de protección.

Con una concepción sobre el Derecho del Trabajo y el ámbito de aplicación de esta disciplina jurídica, podemos tener un primer acercamiento a lo que es materia de investigación, no obstante, no todo puede quedar en definiciones. Se debe profundizar en los principios que lo inspiran y tener

⁹ *Ibíd*, p.17.

un elemento o parámetro más que lo pueda distinguir del Derecho Civil, que tiene otro tipo de contratación, y que será materia de confrontación en el presente trabajo. En su momento también desarrollaremos la contratación civil desde sus principios, sin embargo nos referiremos primero a los del Derecho Laboral.

1.2. Principios del Derecho Laboral

El distinguido jurista del Derecho Laboral Américo Plá Rodríguez señala que: *“los principios pueden definirse como las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encausar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.”*¹⁰

Señala Víctor Anacleto Guerrero ¹¹ que: *“para tratar de entender cabalmente la materia que estamos estudiando, diremos que los principios generales, de la rama jurídica autónoma que es el Derecho del Trabajo, se constituye con referencia a esta ciencia, con el mismo sentido y función que los cimientos y la estructura de hormigón cumple en el edificio de varios pisos”.*

El mismo autor resume, en base a lo señalado por Plá¹², la función de los principios en:

“a) Informadora: inspiran al legislador sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico.

¹⁰ Plá, Américo, Curso de Derecho, Introducción al Derecho del Trabajo, Ediciones Idea, Montevideo, 2000, p. 33.

¹¹ Anacleto, Víctor, Manual de Derecho del Trabajo, Edit. Grijley, Primera edición, 2012, p. 22.

¹² Ídem.

b) Normativa: actúan como fuente supletoria en caso de ausencia de la ley. Son medios de integrar el derecho.

c) Interpretadora: operan como criterio orientador del juez o del intérprete.”

Los principios laborales reconocidos por la doctrina son en esencia los mismos pero con algunas diferencias entre los autores; sin embargo, los principios sobre los cuales existe unanimidad en la doctrina son el Principio Pro Operario, el Principio Protector y el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos.

Así la clasificación que realiza Antonio Vásquez Vialard¹³ es la siguiente:

1. Principio protector.
2. Irrenunciabilidad.
3. Principio de continuidad.
4. Primacía de la Realidad.
5. Buena fe.
6. Justicia social.
7. Equidad.
8. Prohibición de hacer discriminaciones.
9. Gratuidad de los procedimientos judiciales y administrativos.

De otro lado, Carlos Alberto Etala¹⁴, enumera los principios como los siguientes:

1. Principio protectorio.
2. Principio de continuidad.
3. Principio de la realidad.
4. Principio de razonabilidad.
5. Principio de buena fe.
6. Principio de trato igual y no discriminación.

¹³ Vásquez, Antonio, Estudios de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ediciones Jurídicas, Primera edición, Lima, 1986, p. 70-91. Citado por: Anacleto, Victor. Op.cit. p. 26.

¹⁴ Etala, Carlos, Interpretación y aplicación de las normas laborales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 136-137.

7. Principio de indemnidad.

Los principios determinan la naturaleza de las cosas y las definen. Con el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil, no sucede cosa distinta. Podemos notar que la doctrina coincide en su mayoría en la enumeración de los principios, sobre los que nos pronunciaremos en adelante. En este sentido, nos avocaremos a ampliar sobre los principios del Derecho del Trabajo que han merecido mayor pronunciamiento en la doctrina a nivel internacional.

1.2.1. El principio protector

Sobre este principio Antonio Vásquez Vialard¹⁵, señala que: *“en el Derecho del Trabajo, no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tener en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, el mismo tiene un carácter tuitivo del empleado a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación. En consecuencia, no rige en él en forma amplia el principio de la autonomía de la voluntad, sino sólo en los casos en que se han asegurado ciertos límites que constituyen en el orden público laboral que impregna casi todas sus normas”*.

Víctor Anacleto Guerrero¹⁶, parafraseando a Américo Plá Rodríguez, *“el significado del principio protector se refiere al criterio fundamental que orienta el Derecho del Trabajo, ya que éste en lugar de inspirarse en un propósito de igualdad responde al objetivo de establecer un amparo preferente a una de las partes: el trabajador. Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece ser la que asegura la paridad jurídica entre los contratantes, en el Derecho Laboral la preocupación central parece ser la de protegerá una de las partes para lograr, a través*

¹⁵ Vásquez, Antonio, Op. cit., p. 71.

¹⁶ Anacleto, Víctor, Op.cit., p. 28.

de esa protección, que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes.”

De lo manifestado por los autores podemos concluir que éste es el principio rector del Derecho Laboral, y que de él derivan muchos otros. Éste principio obedece a la razón de ser de esta rama del Derecho, pues la realidad que le dio origen se encuentra en un contexto histórico en el que las relaciones de trabajo se encontraban reguladas con contratos civiles, propiciando de esta manera trabajos forzosos e indignos con salarios reducidos en aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes. De aquí que podremos deducir que este principio marca la diferencia entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Civil; y, de esto también, se podrá ver qué es lo que una contratación civil pretender negar.

1.2.2. El Indubio pro operario

Sobre este principio Anacleto Guerrero¹⁷, sostiene que: *“la misma actúa a manera de una directiva dada al Juez o al intérprete para elegir, entre varios sentidos posibles de la norma, aquel que resulta más favorable al trabajador.”*

Continúa señalando el mismo autor que: *“Se opone al criterio utilizado en las demás ramas jurídicas, según el cual la duda se resuelve, por lo general, a favor del deudor. Aplicado éste al Derecho del Trabajo, en la mayor parte de los casos lo sería en beneficio del empleador (...). De acuerdo con esta regla se ampara al más débil.”*

Se debe tener en consideración que este principio se aplica solamente en caso que una norma del Derecho Laboral pueda tener distintas interpretaciones, en cuyo caso los operadores de justicia deberán aplicar la más beneficiosa al trabajador; en este sentido, este principio sólo se

¹⁷ *Ibíd*, p. 30

aplica en caso de duda sobre la aplicación de una norma, mas no en la interpretación de hechos.

1.2.3. Irrenunciabilidad de Derechos

Sobre este principio el distinguido jurista Guillermo Guerrero¹⁸, ha señalado que: *“se desprende de la naturaleza de orden público de los beneficios y garantías, con carácter de mínimos, otorgados a los trabajadores. El objeto de este principio es la protección de quien, por su condición de debilidad en lo económico, puede ser fácilmente víctima al renunciar al ejercicio de un derecho, ante la oferta interior, pero que le resuelve una necesidad urgente e inmediata. El principio de la irrenunciabilidad supone una limitación a la autonomía de la voluntad.*

(...)

La irrenunciabilidad es el medio que el legislador utiliza para proteger al trabajador, en su estado de necesidad, contra sí mismo. El carácter imperativo de las normas laborales responde al mismo propósito, lo que vale decir, que no puede dejarse al arbitrio de los destinatarios la observancia de las normas.”

Sobre lo mismo, Javier Neves Mujica¹⁹ sostiene que: *“un derecho puede nacer de una norma dispositiva o de una norma imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será uno de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida; la renuncia, no.”*

Dentro de las normas jurídicas se pueden distinguir, como bien señala Neves Mujica, a las normas dispositivas y a las normas imperativas. La

¹⁸ Guerrero, Guillermo, Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo, Edit. Leyer, primera edición, Bogotá, 1999, p. 85-86.

¹⁹ Neves, Javier, Op.cit., p. 102

legislación civil o el derecho común está integrado de normas principalmente dispositivas, pues precisamente el sistema civil se basa en la autonomía de las partes para decidir el contenido de su contrato; no obstante, en lo laboral, como bien se ha referido, nos encontramos en una relación desigual en la que una parte tiene un mayor poder negociación respecto a la otra, siendo que ésta última podría ser forzada a aceptar condiciones menores a las establecidas por la ley por la necesidad del trabajo. En este contexto, es por demás necesario que se establezca en las legislaciones un dispositivo que haga vinculante el principio desarrollado para evitar abusos de los empleadores, como ciertamente ya existe en nuestro sistema jurídico.

Este principio cobra una especial relevancia en el presente caso pues la contratación civil con una manifestación formal de la voluntad implicaría una renuncia a los beneficios otorgados por ley a todo trabajador. Sin embargo, esto no puede ampararse debiendo el juez ordenar el cumplimiento de todos estos una vez determinada la naturaleza laboral del vínculo contractual.

1.2.4. Primacía de la Realidad

Este principio constituye uno de los puntos centrales para la investigación que se ha realizado. La Recomendación bajo análisis recoge en esencia el Principio de Primacía de la Realidad para establecer los indicios o rasgos sintomáticos de la existencia de una relación laboral. Debemos precisar, que en esta parte del trabajo veremos de manera general este principio, pues este será ampliado en el segundo capítulo.

Este principio es entendido por la doctrina como aquel por el que: *“prima siempre la verdad de los hechos sobre la apariencia o por encima de los*

acuerdos formales. Los que interesa es lo que suceda en la práctica, más que lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos.”²⁰

Para Anacleto Guerrero²¹, *“el principio de la Primacía de la Realidad constituye en el Derecho Laboral una verdadera protección para el trabajador, a fin de que éste no pueda ser marginado de los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad. Este principio es calificado según diversas expresiones: “prima la verdad de los hechos (no la forma) sobre la apariencia de los acuerdos”, “valen los hechos y no el nomen iuris o verdad formal”, “los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad”, “la verdad vence a la apariencia”.*

Teniendo como fin evitar costos laborales, muchos empleadores pretenden dar una apariencia distinta a la realidad de sus trabajadores. Así pretenden, entre muchas otras cosas ocultar desde, por ejemplo, el monto real de la remuneración, pretenden crear conceptos no remunerativos cuando por su regularidad y circunstancias de pago son remunerativos, ocultar el pago de comisiones con fraudes, entre otros, que pueden llegar finalmente a ocultar en su totalidad la relación laboral con la apariencia de una civil, como es el caso materia de investigación.

En este punto quisiéramos definir de manera breve este principio en tanto este será desarrollado, como hemos manifestado, en lo posterior.

1.3. Fuentes del Derecho Laboral

Javier Neves Mujica se refiere a las fuentes del Derecho Laboral en sentido siguiente: *“La expresión “fuente del derecho” tiene –en la doctrina italiana– una doble acepción. De un lado, como fuente de la producción, se refiere al productor, que es una entidad- en el más amplio sentido de la palabra-*

²⁰ Guerrero, Guillermo, Op.cit., p. 94-95.

²¹ Anacleto, Victor, Op.cit., p. 37

que posee la atribución de elaborar un producto, así como al procedimiento que debe utilizar con ese proceso. Se responde a las interrogantes acerca de quién puede producir y cómo debe hacerlo. De otro lado, como fuente del conocimiento, alude al producto mismo y absuelve la cuestión de lo que es lo producido. En el primer significado será fuente del derecho, por ejemplo, el Congreso, y el trámite parlamentario de elaboración de la Ley; y, en el segundo, la propia ley.

*En rigor esta tiene su origen en aquellos, por lo que la fuente de la producción sería mediata y la del conocimiento inmediata.*²²

El mismo autor elabora un cuadro para efectos de hacer didáctica la escala de fuentes del Derecho del Trabajo, la misma que nos permitimos citar a continuación²³:

Cuadro N°1
Fuentes del Derecho del Trabajo

NIVEL	NORMAS
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución - Tratado de derecho humanos
Primario	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado - Ley - Decreto Legislativo - Decreto de urgencia - Ley Regional - Ordenanza Municipal - Sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional
Secundario	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto Regional - Edicto Municipal - Sentencia anulatoria del Poder Judicial
Terciario	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio colectivo - Reglamento interno de trabajo - Costumbre

Fuente: Elaboración propia.

Sobre lo mismo, Anacleto Guerrero clasifica las fuentes del Derecho manifestando que: *“dentro de la clasificación o cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo se consideran a las fuentes estatales, que incluyen*

²² Neves, Javier, Op.cit. p. 57.

²³ *Ibíd*, p. 63.

la Constitución, la ley y el Reglamento; las fuentes extraestatales (supranacionales e internacionales), entre las que se consideran las fuentes provenientes de las entidades y organismos de Derecho Internacional como la organización Internacional del Trabajo (OIT), unión europea (UE), y las fuentes de origen profesional, entre las que se encuentran el Convenio colectivo.”²⁴

A este punto, corresponde tratar cada una de las fuentes del Derecho Laboral sobre las que la doctrina ha encontrado consenso.

1.3.1. La Constitución

Marcial Rubio Correa sostiene que: *“La primera norma dispositiva dentro de nuestro sistema legislativo es la Constitución del Estado. Debe entenderse como la más importante (...)”²⁵*

Continúa, el mismo autor, sosteniendo que por lo menos en tres sentidos, la Constitución debe ser considerada como la norma más importante:

“1. El primero, porque la Constitución contiene normas que no pueden ser contradichas ni desnaturalizadas por ninguna otra norma del sistema legislativo ni por ningún otro pronunciamiento jurídico dentro del Estado. Esto tiene que ver con el principio de constitucionalidad del orden jurídico.

2.El segundo, porque dentro de sus normas, la Constitución establece la forma cómo se organiza el estado, cuáles son sus órganos principales, cómo están conformados, y cuáles son sus funciones.

²⁴ Anacleto, Víctor, Op.cit., p.50

²⁵ Rubio, Marcial, El sistema Jurídico. Introducción al derecho, Fondo Editorial de la PUCP, Décima edición, 2009, Lima, p. 121.

*3.El tercero, porque en el texto constitucional están contenidos el procedimiento y las atribuciones generales que tienen los órganos del estado para dictar las leyes y las otras normas del sistema legislativo.*²⁶

El Tribunal Constitucional peruano (TC), también ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de Constitución, y precisamente lo hizo al resolver un caso de materia laboral como lo fue el caso FETRATEL vs Telefónica del Perú. Así el colegiado sostuvo que²⁷:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38º de la Constitución, “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)”. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta erga omnes, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional.”

Dicho esto, para lo que es materia de desarrollo en el presente trabajo, se debe identificar las disposiciones constitucionales relacionadas al Derecho del Trabajo de manera breve, atendiendo a la naturaleza y materia de investigación en el presente trabajo. Para Javier Neves, *“La Constitución sí se ocupa de tres temas que conforman el núcleo del Derecho Individual*

²⁶ Ídem.

²⁷ Fundamento 6 de la Sentencia recaída en el expediente 1124-2001-AA/TC.

*del trabajo: la cuantía de la remuneración, la duración de la jornada y de los descansos y la duración de la relación laboral.*²⁸

Los artículos del 22 al 29 de la Constitución Política del Perú (Constitución) son los referidos exclusivamente al Derecho del Trabajo. Así el artículo 22 reconoce que el trabajo es un derecho y un deber, el artículo 23 que el trabajo es objeto de atención prioritaria del estado, además de reconocer que nadie está obligado a trabajar sin retribución, principalmente.

El artículo 24 regula, en esencia, el derecho a la remuneración de los trabajadores, disponiendo que ésta debe ser equitativa y que las remuneraciones mínimas serán reguladas por el Estado. Mientras que el artículo 25 establece la jornada ordinaria máxima de trabajo.

De otro lado, el artículo 26 reconoce los derechos de igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de derechos y el indubio pro operario. Los artículos 27, 28 y 29, reconocen los derechos a la protección contra el despido arbitrario, los derechos colectivos y la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa, respectivamente.

No obstante, existen disposiciones de carácter laboral contemplados de manera dispersa por la Constitución, como por ejemplo los artículos del 39 al 42 que son los referidos a la función pública. Así también el artículo 153 que prohíbe la participación en política, la sindicalización y la huelga a los jueces y fiscales. De manera tal que podemos concluir que los derechos laborales están recogidos por la norma suprema en nuestro país, debiendo el resto de normas desarrollarlas sin alterar su espíritu.

1.3.2. La Ley

“Las normas con rango de ley son el segundo rango dentro de la legislación nacional correspondiente al Gobierno Central, inmediatamente debajo de la Constitución. Ingresan aquí un conjunto variado de

²⁸ Neves, Javier, Op.cit., p. 67.

disposiciones, encabezadas por las leyes (aprobadas por el Congreso y promulgadas por el Poder Ejecutivo), a las que hay que añadir los decretos legislativos, los decretos de urgencia y aún, los decretos leyes.”, sostiene Marcial Rubio.²⁹

Precitado autor, reconoce dentro de este rango normativo a los Decretos Legislativo, los Decretos de Urgencia y los Decretos Leyes.

En nuestro ordenamiento laboral, existen decenas de normas con rango de Ley, a modo de ejemplo la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que es la norma principal en materia de contratación laboral, que entró en vigencia con formalidad del Decreto Legislativo N° 728, aunque con sus modificaciones se ordenó que se expida un Texto Único Ordenado que integrara todas estas modificaciones, dicho TUO fue aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

El Decreto Legislativo N° 650 contiene la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, norma que a la actualidad está contenida en un TUO aprobado por el Decreto Supremo N° 001-97-TR. En esta misma situación existen decenas de normas con rango de Ley cuyos Textos Únicos Ordenados han sido aprobados por normas de rango infra legal, como son los Decretos Supremos. La fuente legal es relevante en el presente, pues no podremos encontrar rasgos sintomáticos o indicios de laboralidad en ella, lo mismo que deberá ser evaluado al momento de estudiar la Recomendación N° 198 de la OIT y cómo se haría viable su aplicación en nuestro país.

1.3.3. El Convenio Colectivo

El convenio colectivo es la fuente por excelencia del Derecho Laboral.³⁰ Para Anacleto Guerrero, *“el convenio colectivo constituye una de las*

²⁹ Rubio, Marcial, Op.cit., p. 126-127

³⁰ Neves, Javier, Op.cit., p. 89

*fuentes del Derecho del Trabajo, que consiste en “un acuerdo entre representantes de los trabajadores y el empresario o empresarios para regular las mutuas relaciones laborales, en su dimensión colectiva e individual”.*³¹

Las normas legales, se pronuncian sobre el efecto de los convenios colectivos. Así señala el artículo 42 del TUO de la Ley de relaciones colectivas de Trabajo, DS 010-2003-TR, que: *“la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo caso se celebró y a quienes les sean aplicables, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.”*

Los convenios representan la voluntad de las partes colocada sobre un documento. Mediante este instrumento, empleador o empleadores y trabajadores podrán decidir por lo que más les conviene a ambos, como en esencia debe ser la negociación de un contrato de cualquier tipo de acuerdo a ley, claro está. Claro está también, que las partes en un proceso de negociación pueden llegar a algunos extremos injustificados, como no ceder una con la otra viéndose obligadas a recurrir a un arbitraje. Así mismo, se aprecia que los dirigentes sindicales, muchas veces ven sus cargos como una plataforma política dejando de velar por los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ellos aparentan una actitud de lucha y falta de disposición para negociar, que los haga ver como líderes fuertes, mientras que por el contrario sólo truncan negociaciones afectando los intereses de sus propios afiliados.

El convenio colectivo del Trabajo puede constituir un instrumento idóneo para regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, para lo que se debe desincentivar conductas antisindicales y promover un sindicalismo legítimo.

³¹ Ancaleteo, Victor, Op.cit., p. 55

1.3.4. Los Tratados

En este punto debemos desarrollar esta fuente con mayor detenimiento, pues precisamente el problema de investigación trata sobre la aplicación de un instrumento internacional que si bien es cierto no es un Tratado, pero nos permitirá acercarnos al Derecho Internacional del Trabajo. En el tercer capítulo del presente trabajo, sin embargo, nos encargaremos de desarrollar ampliamente lo referido a la OIT y sus instrumentos.

Javier Neves³², refiriéndose a los Tratados como fuente del Derecho Laboral, sostiene que: *“Los tratados son -en palabras de Remiro Brótons y otros(1997:181)- acuerdo escritos celebrados entre sujetos internacionales, que crean derechos y obligaciones regidos por el Derecho Internacional. Pueden celebrarse entre Estados, entre estos y organizaciones internacionales o entre estas, en forma bilateral o multilateral. Los primeros están regidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, los demás, por la de 1986. También pueden consistir en decisiones adoptadas en el seno de Organizaciones Internacionales. Estos Tratados están regulados por ambas Convenciones de Viena, en su artículo 5 común. Son productos normativos. Para que puedan regir en nuestro ordenamiento interno se requiere su previa aprobación y ratificación por los organismos correspondientes, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en los propios Tratados.”*

Para Marcial Rubio³³ la Constitución establece algunas normas para los tratados, sosteniendo que:

“La Constitución de 1993 establece reglas sobre los tratados que pueden resumirse en lo siguiente:

1. Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la constitución antes de ser ratificado por el Presidente de la República (artículo 57). En

³² Neves, Javier, Op.cit., p. 74

³³ Rubio, Marcial, Op.cit., p. 139

otras palabras, si finalmente resultara que el Tratado es incompatible con la Constitución se entendería que la modifica, porque adquiere la fuerza normativa de una reforma constitucional. Es una manera de lograr que la Constitución no impida el cumplimiento de los tratados del país. De acuerdo a esta norma, los tratados de esta naturaleza tendrán indudablemente rango constitucional.

2.El Congreso solo aprobará, antes de su ratificación por el Presidente de la República, los Tratados que versen sobre los Derechos Humanos; soberanía, dominio o integridad del estado; defensa nacional; obligaciones financieras del Estado y Tratados que crean, modifiquen o supriman tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren legislar para ser ejecutados.

3.Todo tratado cuya materia no este reservada a la aprobación del Congreso, será aprobado por el presidente de la República, dando cuenta al Congreso (artículo 57)

4.Los Tratados forman parte del derecho nacional (artículo 55).”

En materia laboral, los derechos están reconocidos en Tratados que versan sobre Derechos Humanos o Derechos Fundamentales y en aquellos que desarrollan íntegramente estos derechos que son principalmente los Convenios de la OIT.

En este sentido, los Tratados sobre derechos fundamentales que enuncian derechos laborales básicos, son los siguientes³⁴:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. (2008)
- Declaración Americana de los Derechos Humanos (1969)

³⁴ Neves, Javier, Op.cit., p. 75

- Protocolo adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Declaración Americana de los Derechos Humanos (1988).

Como consecuencia de la inclusión de los derechos laborales en los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, estos pueden equipararse a los Tratados ratificados por el país íntegramente sobre Derecho Laboral. Es decir, los Tratados internacionales -por ejemplo de la OIT- deben tener el tratamiento interno de los de Derechos Humanos. Así lo señala Neves Mujica³⁵ sosteniendo que: *“Nos parece que estos convenios internacionales del trabajo, los cuales –en su mayoría- desarrollan Derecho Laborales antes reglados con menos detalle por diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos, deben calificarse también como tales. De este modo, el tratamiento que brinda nuestra Constitución a los tratados sobre derecho humanos –del cual nos ocuparemos más adelante- se hace extensivo a los convenios internacionales del trabajo.”*

Compartimos la posición de precitado autor. Los derechos laborales tienen el mismo punto de partida que los Derechos Humanos. Así pues, se prohíbe el trabajo forzoso, la esclavitud bajo cualquier forma, unas condiciones de trabajo que mellen la integridad física del trabajador, entre otros. En consecuencia, no existe motivo alguno para que no se extienda el tratamiento de los Derechos Humanos a los derechos del trabajo en lo que refiere a su jerarquía dentro del derecho nacional.

Sobre la OIT y sus instrumentos nos avocaremos en posteriores capítulos del presente trabajo de investigación, permitiéndonos precluir que los Tratados sobre Derecho del Trabajo tiene la importancia y tratamiento de los Derechos Humanos al proteger derechos fundamentales que permitirán vivir con dignidad a los seres humanos.

³⁵ Neves, Javier, Op.cit., p.76

2. EL CONTRATO DE TRABAJO

2.1. DEFINICIÓN

Para efectos del desarrollo del presente trabajo de investigación es relevante desarrollar el contrato de trabajo, no sólo como el instrumento que da nacimiento a la relación laboral, sino como aquel que se oculta de manera fraudulenta por el empleador con un fin esencialmente económico, sobre el que más adelante profundizaremos.

Se hace necesario definir este instrumento para poder establecer las diferencias que existen entre éste y los contratos de naturaleza civil que regulan la prestación de servicios que con recurrencia son utilizados fraudulentamente por los empleadores para negar la protección del Derecho Laboral a sus subordinados.

La doctrina y las normas legales reconocen y definen el contrato de trabajo, correspondiendo hacer algunos alcances sobre lo que nos dice cada una de estas Fuentes del Derecho sobre éste.

Raúl Ferrero y Carlos Scudellari³⁶ sostienen que pueden: *“(...)definir el contrato de trabajo como un acuerdo, expreso o tácito, por virtud del cual una persona presta servicios por cuenta de otra, bajo su dependencia, a cambio de una retribución. Es innegable que en cuanto ‘convenio de voluntades que engendra obligaciones’, que es el concepto de todo contrato, el contrato de trabajo tiene existencia propia y es perfectamente clasificado.”*

Según Toyama Miyagusuku y otro³⁷, el contrato de trabajo: *“es un acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y la otra trabajador, por la cual una de ellas se compromete a prestar sus servicios en forma personal y remunerada (el trabajador) y la otra (empleador), que se obliga al pago de la remuneración correspondiente y que, en virtud de*

³⁶ Ferrero, Raúl y otro, Derecho del Trabajo, décimo quinta edición, Lima, 1977, p. 7

³⁷ Toyama, Jorge y otro, Guía Laboral, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2003, p. 11

un vínculo de subordinación (dependencia), goza de las facultades de dirigir, fiscalizar y sancionar los servicios prestados.”

Guillermo Cabanellas³⁸, sostiene que: *“en nuestro concepto, el contrato de trabajo es aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección de la actividad profesional de otra.”*

Mery Aquino sostiene que: *“Es el acuerdo por virtud del cual una persona llamada trabajador se obliga a prestar su servicio por cuenta, dirección, dependencia y subordinación de otra llamada empleador, a cambio de un salario. Su contenido está formado por dos obligaciones: La deuda del trabajador que se cumple con la prestación de servicios y la deuda del empleador, que se cumple con el pago del salario. Siendo así, el empleador es acreedor del trabajo, pero deudor del salario y el trabajador es deudor del trabajo y acreedor del salario. Del contrato de trabajo se ha dicho que es un CONTRATO – REALIDAD, porque lo que importa, para su tipificación, no es el acuerdo adoptado por las partes, sino su comportamiento real.”*³⁹

Particularmente, no existe en el sistema legal peruano una norma que defina al contrato de trabajo, sino simplemente existe una norma que va a permitir identificar una relación laboral. Para estos efectos el artículo 4 de la LPCL, establece taxativamente que:

“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad.

³⁸ Cabanellas, Guillermo, Op.cit., p.321.

³⁹ AQUINO, Mery, Derecho Laboral, UPLA, p. 32. Tomado de:

http://www.cacvirtual.upla.edu.pe/distancia/as_cf.php/06/DERECHO%20LABORAL.pdf 29/04/2016

El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.”

De esta manera, podemos sostener que no se tiene a nivel legislativo una definición sobre contrato de trabajo, pero se puede extrapolar la definición del contrato establecida en el Código Civil peruano (CC), incluyendo los tres elementos mencionados en el artículo precitado, es decir, la prestación personal de servicios, remuneración y subordinación; los mismos que serán definidos en lo que sigue.

2.2. Elementos

Los elementos del contrato de trabajo van a ser precisamente aquellos que lo van a distinguir de un contrato de naturaleza civil.

Para estos efectos, Anacleto Guerrero⁴⁰ los ha distinguido en dos categorías. La primera de los elementos generales del contrato de trabajo y la segunda referida a los elementos esenciales o propios del contrato de trabajo.

Dentro de la primera categoría se encuentra a los elementos subjetivos: el consentimiento, el objeto y la causa. Dentro de la segunda, se tiene a la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración.

De la clasificación que realiza por el autor, se observa que la primera se acerca más a los elementos del contrato en general o, digamos, el contrato civil; mientras que la segunda clasificación se refiere a los elementos típicos que ponen en evidencia una relación laboral, lo que precisamente es materia del presente trabajo de investigación.

⁴⁰ Anacleto, Victor, Op.cit. p. 100-110

En este sentido, nos vamos a centrar en desarrollar los elementos del contrato de trabajo desde los elementos propios o esenciales de este contrato, como señala el autor.

2.2.1. La prestación personal de servicios

El artículo 4º de la LPCL establece que: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”*.

Con precitada norma, el legislador ha establecido una presunción *iuris tantum* y que más allá de eso, nos expone los elementos de una relación laboral, en la que se contempla a la prestación personal de servicios. Sobre ésta, Anacleto Guerrero, ha señalado que: *“Por el contrato de trabajo, los servicios del trabajador se deben prestar en forma personal, de ahí el carácter personalísimo de la obligación del trabajador”*⁴¹

Sobre el mismo elemento, Neves Mujica⁴² sostiene que: *“la actividad cuya utilización es objeto del contrato de trabajo es la específica de un trabajador determinado. De aquí deriva, en primer lugar, que el trabajador es siempre una persona natural, a diferencia del empleador, que puede ser una persona natural (como en el hogar o los pequeños negocios) o jurídica, adoptando cualquier forma asociativa, lucrativa o no. También distingue al trabajador de los deudores de trabajo en los contratos de locación de servicios y de obra, llamados locador y contratista, respectivamente, que puede ser personas naturales o jurídicas: por ejemplo, un bufete profesional o una empresa constructora.*

(...)

⁴¹ Anacleto, Victor, Op.cit., p. 108

⁴² Neves, Javier, Op.cit., pp. 33-34

Y deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni –menos aún– transferirla en todo o en parte a un tercero.”

La explicación de Neves Mujica desarrolla el carácter personalísimo del trabajo prestado a un tercero. La prestación de servicios debe ser realizada por una persona natural y no por una persona jurídica, en cuyo caso, esta contratación no estaría regulada por las normas laborales sino civiles, dado que en este tipo de contratación esta persona jurídica puede designar a cualquier persona natural para que realice el encargo, pero encontrándose ya esta tercera persona bajo sus órdenes, por lo que le asiste el Derecho Laboral sólo respecto a quien lo retribuye y se beneficia directamente. Este elemento cobra especial relevancia con la simplificación probatoria que existe para el trabajador con la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT), en la que se requiere únicamente acreditar la prestación de servicios para que se presuma la existencia de una relación laboral⁴³, aunque esto ameritará una aclaración más adelante.

2.2.2. La remuneración

Sobre este elemento del contrato de trabajo, Neves Mujica⁴⁴ sostiene que: *“La retribución otorgada en el contrato de trabajo se denomina remuneración, nuestro ordenamiento laboral considera como tal al íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, siempre que sea de su libre disposición. (...) La remuneración tiene carácter contraprestativo, pero no se agota en este. En otras palabras, es el pago que corresponde al trabajador por la puesta a disposición de su actividad.”*

La definición precitada encuentra concordancia con el texto del artículo 6 de la LPCL, el mismo que señala que: *“Constituye remuneración para todo*

⁴³ Artículo 23.2 de la Ley 29497

⁴⁴ Neves, Javier, Op.cit., p. 39

efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea la forma o denominación que tenga, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa(...)”

La doctrina y las normas han definido la remuneración como una contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia de la prestación personal de sus servicios. En este punto el contrato de trabajo puede encontrar una similitud con determinados contratos civiles en el hecho que se reconoce que existe efectivamente un retribución, sin embargo, bajo un contrato de trabajo ésta debe ajustarse a las disposiciones legales, principalmente respetando el monto mínimo establecido, de manera tal que resulta imposible jurídicamente que en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes (en este caso trabajador y empleador) puedan pactar una retribución inferior a la mínima legal, lo que sí podría darse en un contrato de naturaleza civil.

La problemática referida en el párrafo anterior nos pone más en la necesidad de interpretar que la realidad debe primar sobre lo que pueda establecerse en los documentos, lo que a su vez también nos acerca a requerir parámetros o indicios que nos permitan determinar, con vista a la realidad, la existencia de un contrato de trabajo y no uno civil.

2.2.3. La subordinación

La subordinación, sin lugar a dudas, determina la existencia de una relación de trabajo en la mayoría de los casos. Sobre este elemento Guillermo Cabanellas ⁴⁵ ha manifestado que: *“En lo laboral, la subordinación equivale al estado de limitación de la autonomía del trabajador, sometido a la potestad patronal, por razón de su contrato y en*

⁴⁵ Cabanellas, Guillermo, op.cit., p. 394

el desempeño de sus servicios, por autoridad que ejerce el empresario en orden al mayor rendimiento de la producción y al mejor beneficio de la empresa”

Para Wilfredo Sanguineti⁴⁶, la subordinación: *“Entendida en su sentido jurídico estricto, la subordinación es un vínculo jurídico del cual se derivan un derecho y una obligación: el derecho del empleador de dictar al trabajador los lineamientos, instrucciones u órdenes que estime convenientes para la obtención de los fines o el provecho que espera lograr con la actividad del trabajador; y la obligación del trabajador de acatar esas disposiciones en la prestación de su actividad.”*

Del lado legislativo, el artículo 9 de la LPCL, señala taxativamente que: *“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.*

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.”

Para Neves Mujica⁴⁷, *“la subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o mercantil existe autonomía (en*

⁴⁶ Sanguineti, Wilfredo, El contrato de Locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo, Cultural cuzco, Lima, 1998, pp. 158-159.

⁴⁷ Neves, Javier, Op.cit., p. 36

los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)”.

El TC también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este requisito, señalando en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente N° 1846-2005-PA/TC, que:

“Así, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte del comitente de impartir órdenes a quien presta el servicio, o en la fijación de un horario de trabajo para la prestación del servicio, entre otros supuestos, indudablemente se estará ante un contrato de trabajo, así se le haya dado la denominación de contrato de locación de servicios. Es decir que si en la relación civil se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente en presencia de una relación laboral; más aún, si se aprecia que el comitente ha ejercido los poderes que le son inherentes al empleador, como son el poder de dirección y el poder sancionador, se estará ante una relación laboral que ha sido encubierta como un contrato de naturaleza civil, por lo que es en este caso de aplicación el Principio de Primacía de la Realidad.”

De la subordinación se deriva la obligación del trabajador de ejecutar las órdenes de su empleador. Estas órdenes, sin embargo, no pueden vulnerar derechos fundamentales del trabajador, como podría ser, por ejemplo, obligarlo a realizar trabajos de alto riesgo sin una protección adecuada, o ser obligado a realizar labores que afecten su derecho al buen nombre y a la buena reputación, entre otros.

La prueba de la subordinación en un vínculo contractual de naturaleza civil dejará descubierta la relación laboral que permanecía oculta bajo el fraude. De ahí que los indicios establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT recogen situaciones que podrían evidenciar la situación de subordinación que existiría de una de las partes respecto a la otra. De esta manera, probado además este tercer elemento de la relación laboral, se tendrá como consecuencia el reconocimiento de los derechos que el Derecho del Trabajo ha establecido para los trabajadores.

2.3. CARACTERÍSTICAS

La doctrina reconoce los caracteres del contrato de trabajo, que en esencia son también los del contrato de naturaleza civil con algunas diferencias importantes que son las que determina el Principio Protector que inspira al Derecho Laboral.

Anacleto Guerrero⁴⁸, se refiere a los caracteres del contrato de trabajo señalando que este es:

- a) Es un contrato bilateral
- b) Es un contrato consensual
- c) Es un contrato oneroso
- d) Es un contrato sinalagmático
- e) Es un contrato personal
- f) Es un contrato conmutativo
- g) Es un contrato de tracto sucesivo
- h) Es un contrato típico y normado

Citados estos, pasamos ahora a desarrollarlos en lo que sigue.

2.3.1. La bilateralidad

Para que exista un contrato se requerirá necesariamente de dos o más sujetos participantes, esto requerirá del consentimiento del trabajador y del empleador. Así mismo, como bien señala Anacleto, una parte podrá estar compuesta por más de una persona como empleadores, cuando éstos formen parte de un grupo económico.

⁴⁸ Anacleto, Victor, Op.cit., pp. 98-99

2.3.2. El consensualismo

Manuel de la Puente y Lavalle⁴⁹ sostiene que: *“Cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales.”*

El texto precitado nos da un alcance sobre lo que se debe entender por el consenso. Este es un elemento en común con el contrato en general o de naturaleza civil. En los contratos de trabajo también debe existir una aceptación de la oferta y ésta puede ser plasmada por escrito o de manera verbal, según sea el tipo de contrato de trabajo que se celebre. Así, por ejemplo, los contratos de trabajo a tiempo indeterminado se podrán celebrar de manera verbal, mientras que los contratos sujetos a modalidad y los de tiempo parcial deberán constar por escrito y, anteriormente, en el caso de los primeros, debían ser presentados ante la Autoridad Administrativa del Trabajo.

2.3.3. La onerosidad

En los contratos de trabajo existe un beneficio mutuo, cada parte se ve beneficiada por las prestaciones de la otra. En este sentido, el trabajador prestará su fuerza laboral al empleador quien le pagará determinada retribución, sea en dinero o en especie, dentro de los límites de ley.

⁴⁹ De la Puente, Manuel, Comentarios al Código Civil, Tomo VII, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2003, p. 17

2.3.4. Contrato sinalagmático

Se define como tal en el sentido que existen obligaciones de ambas partes, resultando ambas beneficiadas, una de la otra.

2.3.5. Contrato personal

En esta característica encontramos una marcada diferencia con el contrato civil, el mismo que permite, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, establecer que los servicios puedan ser prestados por una o varias personas de manera indistinta o conjuntamente.

El contrato de trabajo es esencialmente personal. Así lo ha reconocido el artículo 5 de la LPCL que establece taxativamente que: *“Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependen de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.”*

Como se puede apreciar la única salvedad que establece la ley es la posibilidad que el trabajador recurra a sus familiares directos para ser ayudado, siempre que dependan de él.

2.3.6. Contrato conmutativo

Anacleto Guerrero ⁵⁰ sostiene que el contrato de trabajo es uno conmutativo: *“Porque las prestaciones son inmediatamente ciertas y determinadas por las partes: el trabajo a realizar y la retribución a abonar.”*

⁵⁰ Anacleto, Victor, Op.cit., p. 99

Para estos efectos la Real Academia Española⁵¹ de la lengua define al contrato conmutativo como: *“contrato bilateral en que las condiciones recíprocas son determinadas y en este sentido se contrapone al contrato aleatorio.”*

Así las cosas, se puede señalar que el contrato de trabajo tiene tal característica en el sentido en que las partes, al momento de celebrar el contrato, definen sus prestaciones. Sin embargo, esta característica debe ser ponderada con el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos y las facultades de dirección que ostenta el empleador. Según estos conceptos, el empleador podría ordenar al trabajador que realice sus labores de la forma en que el primero las reglamente, sin embargo, no podrá reducir de manera unilateral la remuneración y el trabajador sólo podrá decidir por reducirla cuando concurren los requisitos establecidos en la Casación N°1213-2012 Callao, a saber: *“i) que la reducción de remuneraciones no vaya por debajo de la remuneración mínima vital, monto mínimo indisponible; ii) que dicha reducción responda a circunstancias objetivas; y, iii) que sea autorizado por el trabajador afectado en forma expresa, sin que deje lugar a dudas su voluntad, lo que implica que no medie intimidación, coacción y/o violencia que vicie su manifestación de voluntad.”*⁵²

2.3.7. Tracto sucesivo

El contrato de trabajo tiene efectos extendidos. La extensión se muestra por el tiempo de duración del mismo, que puede ser de manera indeterminada, en cuyo caso el contrato podrá ser celebrado de manera verbal; o, por escrito cuando sea uno a plazo determinado. Claro está, la duración de este contrato no puede ser truncada por una decisión

⁵¹ Definición tomada del sitio web de la RAE: www.rae.es 03/05/2016

⁵² Parfraseo tomado de La Ley. <http://laley.pe/not/2363/convenio-de-reduccion-de-remuneraciones-debe-ser-voluntario>- 28/04/2016.

unilateral, incausada o fraudulenta del empleador, sino debe ceñirse al procedimiento de despido establecido por ley.

2.3.8. Contrato típico y normado

La ley establece cuáles son los tipos de contrato a celebrarse y cuáles son las formalidades que deben cumplirse, dentro de las cuales se encuentran por ejemplo el registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo de los contratos a tiempo parcial, los supuestos de desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, entre otros, que determinan la tipicidad y normativa relativa a los contratos de trabajo.

3. LA ESTABILIDAD LABORAL

La estabilidad laboral es uno de los principales incentivos que tienen los empleadores para contratar a personal bajo contratos de naturaleza civil. Lo que menos desea un empleador es encontrarse obligado legalmente a mantener a un trabajador hasta que concurra una causa legal que le permita despedirlo de acuerdo a ley. En este sentido, ocultan las relaciones laborales tras contratos de esta naturaleza, que pueden ser resueltos de acuerdo a las normas civiles con exigencias mucho menores y con consecuencias económicas más bajas, atendiendo a que eventualmente no se tendría que reponer a nadie en su puesto de trabajo y que el locador tendría que probar unos daños para obtener una indemnización en juicio.

La Constitución establece en su artículo 27 que: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”*. Jorge Toyama⁵³ sostiene sobre la estabilidad laboral que: *“es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico de trabajo*

⁵³ Toyama, Jorge, Op.cit., p. 541

tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral, siendo una manifestación del principio de continuidad. (...)

Sin la estabilidad laboral, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivo y los mecanismos para la tutela de estos no tendrían la suficiente "exigibilidad" frente al empleador dada la relación de dependencia en la cual presta servicios el trabajador."

Concordamos con lo expuesto por Jorge Toyama en lo que reconoce a la estabilidad laboral como base para el goce de otros derechos de naturaleza laboral. Sin este derecho se puede evadir fácilmente el pago de los beneficios sociales y el respeto en general de cualquier derecho relacionado al trabajo, pues al primer requerimiento de pago o cumplimiento de estos derechos, el empleador tendría fuertes incentivos para retirar de su puesto al trabajador.

La Constitución reconoce este derecho de manera expresa en su artículo 27. Este artículo ha sido materia de desarrollo jurisprudencial y legal a través de los años, principalmente por el TC a través del Caso Fetratel vs. Telefónica, en la que se declaró inaplicable el artículo de la LPCL referido a la indemnización por despido arbitrario como única reparación, y reconociendo el derecho a la reposición de trabajadores despedidos sin causa justa.

Referida sentencia (1124-2001-AA/TC) en su considerando 12 estableció: *"Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar*

de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.”

En este sentido cabe preguntarse, ¿qué sentido tendría que se reconozca una relación laboral cuando una vez ésta reconocida no se garantiza la permanencia del trabajador en el puesto de trabajo? El reconocimiento de una relación laboral como consecuencia o no de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT, va de la mano con un derecho a la estabilidad laboral.

4. EL CONTRATO CIVIL

4.1. DEFINICIÓN

Un buen sistema legal de contratación es base para el desarrollo económico. Esto en el sentido en que permitirá a las personas contratar los bienes y servicios que más valoren, generando un beneficio para las partes, pues éstas tienen ver satisfechas sus expectativas al momento de obligarse mutuamente.

En este sentido, el Estado debe promover en la mejor forma posible que las partes puedan establecer libremente el contenido de sus contratos, siempre que no se afecte a quienes no tienen que ver en la contratación (interés público), y además crear un marco que les permita a los contratantes tener la garantía que el Estado, ante un incumplimiento, pondrá a su disposición los medios para ejercer su *ius imperium* y exigirlo por la fuerza.

Es menester que en el presente trabajo nos refiramos al contrato civil y desarrollarlo al punto que nos permita tener la información necesaria para hacer un contraste con lo que se refiere al contrato de trabajo, desarrollado en los capítulos precedentes.

Así, en principio, el CC en su artículo 1351 establece que: *“El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.”*

La RAE⁵⁴ define al contrato como:

“1. m. Pacto o convenio, oral o escrito, entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.”

*2. m. Documento que recoge las condiciones de un **contrato.**”*

La doctrina, ha definido al contrato en innumerables ocasiones y desde distintas ópticas. Para Aníbal Torres Vásquez⁵⁵, el contrato es: *“un acto o negocio jurídico por cuanto con él las partes autorregulan sus intereses patrimoniales, pero se distingue de otros actos jurídicos patrimoniales, sobre todo, por la necesaria presencia de dos o más partes, que no equivale a la presencia de dos o más sujetos. La parte indica un centro de referencia de intereses, por ello varios sujetos –portadores de idénticos intereses- constituyen una sola parte, mientras un solo sujeto puede ser, en casos particulares, punto de referencia de dos distintos centros de intereses, como sucede en el contrato consigo mismo que regula el art. 166.”*

Alterini⁵⁶, mantiene su postura en una definición amplia de contrato que sostiene que es el: *“Acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”*

Es esencial mencionar que el contrato no es de “ahora”. Siempre ocupó un lugar privilegiado en las culturas. Para estos efectos, los estudiosos del derecho romano también se pronunciaron sobre este instrumento. Ortolan,

⁵⁴ Definición tomada del sitio web: www.rae.es 29/04/2016

⁵⁵ Vasquez, Aníbal, Teoría general del Contrato, Tomo I, Instituto Pacífico, Primera Edición, 2012, Lima, p. 19.

⁵⁶ Alterini, Atilio, Contrato civiles- comerciales- de consumo, Teoría General, Edit. Abeledo-Perrot, Primera edición, 1998, Buenos Aires, p.9

citado por Alterini, señala que: *“El título de contrato (contractus), que designa particularmente la convención en cuanto produce obligación, está reservado a las convenciones especialmente reconocidas como obligatorias, y provistas de una acción por el antiguo Derecho Civil de los romanos”*.

Por su lado, Fernando López⁵⁷, pone en evidencia dos corrientes que conceptúan al contrato, señalando que: *“La tesis amplia afirma que son contratos todos los actos jurídicos bilaterales patrimoniales, cualquiera sea el efecto que persigan (crear, modificar, transferir, extinguir) y cualquiera sea la clase de derechos patrimoniales sobre los que incidan (personales, reales, intelectuales)*.

La tesis restrictiva circunscribe el uso del término a los negocios bilaterales creadores de obligaciones, denominando a los demás "convenciones".

De los conceptos esbozados podemos tener en claro que la teoría por la que se inclina nuestra legislación es la tesis restrictiva, en tanto establece que las obligaciones materia del contrato serán de naturaleza patrimonial.

Teniendo claro el concepto de contrato para el Derecho Civil, podemos señalar que éste es en esencia el mismo que el contrato de trabajo, haciendo la importante precisión que éste último tiene una regulación mínima de la Ley, es decir la voluntad de las partes se ve limitada significativamente por ésta, lo que no ocurre con un contrato civil en tanto las partes pueden establecer con libertad sus obligaciones. En el Derecho Civil las normas son en su mayoría de carácter dispositivo, mientras que en el Derecho del Trabajo éstas son de naturaleza imperativa.

Dicho esto, corresponde desarrollar los elementos del contrato, lo mismo que se plasmará en el título siguiente.

⁵⁷ López, Fernando, Teoría de los contratos, Tomo I, Edit. Victor P. de Zavalía SAC, Cuarta edición, 1997, Buenos Aires, p. 71

4.2. Elementos

Para desarrollar los elementos del contrato debemos mencionar que la doctrina no sólo ha reconocido a estos sino también a los presupuestos y las circunstancias del mismo. No obstante, con el fin de no ahondar en tal tema, consideramos que el desarrollo únicamente de los elementos basta para dar un marco teórico al presente trabajo de investigación.

Dentro de los elementos esenciales del contrato, la doctrina reconoce varios de ellos, sin embargo, se encuentra cierto consenso con algunos de ellos. Así por ejemplo, Javier Rodríguez Velarde⁵⁸, reconoce como elementos a la pluralidad de sujetos, al acuerdo de voluntades y la consecuencia jurídica.

De otro lado, Alterini, los enumera señalando que son los sujetos, el objeto, la causa y en algunos casos la forma⁵⁹. En el mismo sentido, López de Zavalía⁶⁰, señala que los elementos del contrato son: la capacidad, el consentimiento, el objeto, la forma y la causa.

De las enumeraciones anteriores, tomaremos como elementos a desarrollar en el presente trabajo a: los sujetos, capacidad, consentimiento, objeto y forma.

4.2.1. Los sujetos y capacidad

Alterini⁶¹, sobre los sujetos en el contrato, haciendo referencia al Código Civil argentino, sostiene que: *“Toda relación jurídica requiere la existencia*

⁵⁸ Rodríguez, Javier, Los Contratos Bancarios Modernos, Edit. Grijley, Segunda Edición, 1995, Lima, Tomado de:
http://www.rodriiguezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap2.pdf 29/04/2016.

⁵⁹ Alterini, Atilio, Op.cit., p. 198

⁶⁰ López, Fernando, op.cit., p. 71

⁶¹ Alterini, Atilio, Op.cit., p. 233

de un sujeto (¿quién?). El sujeto, por lo tanto, es un elemento esencial de todo contrato.

Debe tratarse de una persona, "de una existencia ideal o de una existencia visible" (art. 31, Cód. Civ)."

Rodríguez Velarde⁶² sobre el particular, refiere que el contrato: *"Presupone la existencia de dos o más partes, cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más partes, por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral, cuyos intereses son distintos."*

Ahora, dentro de este elemento se debe reconocer a la capacidad como punto importante, pues pueden existir sujetos dispuestos a celebrar un contrato, no obstante, si estos no son capaces para obligarse por determinadas circunstancias el contrato no sería válido.

En este sentido, Alterini⁶³ manifiesta sobre el particular, citando al Código Civil argentino, que: *"Se entiende por capacidad la aptitud para adquirir derechos (y, correlativamente, contraer obligaciones). El Código Civil define a las personas ("entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones", art. 30) en razón de la capacidad; es, por ello mismo, el atributo más consustancial de la persona."*

Continúa el mismo autor señalando que: *"La capacidad puede ser de derecho o de hecho. La capacidad de derecho es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas. La de hecho, la de ejercer por sí los derechos de que se trata."*⁶⁴

Rodríguez Velarde⁶⁵, más cercano a nuestra legislación nacional refiere sobre la capacidad que: *"Un aspecto importante con relación a los sujetos es el relativo a la capacidad de las partes. Al respecto se reconoce a la persona desde su nacimiento, el derecho de goce o capacidad jurídica, en*

⁶² Rodríguez, Javier, Op.cit.

⁶³ Alterini, Atilio, Op.cit, p. 204

⁶⁴ Ídem.

⁶⁵ Rodríguez, Javier, Op.cit.

cambio la capacidad de ejercicio, sólo es ejercida cuando la persona tiene aptitud para celebrar un contrato. Por ejemplo la capacidad de ejercicio se adquiere en las personas naturales a los 18 años de edad, y en las personas jurídicas, cuando éstas han cumplido con constituirse y registrarse con arreglo a ley.”

En este sentido, el CC en su artículo 43, señala taxativamente que: “*Son absolutamente incapaces:*

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.”

De otro lado, el artículo 44 del CC, establece que: “*Son relativamente incapaces:*

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.”

En este sentido, la ley establece qué sujetos son capaces para contratar, en caso un sujeto relativa o absolutamente incapaz celebre un contrato éste tendrá como sanción la declaratoria de su nulidad.

4.2.2. El consentimiento

La RAE⁶⁶ define al consentimiento como:

“1. m. Acción y efecto de consentir.

2. m. En los contratos, conformidad que sobre su contenido expresan las partes.

3. m. Der. Manifestación de voluntad, expresa o tácita, por la cual un sujeto se vincula jurídicamente.”

A nivel legal, el artículo 1352 del CC establece taxativamente que: *“Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad.”*

En este sentido, nuestra legislación establece el consentimiento prestado por las partes que intervienen como elemento esencial del contrato. Así también lo reconoce la doctrina. A estos efectos, Rodríguez Velarde⁶⁷ sobre el particular refiere: *“La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconoce la existencia de la libertad de contratación y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación. (...) El acuerdo de voluntades requiere que ambas voluntades deben ser recíprocas, coincidentes y simultáneas, porque el contrato se perfecciona con el consentimiento de las partes, (...)”*

⁶⁶ Definición tomada del sitio web: www.rae.es 03/05/2016

⁶⁷ Ídem.

Alterini⁶⁸, citando a Arias y al Código Civil argentino sostiene que: “*En sentido vulgar se suele entender por consentimiento a la manifestación de la parte que acepta el convenio, vale decir, que adhiere a una oferta.*”

El concepto jurídico es más preciso, pues implica la "declaración de voluntad común" que caracteriza al contrato en los términos del artículo 1137 del Código Civil. El artículo 1144 del Código Civil dispone que "el consentimiento debe manifestarse por ofertas o propuestas de una de las partes, y aceptarse por la otra";(...).”

López de Zavalía⁶⁹, equipara el consentimiento con la aceptación, así define a ésta última señalando que: “*La aceptación es un acto jurídico unilateral, constituido por una expresión de voluntad en principio dirigida al ofertante, y que siendo congruente con la propuesta, es apta para cerrar el contrato.*”

De las definiciones esbozadas tenemos al consentimiento como uno de los elementos esenciales del contrato, no solamente civil sino también esencial en el contrato de trabajo. Decimos esto por cuanto existe posibilidad que en una relación laboral, puede existir una prestación de trabajo forzosa, la misma que puede adoptar distintas formas, como son la servidumbre, el tráfico humano y la esclavitud⁷⁰. En estos casos, el consentimiento o la aceptación no forman parte del contrato, por lo tanto, este no tendría existencia convirtiendo en forzosa esta prestación de servicios. Esto no implica tampoco que no exista regulación sobre el particular, sino por el contrario, el Derecho Laboral de carácter nacional e internacional, pretende abolir precisamente esta situación, por lo que la inexistencia del consentimiento y por consiguiente del contrato no implica que no exista una indemnización ni retribución posterior por todo el trabajo realizado, pues prestación de servicios efectiva sí existió.

⁶⁸ Alterini, Atilio, Op.cit., p. 263

⁶⁹ López, Fernando, Op.cit., p. 202

⁷⁰ Tomado de: <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang-es/index.htm>
03/05/2016

4.2.3. Objeto

Como elemento esencial del contrato, la doctrina reconoce al Objeto. En este sentido, López de Zavalía⁷¹, sostiene que: *“El objeto del contrato está constituido por las relaciones jurídicas, los derechos sobre los que éste incide, creándolos, modificándolos, transfiriéndolos, extinguiéndolos. Estas relaciones tienen a su turno un objeto, que constituye el objeto mediato del contrato. Y todavía, al examinar el objeto de dichas relaciones, es posible distinguir entre un objeto directo y otro indirecto, sin pecar —por lo menos en múltiples casos— de un exceso de sutileza jurídica.”*

Rodríguez Velarde⁷² sobre el particular señala, utilizando la definición legal peruana del contrato, que: *“Los contratos son acuerdos de voluntades, cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.”*

Alterini⁷³, citando en parte a Planiol, Ripert-Boulanger, señala sobre el Objeto que: *“Con el sustantivo objeto del contrato se “designa la prestación a propósito de la cual se produce el acuerdo de voluntades y en torno a la cual se ordena la economía del contrato”; “esa prestación es el elemento a falta del cual las partes no hubiesen pensado en formar el contrato” (PLANIOL, RIPERT-BOULANGER).”*

El diccionario de la RAE⁷⁴, nos permite también tener una definición sobre el objeto, la misma que señala que:

“(…)4. m. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. (...).”

⁷¹ López, Fernando, op. cit. p. 237

⁷² Rodríguez, Javier, op. cit. p. 4

⁷³ Alterini, Atilio, op.cit. p. 216

⁷⁴ Definición tomada del sitio web de la RAE: www.rae.es 03/05/16

En este sentido, debemos manifestar que toda acción humana, y con especial incidencia en las relaciones interpersonales, persigue siempre un objeto. Las relaciones jurídico patrimoniales persiguen precisamente un intercambio de bienes y servicios para beneficio de las partes, y ese es básicamente su fin. Los contratos civiles y los contratos de trabajo comparten esta característica. Ciertamente, un contrato de trabajo es el intercambio de servicios de una persona a favor de otra a cambio de una retribución, así sea ésta fijada en su mínimo por el Estado y éste establezca también otro tipo de beneficios adicionales a la remuneración periódica, pero finalmente ese es el objeto.

Similar objeto tiene la prestación de servicios bajo la modalidad de un contrato civil de Locación de Servicios, sin embargo, ésta no estará bajo la regulación estatal sobre el trabajo en tanto no exista subordinación. En estos casos el objeto del contrato de Locación de Servicios es la prestación de servicios sin subordinación.

4.2.4. Forma

Sobre la forma del contrato, Alterini⁷⁵ sostiene en referencia al Código Civil argentino que: *“Todo acto voluntario, y por lo tanto todo contrato, requiere una forma (¿cómo?) que, en los términos del artículo 913 del Código Civil, consiste en “un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste”.*” continúa manifestando el autor citando a LLambías y López de Zavalía que: *“La “manifestación exterior” que exige el artículo 913 del Código Civil es una forma esencial; se trata de “la manera como se exterioriza la voluntad del sujeto respecto del objeto en orden a la consecución del fin jurídico propuesto.”*

López de Zavalía⁷⁶ se pronuncia sobre la Forma estableciendo una distinción entre los contratos según ésta. Así sostuvo que: *“Se clasifican*

⁷⁵ Alterini, Atilio, Op.cit., p. 234

⁷⁶ López, Fernando, Op. cit., p.306.

los contratos en formales y no formales (supra, §5, V). No debe creerse que formales son los que tienen forma, y no formales los demás. Esto sería un grave error, pues ya lo hemos dicho, todo contrato tiene forma, ya que sin ella es inconcebible. La forma es la exterioridad, la visibilidad del acto, abstraída de su contenido, y ningún acto tiene el carácter de voluntario sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (art. 913).”

Concordamos por lo señalado por López de Zavalía en el extremo en que señala que todos los contratos son formales. En este sentido, todos los contratos requieren de una forma exteriorizada de expresar la voluntad. Se suele entender que la palabra “forma” implica que los contratos tengan una formalidad determinada por ley, no obstante, siempre debe existir una pese a que en algunos casos la ley no señale una específica. Si no existe tal obligación legal entonces el contrato seguirá teniendo una forma.

Así para esto, la mayoría de contratos son celebrados de manera verbal, de manera tal que la expresión de voluntad será formal también pese a no estar contenida en un documento, como de costumbre se suele hacer. Esta situación atañe también al tema de investigación, en tanto muchos empleadores encubiertos, en el desarrollo de un proceso judicial de desnaturalización de relaciones civiles aducen haber celebrado contratos verbales de locación de servicios, cuando en realidad están ocultando una relación laboral. El contrato de trabajo de plazo indeterminado puede celebrarse de manera verbal, y se presume que con la sola prestación personal de servicios se presumirá la existencia de una relación laboral⁷⁷. Mientras que para los contratos sujetos a modalidad y de medio tiempo se requerirá la forma escrita, aun así, éstos y el contrato verbal de trabajo a tiempo indeterminado tendrán siempre una forma.

⁷⁷ NLPT en su artículo 23.2.

5. EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

5.1. DEFINICIÓN

El contrato de locación de servicios, es el contrato por excelencia utilizado por los empleadores que quieren ocultar su calidad y negar derechos laborales a sus trabajadores. Sin embargo, este no es el único contrato de naturaleza civil que puede utilizarse para disimular una relación laboral. No obstante, en lo que refiere al presente trabajo, se ha considerado al contrato de locación de servicios como el más utilizado, por lo que por su incidencia éste será tratado en esta investigación.

Siendo esto así, a nivel legal, el artículo 1764 del CC define este contrato señalando que: *“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.”*

Beltrán Pacheco⁷⁸, sostiene sobre el contrato de locación de servicios que: *“(…) Es aquel contrato típico y nominado en virtud del cual un sujeto denominado "locador" asume, en la relación jurídica obligatoria creada (como deudor), la situación jurídica de desventaja de deber jurídico (de prestación de hacer) por la que se compromete a realizar una conducta que tiene por objeto un "servicio" (material o intelectual, conforme al ARTÍCULO 1765 del Código Civil), teniendo el derecho subjetivo (como acreedor) respecto del sujeto denominado "comitente o locatario" al pago de una retribución.”*

Jorge Toyama⁷⁹, refiriéndose a éste contrato señala que: *“en el contrato de locación de servicios, la prestación de servicios se realiza en forma independientemente, sin presencia de subordinación o dependencia del contratado. El locador se encuentra sujeto al cumplimiento de las*

⁷⁸ Beltrán, Jorge, Código Civil Comentado, Tomo IX, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, 2005, Lima, p. 154.

⁷⁹ Toyama, Jorge, Op.cit., p. 69

obligaciones contenidas en el contrato, pero sin llegar a una situación de dependencia jurídica frente a quien lo contrata.”

En este mismo sentido, la Resolución N°638-2-97 emitida por el Tribunal Fiscal sostiene que: *“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado el comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.”*

Así también, el expediente N°01846-2005-PA/TC ha señalado en sus considerandos 7 y 8 que:

“7.De lo expuesto, se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación con el contrato de locación de servicios es el de la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a este último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo (poder sancionador o disciplinario).

8.Así, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte del comitente de impartir órdenes a quien presta el servicio, o en la fijación de un horario de trabajo para la prestación del servicio, entre otros supuestos, indudablemente se estará ante un contrato de trabajo, así se le haya dado la denominación de contrato de locación de servicios. Es decir que, si en la relación civil se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente en presencia de una relación laboral; más aún, si se aprecia que el comitente ha ejercido los poderes que le son inherentes al empleador, como son el poder de dirección y el poder sancionador, se estará ante una relación laboral que ha sido encubierta como un contrato de naturaleza civil, por lo que es en este caso de aplicación el Principio de Primacía de la Realidad.”

Podemos apreciar en los pronunciamientos citados que la doctrina y jurisprudencia se avocan a determinar la diferencia existente entre un contrato de trabajo y un contrato de Locación de Servicios, siendo este

último el más utilizado para la contratación encubierta de un trabajador con el fin de evitar costos. Además, los empleadores en su afán de escapar del Derecho Laboral, pueden celebrar otro tipo de contrato de prestación de servicios contemplado en la ley. Así el artículo 1756 del CC contempla los contratos típicos que se pueden celebrar con ocasión de una prestación de servicios. Este artículo establece taxativamente que:

“Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

- a. La locación de servicios.*
- b. El contrato de obra.*
- c. El mandato.*
- d. El depósito.*
- e. El secuestro.”*

En este sentido, cualquiera de los precitados contratos civiles, así como otros contratos innominados (al amparo del artículo 1757 del CC), son susceptibles de desnaturalización para el reconocimiento de una relación de trabajo, de ahí que el presente trabajo de investigación se refiera no sólo a los contratos de Locación de Servicios sino a las relaciones civiles en general.

Habiendo definido el contrato de Locación de Servicios y hecha la referencia a que este tipo de contrato no es el único que puede utilizarse por los empleadores que pretenden escapar del Derecho Laboral, se hace necesario revisar los elementos de referido contrato.

5.2. Elementos

La doctrina desarrolla como elementos los que se pueden inferir de la lectura del propio artículo 1764 del CC, que es el que define al contrato bajo estudio. A saber: la inexistencia de subordinación, la temporalidad y la retribución. En consecuencia, en los puntos siguientes nos avocaremos a desarrollar cada uno de los mencionados.

5.2.1. Inexistencia de subordinación

Beltrán Pacheco⁸⁰, sostiene sobre este elemento que: *“(...) la esencia del contrato de prestación de servicios recae en la autonomía del prestador o locador, quien tiene los conocimientos técnicos para lograr la satisfacción del interés del acreedor.”*

Así también, León Barandiarán⁸¹, citado por Jorge Beltrán, señala que: *“el contrato de locación de servicios regula las prestaciones de servicios que se caracterizan por la autonomía del prestador del trabajo frente a la voluntad del acreedor, las cuales debido a la inexistencia del elemento subordinación, no configuran un verdadero contrato de trabajo, razón por la que no son objeto de protección especial”.*

Referidos autores destacan la autonomía del locador, es decir, que este es libre en la prestación del servicio. En el marco de esta independencia, el locador es libre para poder convocar a terceros para poder cumplir con la tarea encargada. Claro está, este locador debe tener los instrumentos necesarios para la prestación de los servicios, de manera tal que no tenga necesidad de solicitar alguno al comitente. Cuando el locador llegue a recibir por parte del comitente cualquier elemento necesario para la prestación del servicio, podemos sostener que su independencia respecto a éste se ha perdido por lo que podría hablarse, según las circunstancias, de una subordinación.

Sobre este punto, además, debemos manifestar que el locador es contratado por el comitente por su capacidad y conocimientos especializados para la realización de los servicios, de manera tal que no es admisible en un contrato de locación de servicios recibir capacitación u

⁸⁰ Beltrán, Jorge, Op.cit., p. 155

⁸¹ León Barandiarán, José, "Contratos en el Derecho Civil peruano", Tomo 1. Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1965, p. 463. Citado por Beltrán, Jorge, Op. cit., p.155

orientación por parte del comitente durante la relación contractual. Si existiese esto nos encontraríamos ante una evidente subordinación, que podría llevar a la desnaturalización de este contrato.

Finalizamos con el criterio expuesto por Beltrán⁸² que señala que: *“Si bien es cierto el acreedor puede dar indicaciones o exteriorizar condiciones, estas podrán ser evaluadas por el sujeto deudor a partir de sus conocimientos y cumplidas o no, según sea el caso.”* Durante la ejecución de un contrato de locación de servicios puede -o más bien debe- haber indicaciones del comitente para que el servicio sea realizado a su satisfacción, no obstante, como bien señala Beltrán éstas deben ser asumidas por el locador a partir de sus conocimientos, sin vulnerar su autonomía. Esto nos lleva a pensar que debe existir un análisis de caso por caso para determinar la desnaturalización de estos contratos evaluando sus circunstancias.

5.2.2. Temporalidad determinada

Los artículos 1764 y 1768 del CC nos permiten extraer el elemento de la temporalidad, estableciendo éste último taxativamente que: *“El plazo máximo de este contrato es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado sólo puede invocarse por el locador.”*

La duración determinada por ley de este tipo de contrato, es con el fin de marcar diferencia con un contrato de trabajo. El contrato de trabajo debe ser, por regla y además por preferencia, una relación de tiempo indeterminado. Se ha establecido legislativamente un máximo de duración para este contrato a fin de evitar un encubrimiento de relaciones laborales. Así también se aprecia en la última disposición del artículo precitado, que el plazo en exceso sólo puede ser invocado por el locador, en este sentido,

⁸² Beltrán, Jorge, Op.cit. p. 157

si se ha excedido estos plazos el locador puede alegar, a criterio nuestro, que este contrato en realidad encubría una relación laboral.

5.2.3. Retribución

Sobre el particular, Beltrán⁸³ sostiene que: *“El derecho subjetivo del locador tiene por objeto el pago de la retribución comprometida, que implica una ventaja patrimonial del prestador del servicio en contraprestación a la labor efectuada. (...) Tampoco, el ARTÍCULO 1767 del Código Civil establece precisión alguna respecto de la naturaleza de la retribución. Solo indica un criterio supletorio en caso no se haya señalado la retribución en el contrato. Así establece que: “Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados”.*”

Nada impide que la retribución de un locador de servicios se realice con bienes, en aplicación de la autonomía de la voluntad de las partes. Así tampoco nada impide que un contrato de trabajo tenga una retribución en especie, razón por la cual se puede determinar la existencia de una relación laboral como consecuencia de la desnaturalización de un contrato de Locación de Servicios o de cualquier contrato de prestación de los mismos, así la retribución sea en especie.

⁸³ *Ibíd.* p. 158

CAPÍTULO II

LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

1. EL ENCUBRIMIENTO DE LAS RELACIONES LABORALES

Las relaciones laborales tienen una definición clásica. Ésta es aquella que a lo largo de los años se ha podido enseñar en las aulas universitarias y aquella que ha inspirado la legislación laboral no sólo en nuestro país, sino a nivel internacional. La definición clásica a la que hacemos referencia es aquella que involucra la prestación de servicios personal, subordinada y remunerada, realizada en favor de un tercero.

Sin embargo, en la actualidad existen muchos factores que vienen determinando una transformación que tiene como efecto que ésta concepción de relación laboral se vea menos en la realidad. A esto ya los juristas le han denominado la “huida del Derecho del Trabajo”, la misma que grafica el proceso de deslaborización y las transformaciones ocurridas en las últimas décadas.⁸⁴

Ciertamente, para lo que es materia del presente trabajo, la utilización de los contratos civiles para ocultar relaciones laborales constituye, para nosotros, una “huida del Derecho Laboral”. Una huida a reconocer la protección contra el despido, a reconocer una remuneración mínima, una jornada de trabajo máxima, al pago de beneficios sociales, entre otros.

Al respecto, debemos manifestar que la labor de la OIT ha sido importante en esta materia. La Recomendación que es materia de análisis en el presente trabajo, ha señalado en su cuarto considerando como uno de los motivos que llevan a emitir referido instrumento a: *“las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y las obligaciones respectivas de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o*

⁸⁴ Rodríguez, Miguel, “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, en: Relaciones laborales N°18, Madrid, 1996, p. 3.

cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;”, reconociendo de esta manera, a criterio nuestro, la deslaboralización de las relaciones.

De la misma manera, la doctrina reconoce muchos otros factores que incentivan la deslaboralización de las relaciones mucho más trascendentes y amplias, como son los cambios que se realizan para hacer viable determinada política económica.

Así, Jorge Toyama⁸⁵ ha señalado al respecto que: *“Las modificaciones legislativas que reconocen figuras no laborales de promoción y capacitación o aquellas que se encuentran en zonas intermedias del Derecho Laboral (...), la propagación de figuras de subcontratación o intermediación laboral, el proceso de desregulación estatal, el reconocimiento de la voluntad constitutiva contractual a las partes para establecer una relación no laboral, el crecimiento del estatuto de profesionales y especialistas que prestan servicios sin la atipicidad del contrato laboral, pero con la ajenidad del mismo (los llamados “cuentapropistas”), (...), han determinado por erosionar el tradicional ámbito de protección del Derecho del Trabajo; el trabajo subordinado típico por cuenta ajena.”*

Concordamos plenamente con precitado autor. Las políticas económicas de impulso empresarial, promoción del consumo, de las exportaciones, del comercio, entre otros, obligan al legislador a establecer un marco normativo laboral que vaya acorde a tal realidad y procure que la contratación para la prestación de servicios se flexibilice al punto de alterar la concepción clásica de relación laboral, pudiendo afectar los derechos laborales de quienes los prestan. Es en este punto que resulta sumamente importante invocar el Principio de Primacía de la Realidad, el mismo que servirá para reconocer una relación de trabajo con la concurrencia de sus elementos esenciales; elementos que hemos revisado en puntos anteriores.

⁸⁵ Toyama, Jorge, Op.cit, pp. 97-98

Visto esto, lo que es relevante para el presente trabajo de investigación es la “huida” del Derecho Laboral de la que hablan los autores orientada a la contratación laboral tras los contratos de naturaleza civil. Esa es la “huida” que estamos analizando. En este sentido, nos hacemos la pregunta: ¿qué lleva a un empleador a emprender esta huida del Derecho del Trabajo para esconderse tras una relación civil? Creemos que la respuesta está en los factores que dan origen al muy estudiado fenómeno de la informalidad, lo que nos lleva a analizar este tema de manera más profunda en los puntos sucesivos. Sin embargo, para adelantar el resultado de nuestro análisis podemos señalar que existen muchos costos que van coadyuvar a que este fenómeno continúe o se incremente.

1.1. La informalidad

La informalidad no es una materia que se deba tocar aislada del Derecho del Trabajo sino más bien se encuentran fuertemente unidos. No se puede hablar o tratar temas de Derecho del Trabajo para los efectos de establecer una regulación sino se tiene en consideración el fenómeno de la informalidad que aqueja no solo a nuestro país sino a muchos otros. Legislar sobre Derecho del Trabajo tendrá un impacto directo sobre las empresas y las personas, las mismas que realizarán un análisis de costo beneficio para decidir si cumplen o no con la regulación.

Este fenómeno no se ha desligado de la materia laboral, de hecho, la OIT ha dedicado muchas publicaciones a abordarlo y hasta ha emitido un instrumento que en exclusiva ha establecido una serie de medidas a ser tomadas en consideración por los países miembros. Ésta es la Recomendación N° 204 sobre la Transición de la Economía Informal a la Economía Formal.

La OIT se ha preocupado incluso en crear un programa especial para analizar esta problemática, que es el FORLAC, el Programa de Promoción

de la Formalización en América Latina. Este programa tiene como funciones las siguientes⁸⁶:

“- Genera conocimiento sobre las dimensiones y la naturaleza de la informalidad, para tomar decisiones adecuadas.

- Asesora y brinda asistencia técnica en el diseño de estrategias integrales a nivel nacional y local.*
- Capacita a funcionarios del Estado, a organizaciones de empleadores y de trabajadores.*
- Apoya el fortalecimiento de la capacidad institucional con que cuentan los países.*
- Promueve el intercambio de experiencias exitosas en la región y en el mundo.*
- Sensibiliza a los actores de la economía y la sociedad sobre la necesidad de tomar medidas específicas.”*

Refiere la OIT, que la informalidad es un obstáculo para que los trabajadores tengan un trabajo decente. Esto no puede ser menos cierto. Si nos encontramos en una economía informal no habrá incentivos para el cumplimiento de las disposiciones sobre los derechos laborales. Precisamente lo que busca el informal es tener menos control del Estado, por lo que tratará de integrarse lo menos posible a la formalidad para evitar crear espacio para ser fiscalizado. Esto trae consigo una falta de control que se traduce en “pase libre” para la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores por parte de sus empleadores, situación que deja en letra muerta la regulación sobre Derecho del Trabajo. He ahí la necesidad de crear condiciones para la formalización de la economía.

El Perú, es evidente, se encuentra en una situación lamentable en cuanto a la informalidad. Según la Sociedad Nacional de Industrias, ésta se encuentra en ascenso. Expresándonos en números, según ésta entidad, el nivel de informalidad en nuestro país asciende al 73.2%; esto es que

⁸⁶ <https://www.oitcinterfor.org/hechos-noticias/forlac-programa-oit-formalizaci%C3%B3n-informalidad> 06/12/2016

más de 11 millones 600 mil trabajadores no gozan de derechos laborales⁸⁷. Esta cifra, por supuesto es alarmante y nos obliga a analizar las causas de este fenómeno que tiene como una de sus manifestaciones la utilización de modalidades contractuales no laborales, que es lo que precisamente nos interesa para efectos de la presente investigación.

Así mismo, la OIT se ha preocupado en elaborar gráficos que reflejan el nivel de informalidad a nivel nacional para nuestro caso. Es importante llevar a cabo un análisis descentralizado de la situación de este fenómeno pues no todas las regiones tienen el mismo nivel de desarrollo económico ni tienen las mismas actividades productivas. De hecho, en muchos países las políticas de empleo suponen diferentes tratamientos por cada una de sus regiones atendiendo a la realidad del mercado laboral de cada una. Una de las diferencias principales es el hecho de establecer salarios mínimos de acuerdo a las condiciones de cada región, lo que demuestra la necesidad de realizar un análisis por regiones.

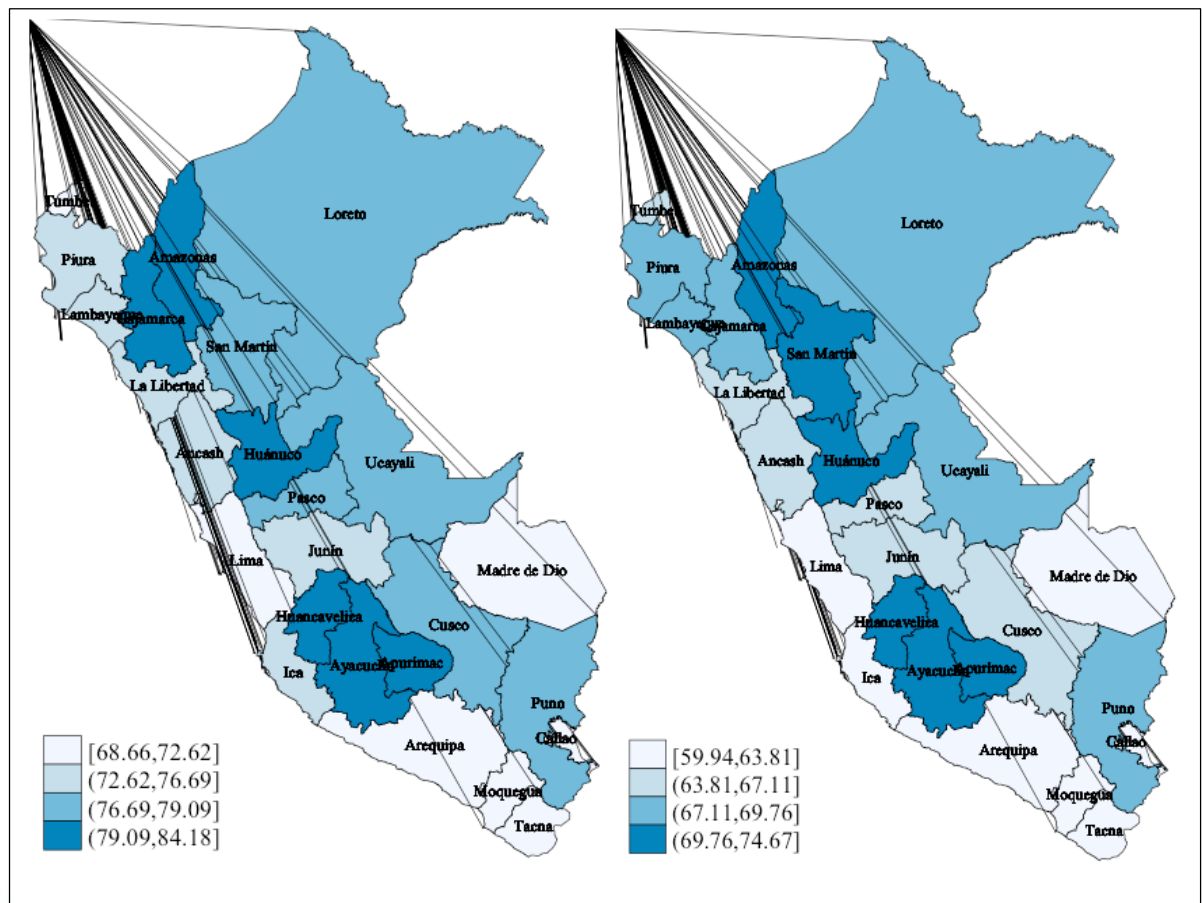
En este sentido, no se puede concebir una política económica que implique reformas al sistema laboral de un país, sin que se haya realizado una análisis profundo por cada región del mismo. Esto implicará analizar la situación económica de cada una, las actividades económicas que realizan, sus usos y costumbres, además de analizar el grado de acercamiento que tiene el gobierno a ellos para conocer cómo es que actuarían los ciudadanos antes un cambio en la política laboral.

Dicho esto, reproducimos a continuación el gráfico de nuestro país relativo a la informalidad que ha elaborado la OIT.

⁸⁷ <http://gestion.pe/economia/se-frena-reduccion-informalidad-peru-crece-732-2015-alerta-sni-2162171> 23/11/2016

Gráfico N°1

Tasas de informalidad departamental en 2011 (izq.) y 2020 (der.)



Fuente: Elaboración Propia. Tomado de: Dávalos, Jorge. Modelo de Proyección del Empleo para el Perú.⁸⁸

Las regiones que tienen los colores más oscuros son aquellas que son catalogadas como las que mayores índices de informalidad tienen. Es de verse que estas regiones son las que se encuentran más alejadas de la costa y son aquellas que tienen un menor desarrollo productivo en comparación a referida región del país. Del lado izquierdo del gráfico se podrá apreciar la proyección al 2020 de la informalidad en nuestro país, la misma que muestra un tendencia a ser reducida.

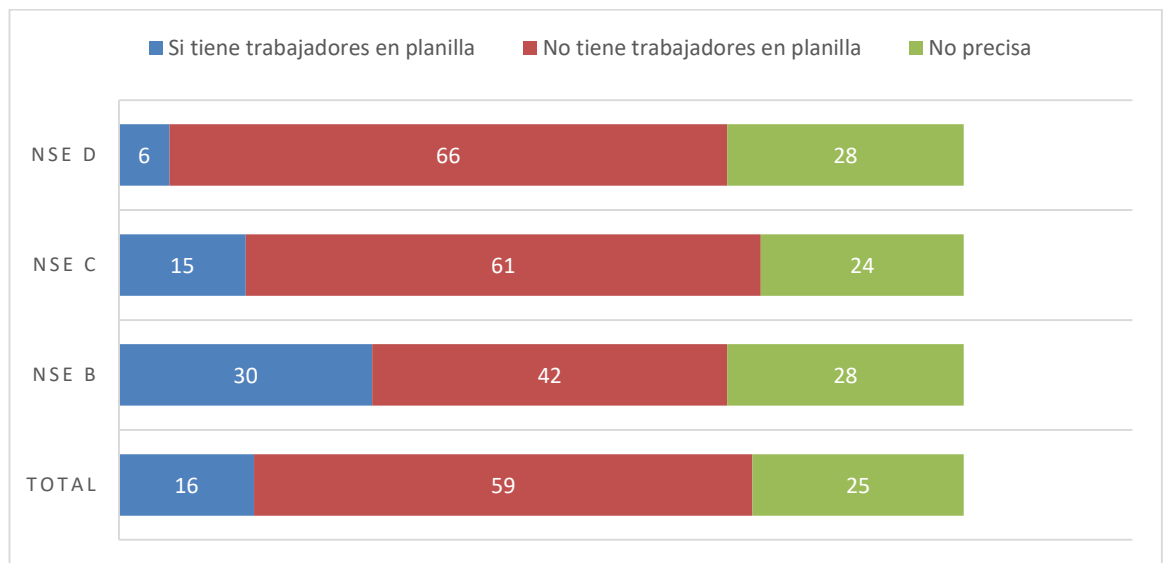
Otros estudios elaborados por la OIT en materia de formalidad, han aplicado en específico un estudio sobre los emprendedores de la ciudad

⁸⁸ Dávalos, Jorge, Modelo de Proyección de Empleo para el Perú, Lima: OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2013. p.33.

de Lima, para conocer todo aquello que les ha creado el incentivo negativo de optar, en la mayoría de los casos, por ser informal. En este sentido, a continuación, reproducimos un gráfico estadístico sobre lo que han podido descubrir en relación al grado de formalidad del trabajo en referida ciudad.

Gráfico N°2

Cumplimiento de normativa laboral según nivel socioeconómico del empleador



Total entrevistados: 301.

Fuente: Elaboración Propia. Tomado de: Perfil del emprendedor informal limeños. OIT.⁸⁹

Como se podrá apreciar del gráfico precedente, es en los sectores económicos más bajos donde se encuentra los mayores índices de informalidad. Es decir, en los sectores económicos en los que menor poder adquisitivo existe hay una mayor vulneración de los derechos laborales. Esto puede deberse a que son estos sectores los menos informados sobre la legislación y en consecuencia los que menos la cumplen. Así también esto puede ser muestra con la carencia de recursos, los emprendedores no pueden cumplir con la legislación por los costos que esta impone.

⁸⁹ OIT, Perfil del emprendedor informal limeño, Demografía, percepciones y actitudes, Lima: OIT, OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, 2014. P.18

La informalidad ha sido definida en varias ocasiones por los estudiosos de la materia y entidades nacionales e internacionales que dentro de sus funciones y atribuciones han encontrado a este fenómeno como un obstáculo para el desarrollo de sus fines.

Para Hernando de Soto en palabras de Norman Loayza, el Sector Informal: *“(...) está constituido por el conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen la actividad económica. Por lo tanto, pertenecer al sector informal supone estar al margen de las cargas tributarias y normas legales, pero también implica no contar con la protección y los servicios que el estado puede ofrecer.”*⁹⁰

Para la OIT, con una definición más amplia dada para en la Recomendación N° 204⁹¹, estableció que la economía informal:

“a) hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que — en la legislación o en la práctica — están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto, y b) no abarca las actividades ilícitas, en particular la prestación de servicios y la producción, venta, posesión o consumo de bienes prohibidos por la legislación, incluyendo la producción y el tráfico ilícitos de estupefacientes, la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, la trata de personas y el blanqueo de dinero, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes.”

Sin embargo, la definición de la informalidad y su aplicación a la materia laboral, ha atravesado por una serie de cambios impulsados por los investigadores atendiendo a la dificultad para encontrar variables para su medición. Así también, se atribuyeron distintas causas de este fenómeno, lo que mismo que llevó a hacer análisis más profundos. En un principio el

⁹⁰ Loayza, Norman, Causas y Consecuencias de la informalidad en el Perú, Estudios Económicos del BCRP, Tomado de:

<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf> 23/11/2016

⁹¹ Artículo 2 incisos a) y b)

Programa Regional de Empleo en América Latina y el Caribe (PREALC) de la OIT dirigido por Víctor Tokman, atribuyó como causa de la informalidad al *“funcionamiento de los mercados de trabajo y el grado de desarrollo de los países”*⁹². Posteriormente, Hernando de Soto, Enrique Ghersi y Mario Guibellini⁹³, sostuvieron que la informalidad obedecía a causas legales e institucionales. Luego, en la 15ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo (CIET) se hicieron dos definiciones: “empresas del sector informal” y “empleo en el sector informal”; las empresas del sector informal son aquellas que producen bienes, no tienen independencia legal, tienen trabajadores, siendo estos últimos los que tienen “empleo en el sector informal”. Posteriormente, en la 17ª Conferencia Internacional de Estadísticos del Trabajo de 2003, se conceptuó al “empleo informal” subdividiéndolo en: empleo informal en el sector informal, empleo informal en el sector formal y empleo informal en el sector de los hogares.⁹⁴

A todo esto, no es materia del presente trabajo sustentar el por qué de la inclinación por una u otra definición de informalidad. Consideramos, al margen de la definición que se le quiera dar a este fenómeno, que con las definiciones que hemos esbozado en los párrafos precedentes podremos apreciar que es imposible separarlo del Derecho Laboral en tanto están directamente ligados. La OIT se ha avocado a esta problemática y ha emitido un instrumento internacional contemplando una serie de disposiciones para los efectos que los países miembros procuren una transición a una economía formal. Estas disposiciones radican en la eliminación de barreras y la reducción de costos para emprender la empresa, así como el reforzamiento de los derechos a la seguridad social y los derechos colectivos de trabajo.

⁹² OIT, Desarrollo productivo, formalización laboral y normas del trabajo: áreas prioritarias de trabajo de la OIT en América Latina y el Caribe, Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016. (OIT Américas, Informes Técnicos, 2016/4), p. 62

⁹³ *Ibíd.*, p.63

⁹⁴ *Ibíd.*, p. 64

Para estos efectos, el estudio del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) realizado por Loayza nos parece apropiado y confiable para los efectos de conocer cuáles son las causas de este fenómeno. La OIT a lo largo de la Recomendación N° 204 ha establecido que la problemática referida a la informalidad merece un análisis específico por cada país miembro, de ahí que los Principios Rectores de este instrumento establecen que al formular estrategias para hacer la transición deberá tenerse en cuenta una serie de situaciones propias de cada miembro, motivo por el cual un estudio publicado por el Centro de Estudios del BCRP es idóneo para establecer, por lo menos de manera general, las causas de este fenómeno creciente en nuestro país.

El estudio en referencia tiene como conclusión que, entre otros, un marco normativo que agobia a las empresas formales, es causante de la informalidad en el país. Esto en sí resulta ser muy amplio por lo que complementándolo con lo recogido en la Recomendación N° 204, logra darnos una idea lo que anda mal en nuestro país. El artículo 25 inciso a) y b) hablan de la reducción de costos de para la creación de micro y pequeñas empresas y sobre la reducción de costos de cumplimiento para el pago de tributos. El artículo 7 literal k) establece como principio contar con un enfoque equilibrado que convine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación. Así también el artículo 28 establece que los miembros deben adoptar medidas para asegurar el suministro efectivo de información y prestación de asistencia para el cumplimiento de la legislación a los actores.

De otro lado, la OIT en su informe 2016/4 ha establecido como estrategias de los miembros para lograr una transición a un economía formal las relativas a formalizar el trabajo en la micro y pequeña empresa, establecer regímenes de simplificación tributaria, estrategias de inspección, formalización del empleo juvenil y la formalización del empleo doméstico⁹⁵.

⁹⁵ OIT, op. cit., pp. 82-83

Esto nos permite concluir que el fenómeno de la informalidad en general y en materia laboral está causado principalmente por: el tiempo y la información que demanda ponerse a derecho. Tiempo destinado a la realización de trámites, información relativa al asesoramiento necesario para realizarlos. Estas causas serán ampliadas en los siguientes títulos. Sin embargo, previamente se hace necesario conocer algunos conceptos de naturaleza económica que han sido introducidos al Derecho a través de la corriente del Análisis Económico del Derecho; estos conceptos son el análisis del costo beneficio y la eficiencia.

1.2. Costo beneficio y eficiencia

Las personas racionales son influenciadas en todas sus decisiones por los incentivos que se crean comparando los costos y los beneficios que les procura cada conducta. Este ejercicio se ha hecho tan natural en nosotros que puede que ya no lo percibamos, pero ello no implica que lo dejemos de realizar en algún momento. Esto también trae consigo el concepto de “agente maximizador de beneficios” que dicta que el agente económico siempre tenderá a producirse mayor utilidad o beneficio con sus decisiones teniendo en consideración sus limitados recursos.⁹⁶

Sin embargo, surge la necesidad de abordar, en primer término, el concepto de costo. Existen dos nociones de costo: el objetivo y el subjetivo⁹⁷. El primero de ellos, es el valor material del objeto que se representa en sí mismo; el mismo que se obtiene del análisis de cada uno de sus componentes. Es así, que podríamos determinar el costo objetivo de una computadora en el valor de sus materiales, de la mano de obra,

⁹⁶ Sánchez, Gustavo, Introducción a la teoría económica, Un enfoque latinoamericano, Edit. Pearson Education, segunda edición, México DF, 2006, p. 10

⁹⁷ Gherzi, Enrique, Transcripción de la Conferencia dictada el 19 de febrero de 2010 en el Auditorio Milton Friedman, Universidad Francisco Marroquín. Tomado de: <http://articulos.gherzi.com/2011/08/capitulo-2-el-costode-la-legalidad/> 23/11/2016

de distribución, de almacén, etc. Mientras que el costo subjetivo o costo de oportunidad, se define como lo que se deja de hacer por realizar otra actividad, o, como lo señala Mankiw⁹⁸: *“el costo de oportunidad de una cosa es aquello a lo que renunciamos para conseguirla”*. Dejar de enseñar para ejercer la abogacía, donde el costo de esto último será el dejar de enseñar, por ejemplo.

Cotidianamente, nos referimos al costo de algo entendiendo por este el costo objetivo; sin embargo, en términos económicos el verdadero costo de algo obedece al concepto de costo subjetivo.

Hacer una distinción en los tipos de costo, como sostiene Ghersi⁹⁹, implica que para los que se adhieren a la corriente subjetivista de este, el costo no va a ser el mismo para todos.

El cumplimiento de la ley también está sujeto a la decisión de las personas. Estas se enfrentan primero a una disyuntiva y responden a los incentivos dados realizando un análisis de costo beneficio; como si se tratara de cualquier decisión cotidiana. Esto también obliga al Estado a realizar este análisis, como en efecto existe la obligación de establecer en un proyecto de ley el análisis costo beneficio de la norma. Sin embargo, tal disposición viene siendo entendida de mala manera por los legisladores quienes suelen manifestar que *“la norma no generará ningún costo para el país y generará varios beneficios”*, sin realizar un verdadero análisis previendo la conducta de los agentes.

Bullard precisa, tocando el tema de la intervención del Estado, que en el análisis costo beneficio *“lo que se persigue (...) es identificar por qué los individuos actuamos de una manera, para saber si las reglas legales van a ayudar o no a alcanzar la eficiencia”*, ejemplificando: *“las normas legales puede ser vistas como costo y la sanción de la norma como un precio; entonces, si decimos que pasarse una luz roja tiene una multa, tendremos que el precio de pasarla será el monto de la multa multiplicado por la*

⁹⁸ Mankiw, Gregory, Principios de Economía, Edit. Cengage Learning, sexta edición, México DF, 2012, p. 5

⁹⁹ Ghersi, Enrique, op.cit.

probabilidad de que un policía este en la esquina y detecte nuestra infracción. Si quisiéramos reducir los cruces de luces rojas aumentaremos la multa (como ocurre en el mercado): a mayor precio, menor cantidad demandada, bajará el cruce de luces rojas al subir la sanción de la norma.”¹⁰⁰

En esa línea, desde el punto de vista jurídico, las personas y el Estado cumplen o deben cumplir con realizar el mencionado análisis; las primeras para decidir si cumplen o no con la norma y el último para determinar si decide o no regular una conducta. Y, ¿por qué simplemente no se cumplen las normas? Porque estas aparte de representar un costo pueden ser ineficientes.

La eficiencia en un concepto recurrente en la teoría económica, pues es un ideal lograrla en la sociedad. En general, por eficiencia se entiende aprovechar al máximo los escasos recursos existentes. Sin embargo, la noción más difundida de eficiencia es la proclamada por Wilfredo Pareto con el Óptimo de Pareto, el mismo que señala *“que una situación será óptima, es decir, inmejorable, cuando dados los recursos existentes no es posible que alguien mejore salvo que otro empeore”*.¹⁰¹

Vivimos en una sociedad donde los recursos son escasos por lo que no estamos en posición para desperdiciarlos. De la misma manera, el Derecho no puede propiciar este desperdicio en la redistribución de los recursos, por lo que su función se centra en acrecentar los beneficios de la sociedad, evitando el desperdicio e incentivando conductas que nos conduzcan a esta ideal situación de eficiencia.

Muchas veces, el incumplimiento reiterado de una norma por parte de los ciudadanos es indicio de su ineficiencia. Es decir, se puede determinar que hay un problema con esa norma que hace que esta no sea respetada y el agente decida, a su costo, transgredirla una o varias veces. Con esto no se está señalando que el incumplimiento de la norma siempre sea por

¹⁰⁰ Bullard, Alfredo, Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales, Edit. Palestra Editores, Segunda edición, Lima, 2006, p. 46

¹⁰¹ Ibíd, p. 43

causa de un problema en ella misma, sino también a otros factores como la capacidad de fiscalización del Estado para que esta sea cumplida¹⁰². Por ejemplo, en el escenario en que las normas de tránsito en el país cambien a más rigurosas y el ente supervisor del cumplimiento de ellas, la Policía Nacional del Perú, no asigne efectivos policiales para su control en algunas localidades. Esas normas probablemente serán incumplidas por los ciudadanos de tales lugares, dado que la probabilidad que sean sancionados multiplicado por el monto de la multa es igual a cero. Entonces, entenderán que el costo de pasarse una luz roja es igual cero soles.

En este sentido, no se puede desconocer que las personas realizamos de manera tuitiva y permanente un análisis de costo beneficio al momento de tomar cualquier decisión. El cumplimiento de las normas es una decisión del ciudadano, lo que permite concluir que si en el cumplimiento de una norma el costo es inferior a su beneficio, entonces la norma será cumplida; de lo contrario ésta no lo será. Esta regla es de aplicación a las normas del Derecho del Trabajo. Normas que exceden en costo a los beneficios y una capacidad de fiscalización deficiente por parte del Estado, son los principales factores que podrían afectar el cumplimiento de la legislación laboral; motivo por el cual hacer eficiente esta legislación tendrá como resultado reducir la informalidad y la contratación fraudulenta de los trabajadores con contratos civiles.

1.3. El tiempo y la información

Se entiende, erróneamente que cumplir con las normas es gratuito y, por tanto, que quien deba cumplirlas no debe invertir nada. Se piensa que la norma, por ser norma, se debe cumplir necesariamente y que no existe alternativa. Esto, motiva a las autoridades a emitir normas y retirar normas, muchas veces ineficientes, sin el menor análisis, sin prever la

¹⁰² Ibid, p. 48

conducta de los agentes regulados, sin realizar un análisis costo beneficio de ellas; lo que provoca una suerte de improvisación en la creación del derecho positivo.

Estas ineficiencias podrían ser solucionadas por el uso de los conceptos de las ciencias económicas, como ciertamente muchas veces se utilizan, pero existen también las normas dadas sin utilizarlas y que crean ineficiencia, y en consecuencia, su incumplimiento.

La ley, es una fuente del Derecho que regula las conductas de las personas. Es muy simple emitir una de ellas para solucionar un problema en la sociedad, sin embargo, también deja mucho espacio para la emisión de normas ineficientes que no cumplen con su finalidad. Ya sea que estas no crean los incentivos para que sean cumplidas, el costo de su cumplimiento exceda su beneficio o cualquier otra razón.

Desarrollando el punto de vista objetivo de costo entenderemos que el incumplimiento de la norma se da porque demanda mucho tiempo e información; *contrario sensu*, una norma será cumplida en la medida en que demande menor tiempo e información. Esta teoría de costo relacionada con el tiempo e información fue introducida por el profesor Ronald Coase¹⁰³, quien introdujo el concepto de los “costos de transacción” señalando que incurrimos en estos cuando deseamos utilizar el mercado para realizar cualquier operación; es decir, contratar o cumplir con alguna disposición nos cuesta más de lo que nosotros efectivamente paguemos. Nos cuesta obtener información para saber con quién contratar, para informarnos sobre cómo contratar, sobre qué puedo contratar, sobre cómo es que debo cumplir mis obligaciones, sobre qué es lo que establece la norma, sobre qué requisitos debo cumplir, sobre cuánto me costará cumplir con los requisitos, etc. Igualmente buscar toda esta información requiere tiempo el mismo que puede resultar valioso.

¹⁰³ Bullard, Alfredo, op.cit. p.104

Además, según Coase¹⁰⁴, la función del Derecho es reducir el tiempo e información para decidir con mayor seguridad, es decir, estando seguro de la consecuencia que acarreará nuestra conducta. Nos reducirá suficiente tiempo e información al momento de celebrar un contrato de arrendamiento de un bien consultando el capítulo dedicado a este contrato en el CC. Ya sabremos donde encontrar la información necesaria para decidir si arrendar o no y a nuestro alcance, por lo que no necesitamos buscar en otro lado esos datos.

Dicho esto, y llevándolo a un ejemplo de la realidad, suele ponerse una serie de requerimientos previos a aperturar un negocio, representando cada uno de ellos tiempo e información para ser cumplidos. ¿No es eso suficiente para desincentivar el negocio?

Cuando el costo de transacción en el mercado es muy alto, es muy probable que el negocio no se dé. Lo mismo sucede con el cumplimiento de la norma, es tal la cantidad de tiempo e información que se requiere que lo único que se podría lograr es desincentivar el negocio o llevarlo a cabo de manera informal, contratando trabajadores también, probablemente, de manera informal.

En esta línea, la OIT ha reconocido en una de sus investigaciones, la importancia que tiene reducir los costos en tiempo e información en la transición de la informalidad a la formalidad. Así, el trabajo en referencia, estuvo centrado en analizar el emprendimiento de los ciudadanos limeños y su relación con la informalidad. Este estudio arrojó resultados interesantes que dan cuenta de lo importante que son los costos al momento de decidir entre ser o no formal. Así este estudio estableció que:

“Un importante motivo por el que operan este tipo de negocios es porque, de momento, los ayuda a subsistir y amparar a sus familias, pues como la mayoría de ellos afirma, los negocios informales benefician la economía familiar antes que la economía del país (52%). Sin embargo, existen maneras de mitigar esto a través de las instituciones estatales, pues la

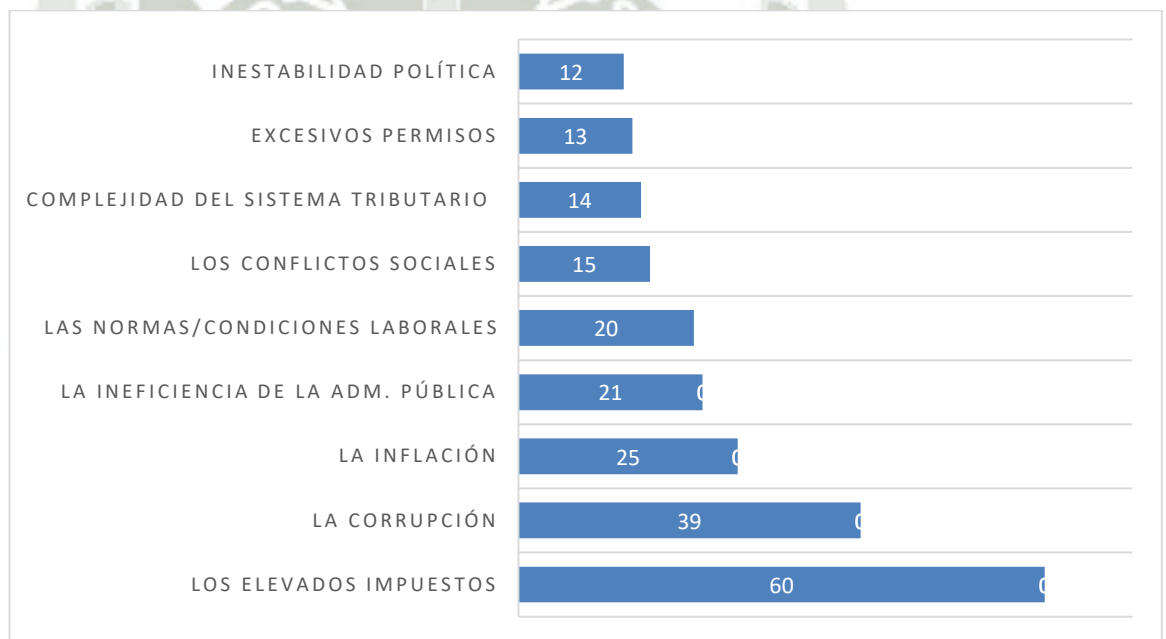
¹⁰⁴ Ídem.

principal razón por la cual ellos creen que la economía informal persiste, son los procesos largos y costosos que se requieren para ingresar al sector formal (61%), en segunda instancia los elevados impuestos (50%) y, tercero, la falta de orientación para las empresas informales (40%).”¹⁰⁵

Como información adicional, este trabajo, esta vez sobre los factores que afectan el emprendimiento, contiene un gráfico sobre la base de la aplicación de los resultados de la investigación que tuvo como unidad de estudio a los ciudadanos limeños.

Gráfico N°3

Factores del entorno nacional que afectan el desarrollo de su emprendimiento



Fuente: Elaboración Propia. Tomado de: Perfil del emprendedor informal limeño. OIT.¹⁰⁶

La OIT no ha recogido la reducción de costos para la creación de micro y pequeñas empresas y sobre la reducción de costos de cumplimiento para el pago de tributos, contar con un enfoque equilibrado que convine incentivos y medidas de cumplimiento de la legislación, ni tampoco adoptar medidas para asegurar el suministro efectivo de información y

¹⁰⁵ OIT, Op.cit., p.22

¹⁰⁶ OIT, Op.cit., p. 25

prestación de asistencia para el cumplimiento de la legislación como disposiciones irrelevantes o tentativas, sino que esta organización internacional es consciente que la información y el tiempo es fundamental para lograr la transición a la formalidad y con esto lograr un trabajo decente. De manera tal que consideramos estos dos criterios como esenciales y determinantes en la decisión de un empresario para utilizar una contratación civil vulnerando con esto los derechos laborales del trabajador.

Esto además encuentra sustento es un estudio elaborado por las Naciones Unidas a través del CEPAL, el mismo que recoge el hecho que pese a que existen en nuestro país muchas empresas reportadas ante la administración tributaria como empresas formales, estas no se acogen al régimen de la micro y pequeña empresa. Así, este estudio señala:

“La formalidad habría aumentado a partir del bienio 2003-2004, tanto a nivel de empresas como de empleo. La cantidad de micro y pequeñas empresas que podrían clasificarse como formales en virtud del registro en la SUNAT se ha incrementado desde 2004. Sin embargo, muy pocas de estas empresas se habrían acogido a la Ley MYPE, según información del Registro Nacional de la Micro y Pequeña Empresa (REMYPE), a pesar de las menores obligaciones laborales del Régimen Especial Laboral introducido por la Ley MYPE de 2003 y flexibilizado aún más en 2008.”¹⁰⁷

Lo anterior es claro testimonio de la falta de provisión de información en nuestro país. Existe mucha desinformación en relación a los beneficios que puede otorgar la legislación de la micro y pequeña empresa que de alguna manera reduce la barrera de la formalidad y permiten a muchos acogerse a éste régimen reduciendo costos. Sin embargo, la labor del Estado es muy pobre en esta materia y contribuye a aumentar los índices de informalidad en el país.

¹⁰⁷ Díaz, Juan, En: Hacia un desarrollo inclusivo. El caso del Perú, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2014, p.174

2. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA LEGISLACIÓN LABORAL PERUANA

Consideramos, como hemos visto anteriormente, que toda decisión humana es tomada tras la realización de un análisis de costo beneficio. Este análisis se lleva a cabo para determinar si los costos de realizar determinada acción son mayores a sus beneficios. Este ejercicio es intuitivo, de manera que todos nosotros lo hacemos de manera inconsciente, pero nunca lo dejamos de realizar. Las decisiones son tomadas cotidianamente, de manera que desde decidir qué producto comprar en el supermercado o qué medio utilizar para asistir al trabajo, son decisiones que tomamos considerando los costos y beneficios de cada una de ellas. Y, a todo esto, debemos manifestar que la Ley también trae consigo un costo para su cumplimiento.

La legislación laboral es un conjunto de normas que regulan las relaciones de trabajo entre quienes prestan servicios y los beneficiarios de estos, de manera tal que se hace necesario hacer un análisis de estas normas para conocer sus niveles de eficiencia, y con esto conocer por qué es que nos encontramos ante niveles tan altos de informalidad laboral: por qué nadie paga beneficios sociales, nadie pone en planilla a sus trabajadores, y lógicamente, por qué es que ocultan una relación de trabajo con un contrato civil. Para realizar este análisis nos valdremos de la teoría económica.

Así, se pueden realizar tantos análisis económicos como cantidad de normas de Derecho Laboral existan. Sin embargo, existen algunos temas que consideramos relevantes al momento de realizar la contratación de un trabajador por parte de una empresa, y que ésta última luego de hacer un análisis de la norma laboral, decidirá si contrata de manera legal o fraudulenta al prestador de servicios. Los temas que hemos considerado son la remuneración mínima vital, el despido y los costos administrativos

de las contrataciones. Estos temas serán abordados en los párrafos siguientes.

2.1. ¿Debe existir una remuneración mínima?

El sueldo o salario mínimo es un tema que enfrenta a economistas, abogados y políticos, principalmente. Cada uno de ellos tendrá una posición distinta frente a esta materia y son ellos los que la discuten cuando en nuestro país se habla que un aumento de sueldo debe hacerse o está por hacerse. Los economistas, según las fuentes revisadas, tienen una posición marcada respecto a este tema y sostienen, casi en su mayoría, que el salario o sueldo mínimo no debería existir. En el caso de los políticos, estos primero analizarán la coyuntura política y el impacto en las personas, pero, casi siempre les interesará elevar este monto; mientras que, en los abogados, al igual que la mayoría de las materias jurídicas, encontrarán motivos para discrepar los unos con los otros respecto a la existencia de una remuneración mínima.

La existencia de una remuneración mínima, consideramos, que es una de aquellas situaciones “escrita en piedra” pues se nos ha acostumbrado a creer que es necesaria, o tal vez indispensable. Sin embargo, esto puede no ser así. Varios estudios económicos, no solo llevados a cabo por economistas sino también por abogados, pueden llevar a cambiar esta idea o por lo menos cuestionarla.

Varios autores, consideran que no debe existir una remuneración mínima atendiendo a que esto afecta al mercado. Señalan que el mercado, concebido como el punto de intercambio entre compradores y vendedores, es capaz de establecer el valor por el que los trabajadores prestarán sus servicios a sus empleadores. Esto es, la ley de oferta y demanda establecerá un valor y no el Estado, siendo que las partes del contrato negociarán y establecerán un precio. Los que se adhieren a esta corriente de pensamiento sostienen que no se puede establecer un piso

o valor mínimo de remuneración atendiendo a que los costos de producción van a depender de cada empleador de acuerdo a muchos factores, como por ejemplo su ubicación, lo que determinaría un mayor o menor costo de vida, por lo que establecer un salario mínimo a nivel nacional lo único que podría ocasionar es que en algunos casos el monto de la retribución sobrepasará la producción alcanzada. Esto ocasionaría una distorsión más en el mercado laboral, y sería uno de los factores que coadyuvaría a que la informalidad sea cada vez mayor.

El Centro de Estudios Económicos del BCRP ha concluido algo similar como aparece en un trabajo elaborado por Nikita Céspedes. Este estudio tenía por fin evaluar los efectos de establecer un salario mínimo en el país. El autor, luego de hacer un análisis técnico en materia económica, arriba a varias conclusiones que vale la pena recoger. La primera de ellas, según sostiene, es que luego de un estudio empírico se permite sugerir que un incremento de la remuneración mínima vital tendría efectos o costos en términos de pérdida de empleos formales¹⁰⁸. Esta pérdida se daría atendiendo a que sería complicado económicamente cumplir con el pago de una remuneración mínima vital mayor a un trabajador formal, por lo que éste se quedaría sin empleo por un despido o este continúa siendo empleado por la empresa pero con una remuneración menor, esto es de manera informal.

Esto es de vital importancia, en tanto el vínculo que tendría un empleador con su trabajador por el que se le abona a este último una remuneración menor a la mínima vital, tendría que tener la apariencia de un vínculo de naturaleza civil, en tanto éste no podría mantenerlo en planillas y reconocerle beneficios sociales de acuerdo a ley con una remuneración menor. De esta manera, el empleador que considere muy alta la remuneración mínima vital en función a la producción del trabajador, podría retirarlo de planillas y solicitarle que le emita recibos por honorarios,

¹⁰⁸ Céspedes, Nikita, Efectos del salario mínimo en el mercado laboral peruano, Tomado de: <http://200.37.165.6/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/13/Estudios-Economicos-13-5.pdf> 28/11/2016.

probablemente; o podrá optar por despedirlo, en cuyo caso el trabajador pasaría a ser desempleado.

Como segundo punto, este trabajo concluye que: “(...) *se reporta que la probabilidad de mantener el empleo, entre periodos en los cuales se registró un incremento de la RMV, cambia de manera heterogénea según el nivel de ingresos de los trabajadores. Trabajadores con menores ingresos tienen menores probabilidades de mantener el empleo, siendo menor aun entre los trabajadores jóvenes, mientras que los trabajadores de mayores ingresos tienen mayores probabilidades de mantener sus empleos.*”¹⁰⁹

En el párrafo precitado, el autor señala que, ante un aumento de la remuneración mínima vital, se puede registrar una pérdida del empleo entre quienes tienen remuneraciones más bajas, y esta tendencia irá cambiando con los trabajadores cuyos ingresos son mayores, quienes probablemente seguirán conservando su empleo formal. Sin embargo, lo más destacable de esta conclusión es su alusión a los trabajadores jóvenes. Éstos son aquellos que recién se integran al mercado laboral y por ende quienes recibirán las remuneraciones más bajas en un empleo formal, remuneraciones que serán la remuneración mínima vital o por lo menos muy cercana a ella. Según el estudio, son ellos los más desfavorecidos con el alza de la remuneración mínima vital, y por ello los más expuestos a la pérdida de un empleo formal.

Como última conclusión de este estudio, se hace referencia a la heterogeneidad de la estructura de las retribuciones en todo el país; es decir, la diferencia salarial que existe entre cada una de las regiones que incide en la necesidad de mantener una remuneración mínima estandarizada para todo el país. Sostiene el autor que: “*Existe una heterogeneidad en la estructura de remuneraciones según regiones geográficas del país, situación que se resalta al comparar las remuneraciones con el valor de la RMV en cada una de las regiones. Sobre este punto, la actual política de fijación de una sola RMV a nivel*

¹⁰⁹ Ídem.

nacional podría estar introduciendo rigideces en la contratación laboral formal en aquellas regiones con menos desarrollo y al mismo tiempo estimulando el no cumplimiento de la legislación sobre salario mínimo.”¹¹⁰

Lo que dice el estudio es que el desarrollo de las regiones en el país es distinta, lo que significa que si se establece una remuneración mínima vital mayor en una región con menor desarrollo se está haciendo más rígida la legislación laboral y generando incentivos para el incumplimiento del pago de la retribución establecida por ley. Esto es, se creará informalidad en el empleo con la imposición de una remuneración mínima que no obedece a la realidad de la región. Este constituye un punto muy importante a considerar por lo menos en la realidad peruana. Tenemos muchas regiones en vías de desarrollo en las que simplemente se podría hacer imposible cumplir con pagar una remuneración mínima vital que bien podría acomodarse a la realidad económica de una región más importante, como podría ser la de la capital del país, pero no para su realidad. Esto hace reflexionar al autor en la posibilidad de establecer diferentes montos de remuneración mínima para las distintas regiones, con lo mismo que no nos encontramos de acuerdo pues lo único que se generaría es más fraude por parte de los empleadores al tratar de acogerse a la menor remuneración mínima contratando fuera de su región.

Sin embargo, otros trabajos sostienen que la influencia de establecer un salario mínimo no va a ocasionar por sí ineficiencia, sino que ésta se generará considerando muchas otras variables y que se tendría que hacer un minucioso análisis de variables en la realidad peruana para poder definir la necesidad de un salario mínimo.

José Manuel Martín Coronado¹¹¹, sostiene que señalar a priori que establecer una remuneración mínima vital puede generar desempleo es

¹¹⁰ Ídem.

¹¹¹ Martín, Jose, ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho Laboral? A propósito de la discusión sobre el salario mínimo en Perú I, Tomado de:
<http://blog.apeyd.org/2014/03/que-es-el-analisis-economico-del-derecho-laboral-jose-manuel-martin-coronado.html> 28/11/2016

incorrecto pues, según señala, existen tres variables que se tienen que considerar para que el impacto sea relevante. Estas variables son: la cercanía al salario mínimo, la proporcionalidad con el salario mínimo y la inconsistencia jerarquía-salario.

En el primero de los casos, el hecho que los trabajadores se encuentren percibiendo remuneraciones entre la mínima vital actual y la que se espera en el futuro, serán afectados. En el segundo caso, la proporcionalidad con el salario mínimo sucede cuando la estructura retributiva de la empresa establece como referencia el sueldo mínimo para calcular sus remuneraciones, de manera tal que al existir una variación de éste todas las remuneraciones se verán afectadas. Y, en el tercer caso, se habla de la situación en que un trabajador inferior pueda pasar a ganar más que su superior como consecuencia de un aumento de remuneración mínima vital, lo que obligaría a la empresa a aumentar la retribución de este último.

Estos tres supuestos son los que considera el autor que van a implicar un impacto relevante y pueden tener como resultado una reducción de la oferta laboral o un recorte en la producción. Sin embargo, concluye que el tema del sueldo mínimo es *“una política que afecta a los mercados de trabajo, es decir, a una pluralidad de mercado y a una pluralidad de características de trabajo y en la situación de las políticas de empresa”*¹¹²; de manera tal que llegar a determinar su eficiencia implica un análisis en cada caso no admitiéndose las generalidades.

Dado el contexto, consideramos que la concepción de la remuneración mínima vital en nuestro país, en determinados casos constituye un limitante a la búsqueda de la formalidad en el trabajo, o, como lo denomina la OIT, el tránsito a una economía formal. Establecer una remuneración tan alta implica que los empleadores opten por el camino de la informalidad vulnerando derechos laborales de los trabajadores y negándoles la posibilidad de tener un empleo decente. Creemos en el sueldo mínimo por las diferencias estructurales que existen entre trabajadores y empleadores, sin embargo, no consideramos que este

¹¹² Ídem.

ingreso deba ser calculado irresponsablemente, o dicho de otra forma, políticamente. Lastimosamente el sueldo mínimo es “bandera política” para obtener popularidad. Su aumento crea en los ciudadanos ilusión de tener un empleo mejor remunerado, sin embargo, esto es totalmente errado, un aumento irresponsable puede tener como consecuencia una merma en el empleo formal. Esto quiere decir que puede que con un aumento las empresas no opten por reducir su productividad o aumentar los precios de su producción, sino que pueden mantener al mismo trabajador en su puesto pero desde ese momento en adelante tendrá un empleo informal.

Se podrá disponer una mayor fiscalización laboral tras el aumento de la remuneración mínima, pero si este aumento es irresponsable esto solamente será un costo más para los empleadores y que podría terminar simplemente por desincentivar el negocio del todo. Un negocio no se llevará a cabo si los costos son altos, y con esto se eliminan puestos de trabajo.

El tema de la diferencia entre regiones según su productividad es esencial. No todos ganan igual, ni consumen lo mismo, ni pagan lo mismo por los bienes y servicios que adquieren. Comprar un producto en Lima no será igual a comprarlo Huancavelica. Son economías distintas, con necesidades distintas, y quienes producen enfrentan costos distintos, de manera tal que establecer una remuneración mínima muy alta tendrá como afectados a quienes viven en regiones que no tienen un desarrollo productivo alto.

Estos efectos se podrán evitar si se establece una remuneración mínima prudente, de acuerdo a la realidad y no tomada como bandera política. Consideramos que una remuneración mínima prudente, permitirá un desarrollo de las economías regionales con recursos más limitados, lo que no impedirá que las regiones más fuertes dejen al mercado el monto de la retribución de los trabajadores. El aumento desmedido de la remuneración mínima vital lejos de procurar un empleo decente y la transición a una economía formal tendrá un efecto totalmente contrario. La contratación

civil ocultando una relación laboral será más frecuente, o la pérdida de los empleos se irá ampliando, entre otros, que pueden evitarse tomando responsablemente la imposición de una remuneración mínima.

2.2. El costo de un despido

Retomando lo señalado en párrafos anteriores y continuando con el análisis de la legislación laboral desde la óptica el Análisis Económico del Derecho, consideramos relevante detenernos en un tema que agobia a los empleadores y que evidentemente incide directamente en la decisión optar por una figura no laboral de contratación que es el tema de la estabilidad laboral y el despido.

Como bien se ha visto el cumplimiento de la norma trae un costo consigo, costo que deberá ser asumido por el llamado a cumplirla, de manera tal que tendrá que realizar un análisis de costo beneficio. En el presente caso, cumplir con las exigencias legales para despedir a un trabajador será costoso pues demanda conocimientos de la legislación laboral para que este despido sea por causa justa y lógicamente, que el trabajador se encuentre dentro de alguno de los supuestos legales que posibiliten su despido.

Algunos empleadores ven esto como un gran limitante, de manera tal que optan por figuras no laborales para permitirse despedir y contratar sin ningún costo, lo que genera informalidad y la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores. El costo del despido tendrá como una de las variables la probabilidad que este despido sea declarado arbitrario, así como la capacidad de detección del Estado o su capacidad de sanción a su conducta. En esta línea, el costo de un despido equivaldrá, por ejemplo, al monto de la indemnización que se tendría que pagar al trabajador, multiplicado por la probabilidad que su despido sea declarado arbitrario. Este monto será en algunos casos lo suficientemente alto como para desincentivar el despido arbitrario por parte de los empleadores.

La rigidez de la normativa sobre despido, también puede tener un incentivo negativo en los empleadores, pues estos lejos de inclinarse por no despedir a sus trabajadores si no es por una causa que efectivamente se ha configurado, podrían optar por una contratación informal. En este último caso evaluarán también la capacidad de fiscalización estatal para decidir sobre el tipo de contratación.

En este sentido, podremos concluir en que la rigidez de las normas referidas al despido de los trabajadores también es un aspecto a considerar por las empresas y que definitivamente incide en el tipo de contratación que van a utilizar. El uso de una figura no laboral como el contrato de Locación de Servicios les resultará interesante económicamente y es ahí donde se hará necesaria una buena capacidad de fiscalización y el buen criterio de un juez para determinar la existencia de la relación laboral.

2.3. Los costos administrativos de la contratación

La legislación establece una preferencia por la contratación a tiempo indeterminado. Sin embargo, por razones específicas, como las necesidades de mercado o mayor producción de la empresa, la naturaleza temporal o accidental del servicio o de la obra que va ejecutarse¹¹³, se ha previsto la posibilidad de celebrar contratos temporales sujetos a modalidad.

Los empleadores tendrán una preferencia por este tipo de contratación en tanto les da la opción de separar al trabajador de la empresa con el solo vencimiento de su contrato. Esto les permitirá evitar el costo de tener que despedirlo ante su incumplimiento y tener la oportunidad de decidir por la contratación de una persona distinta para el mismo puesto.

¹¹³ Artículo 53 de la LPCL

Sin embargo, para que esta contratación sea válida al margen de cuidarse de no estar incurso en alguna de las causales de desnaturalización automática, debe cumplirse con algunos requisitos de carácter administrativo que suponen también costos, esta vez representados por tiempo e información, que pueden determinar un desincentivo a la contratación laboral.

Los requisitos a esta contratación son que ésta sea por escrito y por triplicado, debiendo consignarse expresamente su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral¹¹⁴. Parecen ser unos requisitos bastante simples, sin embargo, puede que esto nos pueda resultar simple a quienes son abogados, pero seguramente no lo será para un microempresario en su primera contratación. Estos requisitos formales requieren de información, y esta tiene un costo. Este tipo de información se podrá obtener luego de una consulta a un profesional entendido, como puede ser un abogado, lo que además representa un egreso económico. Podrá también requerirse estos requisitos a la Autoridad Administrativa del Trabajo, lo que significa una inversión en tiempo que también representa un costo.

De otro lado, la redacción misma de un contrato de trabajo no será cosa simple y requerirá de la asesoría de un abogado. La formalidad escrita no será tanto el problema sino lo será la redacción de la cláusula objetiva de la contratación. Esta cláusula deberá ser redactada con sumo cuidado pues ante su ausencia o su redacción deficiente, este contrato seguramente será declarado como desnaturalizado. Esto implicará también tener información sobre los tipos de contratación existentes y cuál será el tipo idóneo para realizar la contratación del trabajador, lo cual ya genera un costo.

La simplificación al momento de la contratación debe ser considerada relevante. Los costos que esta supone en tiempo e información son una

¹¹⁴ Artículo 72 de la LPCL

barrera a la formalidad de la contratación pues pueden desincentivar la celebración de un contrato de trabajo para celebrar uno de naturaleza civil.

Estos costos anteriormente eran más altos pues suponían un egreso dinerario cuando se encontraba vigente la obligación de presentar a la Autoridad Administrativa del Trabajo los contratos de trabajo sujetos a modalidad dentro de los quince días de su celebración. Esta obligación ha sido suprimida con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1243, la misma que nos da algunas luces de cómo es que el gobierno ha percibido que establecer barreras administrativas significa un incentivo a la informalidad por los costos en tiempo e información que suponen. Así se ha contemplado en los considerandos de la norma, pues esta señala que: *“(...) se propone un primer grupo de medidas que permitirán dotar al régimen jurídico que rige a la Administración Pública de disposiciones a favor del ciudadano en función a la simplificación, eficacia, eficiencia, celeridad y equidad en los procedimientos administrativos, garantizando así los derechos e intereses de los administrados, con sujeción al ordenamiento constitucional;”*

Como hemos señalado, es muy probable que, pese a la preferencia por la contratación a tiempo indeterminado, un empleador que ya se enfrentó a la disyuntiva de contratar civilmente o bajo una forma laboral, haya optado por la segunda, pero haciendo uso de la contratación modal. Al notar los costos que ésta supone podría cambiar de parecer y utilizar una contratación civil, afectando derechos laborales.

2.4. La Alternativa *low cost*

La escasez de los recursos obliga a las personas a actuar con mayor eficiencia, esto es, tomar decisiones que traigan mayores beneficios con la menor inversión. Este ejercicio es permanente y se realiza en el día a día, cualquiera sea la relevancia de la decisión que se tome siempre se procurará hacer más con menos. En el caso empresarial no sucede cosa

distinta. El empleador utilizará sus limitados recursos para generar la mayor ganancia, situación que también toma en consideración al momento de la contratación de servicios personales.

El empleador, por naturaleza buscará maximizar sus beneficios. En esta línea, buscará aumentar su producción con la menor inversión y como consecuencia de ello buscará la forma de invertir menos en la contratación de personas haciendo que su cuenta por pagar por este concepto sea menor. En síntesis, buscarán una contratación de mano de obra de bajo costo, o como dirían los angloparlantes: *low cost*.

Contratar la prestación de servicios de naturaleza laboral representa sin lugar a dudas un importante costo.

El cumplimiento de las obligaciones de seguridad social en salud, consistentes principalmente el aporte que realiza el empleador a ESSALUD según la Ley N° 26790, el pago de beneficios sociales como las gratificaciones legales de conformidad con la Ley N° 27735, los descansos remunerados de acuerdo al Decreto Legislativo N° 713, la Compensación por Tiempo de Servicios del Decreto Supremo N° 001-97-TR, son los principales egresos que debería realizar un empleador en favor de determinado trabajador tras la celebración de un contrato de trabajo bajo el régimen general o común de contratación. A estos costos, eventualmente, se le tendrá que adicionar los relativos a los seguros por actividades de riesgo como el Seguro Complementario por Trabajo de Riesgo de Riesgo de acuerdo a la Ley N° 26790, además de todo aquello egreso que suponga el cumplimiento las disposiciones sobre seguridad y salud en el trabajo.

De otro lado, el hecho de llevar una contabilidad y en general en cumplimiento de procedimiento formales para el registro de información relativos a los trabajadores, constituyen costos. Estos costos no solo están representados por el egreso económico como hemos visto en el párrafo anterior, sino también en la dificultad para reunir toda esta información e invertir el tiempo necesario.

Es en tales circunstancias en que la contratación de personal se lleva a cabo evitando los costos descritos, bajo la forma de una figura no laboral, la misma que puede materializarse con la celebración de un contrato de Locación de Servicios. Este contrato, como hemos podido describir en la primera parte del presente trabajo impide que la protección que establece el Derecho Laboral les alcance a los trabajadores contratados fraudulentamente. Claro está, existen supuestos en que la contratación bajo la modalidad civil se encuentra plenamente justificada por las características de la ejecución del contrato, sin embargo, en muchas ocasiones ésta se utiliza fraudulentamente disimulando un contrato de naturaleza laboral.

Encontrándose, en apariencia, fuera del ámbito de protección del Derecho del Trabajo, este tipo de contratación permite el incumplimiento de los “pisos” o condiciones mínimas que deben gozar los trabajadores para tener un empleo decente. Estos pisos son la remuneración mínima vital, una jornada laboral máxima, los descansos remunerados, entre otros, que van a representar un costo al empleador, como hemos visto.

Un menor riesgo de detección, representado por una débil labor de la autoridad inspectiva del trabajo y la reducida información que tengan los trabajadores sobre sus derechos y obligaciones cuando su vínculo califica como una relación de trabajo, constituyen incentivos negativos a la contratación civil fraudulenta de los trabajadores. Sin embargo, esto no debe entenderse como un problema que nace exclusivamente de los empleadores.

En este sentido, podemos concluir que la contratación civil, siempre que ésta no corresponda por las características del vínculo, constituye la alternativa “*low cost*” a la contratación laboral, alternativa que por supuesto debe hacerse menos atractiva a los empleadores desde políticas económicas y laborales adecuadas.

3. EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

El Principio de Primacía de la Realidad es, como hemos mencionado líneas arriba, el concepto central de nuestro trabajo de investigación. Sobre la base de este principio la OIT ha emitido el instrumento que es materia de investigación y corresponde a nosotros determinar si los jueces vienen aplicándolo de acuerdo a lo establecido por esta organización internacional.

Ya nos hemos avocado a citar las definiciones de este principio en el primer capítulo del presente trabajo, motivo por el cual en este título desarrollaremos los aspectos relevantes para la presente investigación. Además se determinará su fuente, su acogimiento en las distintas normas de manera directa o indirecta y cómo es que se han venido pronunciando no solo los jueces aplicando este principio, sino también cómo lo ha estado haciendo la administración pública a través de distintas entidades.

Desarrollar el Principio de Primacía de la Realidad, de manera concreta, pero recogiendo varias fuentes, podrá acercar al lector del presente trabajo a un conocimiento sobre lo que es materia de investigación y entender las conclusiones de ésta. De manera tal que desarrollar este principio resulta relevante.

De esta manera, sobre este principio podemos señalar que se ha convertido en uno de los más difundidos en materia laboral. Esto no solamente lo decimos nosotros sino también lo ha señalado la doctrina, como ha sido Jorge Toyama. Existen ciertamente otros principios que sostienen al Derecho Laboral, como es el Principio Protector o *in dubio pro operario*, pero estos principios requieren para su aplicación que en primer lugar se reconozca la calidad de trabajador de quien prestó los servicios, de lo contrario no podrían ser aplicables. Es por ello que si bien la doctrina considera este principio como uno de los más difundidos nosotros creemos que más que considerársele como difundido, debe ser considerado esencial y en consecuencia que éste se halle recogido en el Derecho

Laboral nacional ya sea en forma de ley o sea recogido de cualquier otra forma.

Sobre esto último, debemos manifestar que este principio se contempla de distintas maneras en el Derecho Laboral nacional. Así, podremos apreciar que, a nivel legal, existen referencias directas e indirectas a este principio. Es decir, si bien este principio no ha sido definido de manera expresa en muchas ocasiones, existen normas que han establecido presunciones relativas a la determinación de una relación de trabajo que de manera tácita reconocen el Principio de Primacía de la Realidad.

Ahora bien, este principio dicta que ante una discordancia ante los hechos y lo que aparece de los documentos, se dará preferencia a lo primero. Esta es la definición en la doctrina y las normas han coincidido con ella. Este principio, resulta relevante, como hemos manifestado, para reconocer la calidad de trabajador con la existencia de un contrato de trabajo en lugar de una relación civil, cuando la prestación personal de servicios se realiza con la existencia de subordinación y remuneración.

En el Derecho Civil existe un aforismo, recogido por Neves Mujica, que señala que las cosas son las que determina su naturaleza y no su denominación; y continúa señalando este mismo autor, que este aforismo ha servido de base para que el Derecho del Trabajo desarrolle el principio que estamos desarrollando. Cuando se pueda apreciar que la aparente relación de naturaleza civil tiene caracteres de una relación laboral deberá considerarse la existencia de ésta última desestimando lo que aparentemente es.

El Derecho Civil ha recogido históricamente un símil del Principio de Primacía de la Realidad que es la figura de la simulación de acto jurídico. Sin embargo, esta figura, como bien reconoce Neves Mujica¹¹⁵, tiene requisitos de compleja configuración como es propio de toda figura del Derecho Civil, lo que no es compatible con la naturaleza del Derecho Laboral que es además más flexible con los supuestos para que estos

¹¹⁵ Neves, Javier. Op.cit., p. 45

puedan ser acreditados por el trabajador atendiendo a su débil posición frente al empleador. Es por ello, que se debe considerar que el Principio de Primacía de la Realidad tienen un alcance mucho mayor que el de la figura de la simulación de acto jurídico, aunque su resultado sea el mismo, que es la declaración de ineficacia del acto transgresor.¹¹⁶

En la simulación de un contrato de Locación de Servicios, existe la voluntad formal del trabajador de obligarse con este tipo de contrato cuando realmente se trata de un contrato de trabajo. Para los efectos de la declaración formal del trabajador esta resulta innecesaria. En este supuesto, el trabajador no puede renunciar a sus derechos como tal atendiendo al principio de irrenunciabilidad de derechos recogido en líneas precedentes, razón por la cual, ante la verificación de la concurrencia de los elementos de un contrato de trabajo se declara la existencia del contrato de trabajo y la ineficacia del contrato simulado.

Sin embargo, debe considerarse que el Principio de Primacía de la Realidad no solo se aplica a las relaciones civiles, sino también a otros supuestos en materia laboral en los que los documentos den cuenta de una situación contraria a la realidad.

Para esto, Jorge Toyama¹¹⁷ parafraseando a Plá Rodríguez, ha señalado algunos puntos sobre la procedencia de la disconformidad entre los hechos y la formalidad, señalando que debe:

“a) Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta a la real. Este es el principal supuesto que se aprecia en la realidad.

Este sería el supuesto típico de una simulación relativa, es decir, cuando se disimula el contrato real sustituyéndolo fictamente por un contrato distinto. (...)

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Toyama, Jorge, Op.cit., p. 103

b) Provenir de un error. Este generalmente es en la calificación del trabajador.

c) Derivar de una falta de actualización de los datos.

d) Originarse de la falta de cumplimiento de requisitos formales.”

Como se podrá apreciar del texto precitado, no solamente se recoge la simulación relativa como procedencia de la disconformidad entre los hechos y la formalidad, sino que también se contemplan otros supuestos como el error o la falta de requisitos formales, en los que se puede invocar el Principio de Primacía de la Realidad. Estos otros supuestos han sido recogidos en las normas laborales nacionales y son las que revisaremos a continuación, haciendo énfasis en la diferencia conceptual que existe entre el Principio de Primacía de la Realidad y la desnaturalización.

Como hemos mencionado en líneas anteriores, el principio materia de estudio ha sido recogido por las leyes de manera directa o indirecta, siendo que esta última situación se apreciaba al establecerse presunciones de laboralidad en la legislación. Sin embargo, como primera referencia legal directa a este principio tenemos la definición que le da la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo (en adelante LGIT), la misma que establece en su artículo 2 numeral 2 que:

“El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servicios que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:

(...)

2.Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.”

La definición que da la LGIT sobre el Principio de Primacía de la Realidad es la única que encontramos en nuestra legislación nacional. Existen definiciones o conceptos sobre este principio en la jurisprudencia, pero no encontramos ninguna otra con rango legal.

Otra importante referencia directa a este principio es la que encontramos en la Ley General del Sistema Concursal, Ley N° 27809, la misma que ha establecido en su artículo 40 que:

“Para el reconocimiento de los créditos de origen laboral, la Comisión podrá aplicar el principio de la Primacía de la Realidad, privilegiando los hechos verificados sobre las formas o apariencias contractuales que sustentan el crédito.”

Esta norma es de vital importancia cuando se solicita el reconocimiento de créditos laborales en el marco de un procedimiento concursal. Omitir el cumplimiento de esta norma constituiría una vulneración a los derechos laborales de los trabajadores de la empresa deudora, en tanto es altamente probable que ante una crisis, sea patrimonial o financiera, hayan utilizado una contratación simulada para evitar costos laborales.

De otro lado, el Poder Judicial ha tenido ocasión para definir este principio en varias resoluciones, atendiendo a que es frecuente ver como pretensión el reconocimiento de una relación como consecuencia de la simulación de un contrato de naturaleza civil. La Casación N° 2009-2006 Ucayali, ha establecido que:

“[E]l Principio de Primacía de la Realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato-realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación”.

La definición precitada relaciona el Principio de Primacía de la Realidad con la naturaleza tuitiva del Derecho del Trabajo establecida en la Constitución. Por su parte la Casación N° 014-2006 Lima ha establecido que:

“[D]el análisis de la materia controvertida en autos, aparece que tanto la sentencia de primera instancia como la de vista, han concluido en la existencia de un contrato de trabajo que identifica de una parte al demandante en su calidad de trabajador y de la otra a la demandada en su calidad de empleadora, todo ello sobre la base al principio de la Primacía de la Realidad, que implica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el campo de los hechos: previa identificación de los elementos básicos del contrato de trabajo relativos a la prestación personal, subordinación y remuneración (...).”

De la casación precitada, se puede ver que la aplicación de este principio está condicionada a la concurrencia de los elementos básicos del contrato de trabajo, como son la prestación personal se servicio, subordinación y remuneración.

Por su parte, la Administración no ha dejado de reconocer en sus resoluciones la vigencia del Principio de Primacía de la Realidad. Algunas entidades del Estado se han visto obligadas a aplicar este principio en aquellas situaciones en las que el empleador se encuentra inmerso en un proceso administrativo, como es el caso de un proceso concursal o discutiendo sobre el pago de unas aportaciones de ESSALUD o la ONP.

En el caso particular del INDECOPI, esta entidad se ha pronunciado en numerosas ocasiones en el marco de procesos concursales. Así lo ha hecho en la resolución N° 1068-2016/SCO-INDECOPI en la que ha reconocido la trascendencia de este principio señalando que:

“De acuerdo al criterio aplicado en anteriores oportunidades por la Sala debido a la trascendencia de la aplicación del principio de la Primacía de

la Realidad resulta fundamental que el solicitante presente documentación que permita, cuando menos de modo indirecto, acreditar la existencia del vínculo laboral con la deudora a través de la verificación de manifestaciones o rasgos sintomáticos de la existencia de los tres (03) elementos esenciales de la relación laboral que deben confluir necesariamente: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la contraprestación remunerativa; y, (iii) el vínculo de subordinación.”

En otro proceso, si bien no se pronuncia exclusivamente para determinar la existencia de la relación laboral en sí, se ha referido sobre cómo en los hechos se pudo comprobar que un concepto era remunerativo, con la resolución 293-2016/SCO-INDECOPI, señalando que:

“No obstante, la verificación efectuada en los numerales precedentes permite a la Sala determinar en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad contemplado en el artículo 40 de la LGSC” que, a pesar de lo establecido en los convenios colectivos, el “gain sharing” sí tiene carácter remunerativo al cumplir con las características establecidas en el artículo 6 de la LPCL y, en consecuencia, correspondía ser incluido como parte de la remuneración computable y base de cálculo para los reintegros de la CTS y gratificaciones ordinarias invocados por el solicitante.”

De otro lado, el Tribunal Fiscal en lo que refiere a los recursos presentados en los procesos administrativos seguidos ante SUNAT por el cobro de las aportaciones a Essalud y la ONP, ha establecido en la RTF 1999-5-0107 que:

“De otro lado, ya el Tribunal Fiscal en las Resoluciones Nos. 24148, 24011 y 24646, para identificar una relación laboral, ha señalado que no solo se debe acreditar que la prestación de servicios es de carácter regular y continuó, sino que básicamente, debe acreditarse la existencia de subordinación y exclusividad para con el empleador.”

Así también, ha manifestado en la RTF 19698-5-2011 que:

“(…) sobre el particular debe indicarse que este tribunal, (...), ha dejado establecido que para determinar la existencia de una relación laboral, debe

verificarse la concurrencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son la prestación personal de servicios, el pago de una remuneración y la existencia de subordinación, y que respecto de este último elemento debe estarse a la naturaleza de los servicios prestados y al Principio de Primacía de la Realidad (...)”

De las resoluciones precitadas se tiene que la SUNAT ha venido aplicando el Principio de Primacía de la Realidad para determinar la existencia de una relación de trabajo para efectos tributarios, de manera que la aplicación de este principio no se circunscribe solamente a la labor judicial para el cumplimiento de las obligaciones laborales o la imposición de sanciones por infracciones sociolaborales, sino que también es un instrumento para la determinación de los tributos.

En suma, el Principio de Primacía de la Realidad es un principio esencial que permite determinar la existencia de una relación de trabajo. Luego de reconocida la calidad de trabajador al prestador de servicios, serán de aplicación los demás derechos que las normas del Derecho del Laboral le confieren. Ahora, ¿cómo probar la existencia de los elementos de la relación laboral cuando nos encontramos ante un simulado contrato de locación de servicios? Esto será materia de los puntos en los que abordaremos el aspecto probatorio y procesal de la concurrencia de los elementos de un contrato de trabajo.

4. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

Las presunciones de laboralidad constituyen un importante instrumento jurídico que va a permitir a los jueces determinar la existencia de una relación de trabajo sin que la diferencia en el poder probatorio entre empleador y el trabajador constituya un obstáculo.

Las presunciones de laboralidad, como hemos mencionado en párrafos anteriores, son presunciones *iuris tantum* que establecen que se supondrá

la existencia de una relación de trabajo verificados algunos elementos, salvo que el empleador pruebe lo contrario, como podría ser la existencia de una verdadera relación civil.

Las presunciones de laboralidad constituyen un instrumento que se complementa con el Principio de Primacía de la Realidad, en tanto el primero establece un supuesto en virtud del cual se podrá señalar que ha existido una relación de trabajo si es que no se prueba lo contrario, y el segundo, complementando, permitirá al juez hacer valer la realidad frente a lo que puedan señalar los documentos, de manera tal que su aplicación se hace de manera conjunta.

Dicho esto, tenemos que la LPCL ha establecido en su artículo 4 que:

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

Además de establecer los elementos esenciales del contrato de trabajo, esta disposición trae consigo una referencia tácita al Principio de Primacía de la Realidad, en tanto un juez laboral al observar la concurrencia de estos determinará la existencia de una relación laboral.

Similar presunción se ha recogido en la NLPT, en cuyo artículo 23 numeral 2 se ha establecido que:

“Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.”

Esta presunción va mucho más allá que la establecida en la LPCL en tanto ésta establece que con solo acreditar la prestación de servicios se presumirá la existencia de una relación laboral, y será materia de probanza por parte del beneficiario de los servicios acreditar que no existieron los demás elementos del contrato de trabajo.

Las presunciones de la laboralidad no son únicas en nuestra legislación. Como veremos más adelante, estas presunciones han sido recogidas en

la legislación de varios países del mundo y también la ha recogido la Recomendación bajo estudio en uno de sus artículos.

El artículo 11 literal b) de la Recomendación 198 de la OIT, ha establecido que los países miembros, a fin de facilitar la determinación de una relación de trabajo, deberían considerar en su política nacional de protección de los trabajadores una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo.

La presunción de laboralidad tiene distintos matices en las legislaciones de los países del mundo. En nuestro país, la presunción establecida en la LPCL, exige la concurrencia de los tres elementos de una relación de trabajo, de manera tal que su aplicación depende de si el juez puede encontrar configurados estos tres elementos. Luego de esto con la NLPT se presumirá la existencia de una relación de trabajo con sólo acreditar la prestación de servicios.

En este sentido, en nuestro país podemos señalar que la presunción de laboralidad es lo suficientemente idónea para proteger los derechos de los trabajadores facilitándoles la actividad probatoria y no sufrir de una obstaculización por parte del empleador para que pueda probar su derecho. Cosa distinta y más exigente sucede en otros países como Portugal o España que exigen la prueba de otros elementos. En el caso de este primer país se exige que un determinado porcentaje del total de ingresos del trabajador sea de su encubierto empleador, se integre a la estructura de la empresa, utilice las herramientas proporcionadas, entre otros. Mientras que en el caso de España se requiere prestar un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y a cambio de una retribución.

Las presunciones de laboralidad son esenciales para una adecuada protección de los derechos de los trabajadores. El derecho comparado y el internacional así también lo han considerado así. La Recomendación bajo estudio ha establecido la necesidad de establecer en la legislación una presunción de laboralidad. Ciertamente, nuestro país ha cumplido con

establecer en su legislación referida presunción, por lo que considerando que la OIT recomienda establecer una, esto nos lleva a considerar también necesario cumplir con lo demás que recomienda, como es la inclusión en la legislación nacional los indicios de laboralidad, lo mismo que creemos esencial.

5. LA DESNATURALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CIVILES

Llegado este punto, en primer término, se debe realizar una diferencia conceptual entre el Principio de Primacía de la Realidad y la desnaturalización laboral. Si bien ambas tienen por efecto determinar la existencia de una relación laboral la desnaturalización laboral opera de manera automática en los casos que la ley ha establecido taxativamente, mientras que el Principio de Primacía de la Realidad requiere de la actuación probatoria para determinar la existencia de un contrato de trabajo¹¹⁸.

En la legislación existen una serie de supuestos que de configurarse implican la inmediata desnaturalización de la figura no laboral en un contrato de trabajo. Por mencionar algunos ejemplos se pueden apreciar en la Ley que Regula los Servicios de Tercerización, Ley 29245, que los contratos de tercerización en que no haya una actividad especializada u obra; recursos financieros, técnicos y materiales propios; pluralidad de clientes; o existe una simple provisión de personal, se considerará que ha existido una desnaturalización y se entenderá que los trabajadores desplazados tienen una relación de trabajo con la empresa principal.¹¹⁹

Otro importante caso lo encontramos en Decreto Supremo N° 003-2002-TR que establece las disposiciones sobre la actividad de las empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, que en su artículo 14 establece que con el incumplimiento de los porcentajes limitativos, la

¹¹⁸ Toyama, Jorge, Op. Cit, p. 105

¹¹⁹ Artículos 2, 3 y 5 de la Ley 29245.

intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por contratos de naturaleza ocasional o de suplencia, entre otros, se considerará configurada una relación laboral directa con la empresa principal.

En estos casos la comprobación de un supuesto de desnaturalización resulta más objetiva, mientras que en el caso de la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad se tendrán que actuar medios probatorios que acrediten que en los hechos la situación era distinta a lo que aparecía en los documentos.

En el caso materia de estudio, la práctica judicial ha denominado como desnaturalización a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad para determinar la existencia de un vínculo de trabajo. Esta denominación ha sido tomada en contraposición a lo manifestado por Toyama respecto a la aplicación automática y en los casos puntuales señalados por ley para que se aplique una desnaturalización. Ciertamente no existe ninguna norma que establezca claramente que operará una desnaturalización cuando concurren los elementos de un contrato de trabajo, existiendo solamente las presunciones de laboralidad desarrolladas anteriormente. En este sentido, debemos precisar que el presente trabajo de investigación recoge la frase desnaturalización de las relaciones civiles tomando la denominación recurrente de esta pretensión en la práctica judicial, al margen de la definición doctrinaria del término desnaturalización.

Entrando en materia, es relevante evaluar cuándo sucede la desnaturalización de una relación civil para considerarse la relación como una de naturaleza laboral. En las líneas precedentes hemos definido las características de un contrato civil y nos hemos avocado a definir el contrato que con mayor frecuencia utilizan los empleadores para disimular un contrato de trabajo, que es el contrato de Locación de Servicios. Aunque existan en el CC otros cuatro contratos previstos para la

prestación de servicios¹²⁰, este contrato es el más recurrente en la jurisdicción laboral.

La desnaturalización del contrato civil sucede cuando se acrediten, en un caso concreto, la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo. Sin embargo, ahora, la carga de la prueba se ha simplificado para el prestador de servicios, pues como hemos señalado anteriormente éste sólo tendría que acreditar prestación de servicios y se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo laboral. La prueba en contrario tendría que aportarla el demandado, quien deberá acreditar con medios probatorios que el vínculo contractual de naturaleza civil no se ha desnaturalizado, esto es, no concurra el elemento de la subordinación o remuneración. No obstante, en una reciente casación (Nº 1440-2013 Lima) se ha establecido que el demandante pese a la simplificación probatoria no está exento de aportar indicios sobre la laboralidad de su vínculo contractual.

Actuada la prueba y siempre que aparezcan indicios razonables de la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, el juez podrá invocar el Principio de Primacía de la Realidad. Los indicios razonables a los que hacemos referencia son el punto central de nuestra investigación. La doctrina ha postulado una serie de hechos que pueden dar cuenta de la existencia de una relación laboral, así también lo ha hecho la jurisprudencia. A estos hechos les han denominado rasgos, indicios o manifestaciones de laboralidad y son aquellos sobre los que nos pronunciaremos en el capítulo siguiente del presente trabajo.

Una vez acreditados estos hechos con medios probatorios, ya sea aportados por las partes o actuados de oficio por el Juez, luego de invocar el Principio de Primacía de la Realidad, éste podrá establecer que la relación contractual civil se ha desnaturalizado y en consecuencia se establece que el vínculo tiene naturaleza laboral, deviniendo el contrato simulado en ineficaz.

¹²⁰ Artículo 1756 del CC.

CAPÍTULO III

LA OIT, LOS INDICIOS DE LABORALIDAD Y EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

1. LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

En el presente capítulo nos referiremos a la organización que da nacimiento al instrumento internacional que estamos estudiando. Además, revisaremos los indicios de laboralidad, abordándolos no solo desde lo que señala el instrumento bajo estudio, sino desde la perspectiva doctrinaria en materia laboral así como en materia de Derecho Procesal. Pasaremos a ver cómo es que se han pronunciado los órganos jurisdiccionales sobre los indicios de laboralidad en nuestro país para ver cómo, a su vez, lo han hecho en otros países. Así también nos avocaremos al desarrollo del Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales para finalmente determinar si se está vulnerando este principio luego de plasmar los resultados de nuestra investigación de campo.

Ahora, no podemos desconocer la trascendencia de la OIT. Primero en su labor como órgano de derecho internacional, y también, en lo que es materia de desarrollo del presente trabajo de investigación. Esta organización, como emisora de la Recomendación N° 198, cuya aplicación estamos investigando, debe ser tratado en la definición de su labor, objetivos y fines, así como en su estructura interna. Posteriormente, en los siguientes títulos nos avocaremos a desarrollar los instrumentos por los cuales la OIT crea derecho. No es intención nuestra profundizar sobre la historia o hacer un análisis exhaustivo sobre esta organización, lo que tomaría, de hecho, muchas páginas, sino sintetizar la información para los efectos de dar al lector aquella información relevante con vista a lo que es el problema de investigación.

1.1. El origen de la OIT y su misión

Dicho esto, podemos sostener preliminarmente, que la OIT es un órgano que fue creado en 1919 con el fin de promover el progreso social y resolver, a través del diálogo y la cooperación, los problemas sociales que generaban los conflictos de intereses. Su creación tuvo como principal motivo las circunstancias históricas que atravesaba el mundo: la violencia que se generaba por los conflictos armados de aquel tiempo y los cambios que traía esto a la naturaleza misma del trabajo. Al tener como eje estos dos problemas se establece esta organización con los fines de *“proporcionar un instrumento mucho más poderoso de lo que hasta entonces había existido para ampliar y hacer cumplir una serie de normas internacionales del trabajo. Y además, al establecer un marco social para el intercambio económico, con la nueva organización se sentarían las bases de un sistema comercial mundial equitativo.”*¹²¹

La primera constitución de esta organización formó parte del Tratado de Versalles. Ésta fue redactada por la Comisión de Legislación Internacional de Trabajo formada por la Conferencia de Paz de 1919. Este tratado fue firmado el 28 de junio del 1919 y lo relativo a la OIT fue introducido en la parte XIII de dicho texto. En referido documento, se estableció que esta organización se crea por las consideraciones establecidas en su preámbulo, las mismas que se pueden resumir en las siguientes¹²²:

- Considerando que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social;
- Considerando que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para

¹²¹ Rodgers, Gerry y otros, La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009, OIT, Primera edición, Ginebra, 2009, p. 7

¹²² Tomado de: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>
11/12/2016

la paz y armonía universales; y considerando que es urgente mejorar dichas condiciones;

- Considerando que, si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países.

Inmediatamente luego de su constitución, esta organización dio sus primeros frutos elaborando seis convenios internacionales, referidos a reglamentación básica sobre desempleo, las horas de trabajo, trabajo nocturno de las mujeres y los menores de edad, la maternidad y edad mínima de trabajo; que eran materias que necesitaban con urgencia reglamentación por la época en que se vivía.

Esta organización posee caracteres únicos entre las organizaciones de derecho internacional al contemplar en su estructura una participación tripartita integrada no solo por representantes de los gobiernos de los países, sino también por representantes de sus empleadores y trabajadores como actores económicos.

Siendo esto así, la misma OIT se ha definido como aquella organización que: *“(...) está consagrada a la promoción de la justicia social, de los Derechos Humanos y laborales reconocidos internacionalmente, persiguiendo su misión fundadora: la justicia social es esencial para la paz universal y permanente.*

Única agencia 'tripartita' de la ONU, la OIT reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores de 187 Estados miembros a fin de establecer las normas del trabajo, formular políticas y elaborar programas promoviendo el trabajo decente de todos, mujeres y hombres.”¹²³

¹²³ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm> 11/12/2016

Así también, desde un punto de vista más objetivo, se ha señalado que: *“La OIT es un organismo especializado del sistema de las Naciones Unidas, y constituye la principal autoridad en cuestiones de trabajo y política social dentro del sistema internacional .”*¹²⁴

La OIT ha atravesado muchas circunstancias políticas y económicas adversas, sin embargo, siempre mantuvo su vigencia y continuó con su labor. Una vez superada la Primera Guerra Mundial y su creación, la OIT tuvo que enfrentar la gran depresión a partir del año 1930 y la Segunda Guerra Mundial en los diez años posteriores. Fue precisamente durante este conflicto bélico que se llevó a cabo la reunión de Filadelfia que terminó por la firma de la Declaración de Filadelfia de 1944, la misma que se incorporó a la Constitución de la OIT y ratificó sus objetivos y principios. Fue en el año 1946 que la OIT se convirtió en una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas.

Dentro los instrumentos internacionales señalados se puede destacar cinco principios básicos:

- “- la paz duradera sólo puede lograrse sobre la base de la justicia social, la libertad, la dignidad, la seguridad económica y la igualdad de oportunidades.*
- el trabajo no debe considerarse simplemente como una mercancía o un artículo de comercio.*
- tanto los trabajadores como los empleadores han de disfrutar de libertad de asociación, así como de libertad de expresión y del derecho a la negociación colectiva.*
- estos principios son plenamente aplicables a todos los seres humanos, independientemente de su raza, credo o sexo.*

¹²⁴ Rodgers, Gerry y otros, op.cit., p.12

- *la pobreza en cualquier lugar constituye un peligro para la prosperidad de todos, y debe combatirse tanto a nivel nacional como internacional.*¹²⁵

Con posterioridad a estos sucesos que importaron cambios en la OIT, su camino para consolidarse como organización internacional fue propicio. Con el pasar de los años se iban incorporando mayor cantidad de países enriqueciéndose con esto el debate para la aprobación de los instrumentos internacionales que se expiden hasta la actualidad.

Considerando que la sociedad cambia, y sobre todo la globalización ha permitido superar problemas anteriores relativos al trabajo pero también ha dado pase a otros nuevos, esto obliga al Derecho a mantenerse vigente con la emisión de nuevas normas. La OIT actualmente se encuentra en el desarrollo de una política que tiene como fin lograr el trabajo decente y perseguir que la globalización no suponga injusticia.

En este sentido, la labor de la OIT, debemos precisar, no solo se encuentra en la emisión de los instrumentos internacionales –a los que nos referiremos en el siguiente título-, sino también en una serie de resoluciones y publicaciones elaboradas por ella misma u otros autores que contienen investigaciones, algunas de ellas de carácter científico sobre diversos temas que competen a éste órgano internacional. Estos estudios, en su mayoría, recogen estadística a nivel mundial o abordan temas de actualidad que dan cuenta de la situación del trabajo alrededor del mundo. Para esto se valen de decenas de oficinas compuestas por equipos numerosos de personas que realizan todo este trabajo y además brindan asesoramiento a los países miembros a través de determinados programas.

¹²⁵ Rodgers, Gerry y otros, op.cit., p. 8

1.2. Organización de la OIT

De manera muy general, en el presente título describiremos la organización de la OIT. Esta organización, como bien mencionamos líneas arriba, tiene muchas características que la hacen distinta de cualquier otra siendo que la principal es el tripartismo.

En esencia, esta Organización funciona y adopta decisiones sobre la base de la participación que realicen los gobiernos, los empleadores y trabajadores de los países miembros. Esto crea no un clima de confrontación, sino promueve la armonía, para que con esto se permita conocer a profundidad la problemática que se trata desde la óptica de cada uno los actores. De este modo, la participación oficial de los gobiernos no será la única que importe en una conferencia, como sucede con las demás organizaciones mundiales, evitando con esto la toma de decisiones sin aplicación práctica o por lo menos con una aplicación complicada. Señalan los autores, que: *“El tripartismo se basa en la idea de que la sociedad se construye gracias a la colaboración entre grupos de intereses estructurados y no entre actores individuales.”*¹²⁶

El tripartismo surge del artículo 3 de la Constitución de la OIT en el que se establece taxativamente que:

“1. La Conferencia General de los representantes de los Miembros celebrará reuniones cada vez que sea necesario y, por lo menos, una vez al año; se compondrá de cuatro representantes de cada uno de los Miembros, dos de los cuales serán delegados del gobierno y los otros dos representarán, respectivamente, a los empleadores y a los trabajadores de cada uno de los Miembros.”

De otro lado, la labor de la OIT es supervisada por tres órganos: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración, y la Oficina Internacional del Trabajo.

¹²⁶ Ídem.

La Conferencia Internacional del Trabajo, es aquella que *“establece las normas internacionales del trabajo y define las políticas generales de la Organización. La Conferencia, que con frecuencia es denominada el parlamento internacional del trabajo, se reúne una vez al año. Es también un foro para la discusión de cuestiones sociales y laborales fundamentales.”*¹²⁷

Esta conferencia se reúne anualmente en la sede de la OIT en Ginebra, Suiza, en el mes de junio. Ésta está integrada por los representantes de los países miembros integrados por dos delegados gubernamentales, un delegado de los empleadores y uno de los trabajadores, acompañados de sus consejeros. Estas personas tienen el mismo derecho de expresarse y votar sin que la disconformidad de las opiniones entre los delegados de un mismo país miembro sea problema.

El Consejo de Administración, *“es el órgano ejecutivo de la OIT y se reúne tres veces al año en Ginebra. Toma decisiones sobre la política de la OIT y establece el programa y el presupuesto, que después es sometido a la Conferencia para su adopción.”*¹²⁸

Éste órgano está constituido por 56 miembros titulares, esto es, por 28 Gobiernos, 14 Empleadores y 14 Trabajadores; y por 66 miembros adjuntos constituidos por 28 Gobiernos, 19 Empleadores y 19 Trabajadores.

La Oficina Internacional del Trabajo, por su parte, ejerce las funciones de una secretaría de la OIT en su conjunto. Esta es responsable de todas las actividades que esta organización realice bajo la supervisión del Consejo de Administración y la dirección del Director general; y ésta es la oficina que concentra mayor cantidad de personas.

¹²⁷ <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang-es/index.htm>

¹²⁸ Ídem.

Según la constitución de la OIT en su artículo 10.2., la Oficina Internacional del Trabajo:

- “(a) preparará los documentos sobre los diversos puntos del orden del día de las reuniones de la Conferencia;*
- (b) prestará a los gobiernos, cuando éstos la soliciten, toda la ayuda posible para elaborar una legislación basada en las decisiones de la Conferencia y para mejorar las prácticas administrativas y los sistemas de inspección;*
- (c) cumplirá, de conformidad con las disposiciones de esta Constitución, los deberes que le incumban en relación con la aplicación efectiva de los convenios;*
- (d) redactará y editará, en los idiomas que el Consejo de Administración considere convenientes, publicaciones sobre cuestiones relativas a la industria y al trabajo que tengan interés internacional.”*

Esta oficina está integrada por una serie de departamentos que asesora a la Organización sobre las cuestiones que ésta se encuentre revisando, esto implica que realice además labores de investigación. Además de ello, ejerce labores administrativas como es la labor de supervisión de las normas y preocuparse por la relación que existe con los países miembros. Para la realización de estas labores se ha compuesto de una serie de oficinas especializadas las mismas que se encuentran alrededor del mundo, siendo esto una muestra de descentralización de la Organización.

Para efectos prácticos, a continuación, presentamos un cuadro que resume la división de esta organización y además las define.

Cuadro N°2 Organización de la OIT



Fuente: Manual para la redacción de Instrumentos de la OIT. Guía Rápida, OIT¹²⁹

Como podrá apreciarse, la organización de la OIT en su estructura básica no parece ser compleja sino más bien todo lo contrario. Sin embargo, la diferencia se evidencia cuando se profundiza sobre la organización de la Oficina Internacional de Trabajo por la cantidad de órganos vinculados a ella que le permiten cumplir con las funciones de secretaría y asesoramiento. Estos órganos se encuentran alrededor del mundo lo que por sí es muestra de la magnitud de las labores que lleva a cabo ésta.

¹²⁹ OIT, Manual para la redacción de instrumentos de la OIT: guía rápida, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2007.p. 5

2. EL SISTEMA NORMATIVO DE LA OIT

Las normas que emite la OIT, desde su Constitución, son los Convenios y las Recomendaciones, tal y como lo establece en su artículo 19. Señala tal artículo que cuando la Conferencia se pronuncie favorablemente para la adopción de alguna de las proposiciones de la orden del día, ésta tendrá que determinar si ésta revestirá la forma de un Convenio o de una Recomendación, ésta última cuando la cuestión tratada no se preste para llegar a un Convenio.

Este sistema de normas constituye un punto importante y lo distingue de otras organizaciones a nivel mundial, no solo por los tipos de instrumentos que utiliza, sino también por la forma en que supervisa su cumplimiento.¹³⁰

Este sistema normativo se mantiene desde la Constitución de la OIT y tiene como antecedente la discusión sobre qué tipos de normas adoptar. En un principio, se buscó que las normas que emita esta organización sean todas “vinculantes” una vez ratificados (usamos las comillas en tanto este tema merece algunos comentarios que serán hechos posteriormente). Sin embargo, existieron posiciones diametralmente opuestas que proponían, por el contrario, que las normas que se emitirían debían ser únicamente meras recomendaciones, sin un valor vinculante. El país que sostenía esta posición era los Estados Unidos. Sin embargo, luego de llevada a cabo la discusión sobre este tema en la Comisión de Trabajo, se tomó una posición ecléctica, que admitía la adopción de Convenios y de Recomendaciones.

Previa a la votación para la emisión de una Recomendación o Convenio, estas normas se deben negociar de manera tripartita en la Conferencia Internacional del Trabajo.

¹³⁰ Rodgers, Gerry y otros, op.cit., p. 20

Para la emisión de estos instrumentos se hará necesaria que la votación que se lleve cabo por la delegación tripartita de los países miembros voten por su aprobación en una mayoría de 2/3 de los votos emitidos.

Para determinar la diferencia entre los instrumentos normativos de la OIT nos permitimos reproducir el cuadro siguiente:

Cuadro N°3
Instrumentos normativos de la OIT

Instrumento normativo	Descripción
Convenios	En el contexto de la OIT, y con arreglo a su Constitución, los convenios crean obligaciones jurídicas en el momento de su entrada en vigor y están sujetas a ratificación por los Estados Miembros de la OIT. Un convenio que no sea ratificado por un Miembro surte para éste efectos jurídicos análogos a los que genera una recomendación.
Recomendaciones	Las recomendaciones son instrumentos que contienen orientaciones, y no son objeto de la ratificación de los Estados Miembros de la OIT. La mayoría de las recomendaciones están vinculadas a convenios, de los que son complementarias; el resto son textos autónomos. Aunque su contenido no tiene carácter vinculante, las recomendaciones sí generan obligaciones de presentación de memorias para los estados Miembros.

Fuente: Elaboración propia. En base a: Manual para la redacción de Instrumentos de la OIT. Guía Rápida, OIT¹³¹

La concepción de los instrumentos normativos de la OIT es esencial para los efectos del presente trabajo. Esto nos permitirá conocer sus diferencias y poder conocer cuál es el alcance que tiene cada una de ellas, poniendo una especial atención en las Recomendaciones que emite esta Organización, puesto que el presente trabajo está referido a una de ellas. Sin embargo, una cuestión importante a responder sobre este último instrumento normativo es conocer en específico la clase de obligaciones que contiene para los países miembros y determinar, de ser el caso, si se está o no obligado a cumplirlas. La redacción de la definición de las Recomendaciones en la constitución de la OIT pareciera dar entender que estas preliminarmente, no generarían obligación alguna, sin embargo, con una lectura más profunda de éste

¹³¹ OIT, Manual para la redacción de instrumentos de la OIT : guía rápida, Oficina Internacional del Trabajo, p. 6

documento y una interpretación conjunta de otros emitidos por la OIT y por otros órganos, podremos tener probablemente una idea algo distinta. Sobre este particular nos avocaremos en el subtítulo subsiguiente.

2.1. ¿Cómo se crea una norma de la OIT?

La elaboración de estas normas obedece a un procedimiento preestablecido en el Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo. Este procedimiento es algo largo, pero incluye la participación activa de los delegados de los países miembros. El inicio del procedimiento para la adopción de algún instrumento normativo se da con un periodo de consultas a los Estados miembros en forma de cuestionarios para conocer la realidad concreta de cada uno de ellos relativa a lo que sería materia del instrumento. Luego de esto, la Oficina Internacional elaborará conclusiones propuestas, cuando considere que el tema merece ser sometido a una doble discusión o elaborará un proyecto del instrumento cuando amerite una discusión simple.

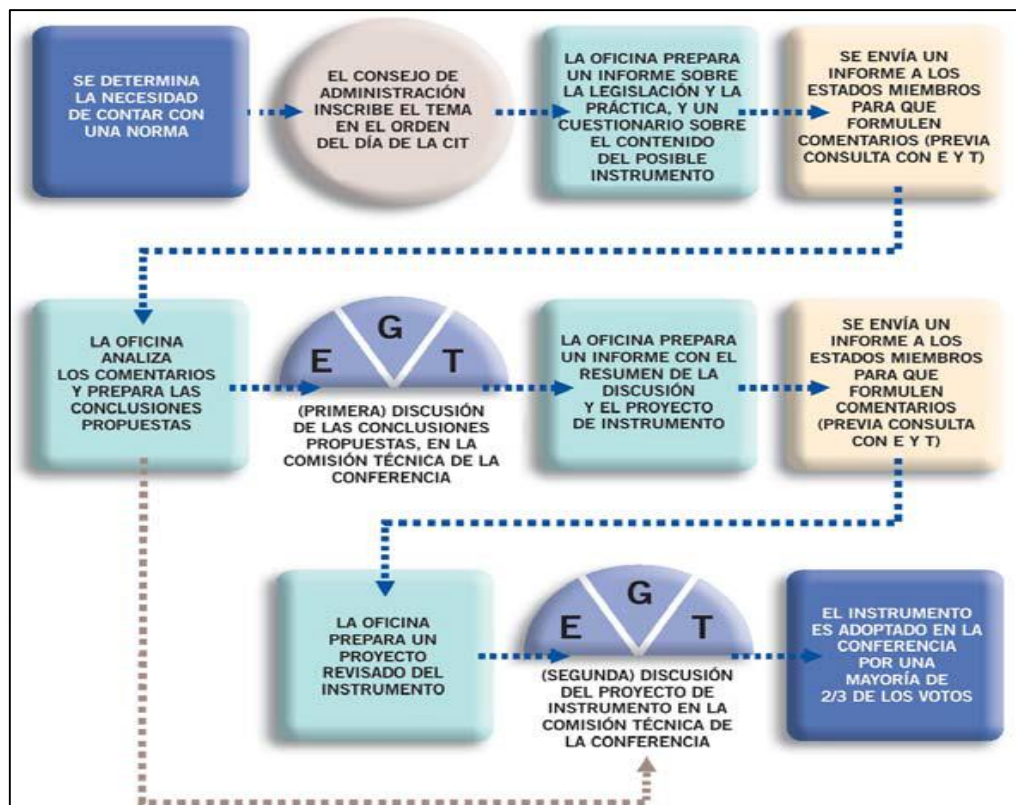
Cumplido este procedimiento, se pasa a una segunda etapa en la que constituye una comisión especializada en la Conferencia la misma que analiza los informes emitidos y los textos propuestos, para llevar a cabo una discusión que termina por la redacción de un proyecto de texto definitivo. En el caso que se lleve cabo una doble discusión, la comisión elabora un bosquejo del contenido de un posible instrumento.

Tras esto, adoptadas las conclusiones por la Conferencia, la Oficina prepara un proyecto del texto a efectos que formulen sus comentarios, los mismos que se presentan conjuntamente con un nuevo proyecto revisado a la Conferencia del año siguiente. Nuevamente la Comisión de la Conferencia analiza las enmiendas sugeridas por los miembros. Luego de esto, el proyecto de conclusiones o el proyecto del instrumento es sometido al comité de redacción de la comisión para los efectos de su traducción y la corrección de incoherencias jurídicas y lingüísticas. Una vez hecho este trabajo, se pone el proyecto consideración de la Conferencia.

Una vez aprobado el proyecto por la Conferencia, este se remite al Comité de redacción de la Conferencia, el mismo que prepara los textos definitivos, los mismos que finalmente son sometidos a votación para su aprobación.

Este proceso puede ser sintetizado en el cuadro siguiente:

Gráfico N°4
Proceso de elaboración de un instrumento de la OIT



Fuente: Manual para la redacción de Instrumentos de la OIT. Guía Rápida, OIT¹³²

Del proceso para la aprobación de un instrumento de la OIT podemos destacar el tiempo que éste toma, ello por la cantidad de etapas, lo mismo que puede ser considerado positivo para poder tener una norma de calidad y sobre todo que recoja los comentarios de los países miembros en todas sus etapas. Esto permite tener normas mucho más realistas pues éstas son revisadas de manera tripartita por los países miembros, quienes remitirán sus comentarios

¹³² OIT, Manual para la redacción de instrumentos de la OIT : guía rápida, Oficina Internacional del Trabajo, p. 8

alcanzando a la OIT los por menores del asunto tratado desde su propia perspectiva.

2.2. Obligaciones que generan los instrumentos normativos de la OIT

Es menester determinar en el presente trabajo, las obligaciones que representa cada uno de los instrumentos normativos de la OIT. La Constitución de la OIT es la primera fuente a consultar, pues ésta en su artículo 19, numerales 5, 6 y 7, recoge las obligaciones de los miembros frente a los Convenios y Recomendaciones que emite esta organización.

De esta forma parafraseando lo señalado por la Constitución de este Organismo, en primer término, establece que por los Convenios los Estados miembros están obligados a:

- a) Someter el Convenio en el plazo de un año contado a partir de la clausura de la Conferencia (o por excepción en el plazo de 18 meses) a la autoridad o autoridades que competa el asunto a efecto que le den forma de ley o adopten medidas.
- b) Informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, sobre las medidas adoptadas para someter el Convenio a la autoridad competente, comunicando quienes son éstas y las medidas que éstas han adoptado.
- c) Comunicar la ratificación formal del Convenio al Director General y adoptar las medidas necesarias para hacerlo efectivo, siempre que el país miembro obtenga el consentimiento de la autoridad competente.
- d) Informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre el estado de la legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el Convenio, precisando en qué medida o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía administrativa o legislativa, contratos colectivos u otros, indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación

de dicho Convenio, siempre que el miembro no obtuviere el consentimiento de la autoridad competente.

De otro lado, las obligaciones de los países miembros en relación a las Recomendaciones han sido establecidas en el artículo 13 numeral 6 de la Constitución de la OIT, las mismas que son:

- a) Examinar la Recomendación a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo.
- b) Someter la Recomendación en el plazo de un año contado desde la conferencia o excepcionalmente en el plazo de 18 meses, a consideración de las autoridades que compete el asunto a efecto que le den forma de ley o adopten otras medidas.
- c) Informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas para someter la Recomendación a la autoridad competente, informándole sobre quién es ésta y las medidas adoptadas por ella.
- d) Informar sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en la Recomendación, precisando en qué medida se ha puesto o se proponer poner en ejecución las disposiciones de ésta y las modificaciones que considere o pueda considerarse necesario hacer a estas disposiciones para adoptarlas o aplicarlas.

Como podremos ver de las citadas disposiciones de la Constitución de la OIT, existen diferencias entre las obligaciones que genera cada uno de estos dos instrumentos normativos. Sin embargo, podremos ver ciertas similitudes en lo que refiere al procedimiento de sometimiento de ellos a las autoridades competentes dentro del país. No obstante, una importante similitud está dada por la obligación de comunicar el avance de su aplicación al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo. Ésta última similitud reviste una gran importancia pues puede dar espacio a una interpretación distinta de la vinculatoriedad de las Recomendaciones.

El hecho que se tenga que someter ambos instrumentos a consideración de la autoridad competente para su aplicación, y esto además reforzado con un proceso que implique informar exclusivamente sobre las medidas que se han tomado para que esta autoridad competente conozca del instrumento y comunique las medidas que se van tomar, dan cuenta de la existencia de un exigente mecanismo para lograr el cumplimiento de los instrumentos.

Como se podrá apreciar, este procedimiento no distingue entre Recomendaciones y Convenios, puesto que exige su cumplimiento para ambos. La OIT con esto asegura que los instrumentos que aprueba no queden quedar olvidados por los países miembros y hace que permanezcan en una continua evaluación para su aplicación. Además de ello, con una información entregada periódicamente, el país miembro encontrará una obligación tácita de ir mejorando en relación al año anterior y con esto de aplicar progresivamente los instrumentos de la OIT, sean estos Convenios o Recomendaciones.

Debemos precisar que la definición misma de los Convenios, permite inferir que éstos son vinculantes para los países miembros que los ratifican y estos tendrán la obligación de informar sobre el cómo vienen ejecutando el Convenio a través de su legislación, administrativamente, a través de contratos colectivos, o cualquier otra forma; sin embargo, en el caso particular de las Recomendaciones, se tienen obligaciones referidas a informar sobre el estado de la legislación y la puesta en práctica de los asuntos tratados en el instrumento. De esto podremos entender que si bien por definición las Recomendaciones no son obligatorias en su cumplimiento, generan obligaciones a los países miembros. En el cuadro siguiente podrán apreciarse las diferencias y similitudes relativas a los Convenios y Recomendaciones.

Cuadro N°4
Comparativo entre las obligaciones de los Convenios y
Recomendaciones de la OIT

Convenio	Recomendación
El convenio se comunicará a todos los Miembros para su ratificación.	La Recomendación se comunicará a todos los Miembros para su examen, a fin de ponerla en ejecución por medio de la legislación nacional o de otro modo;
Se obliga a someter el convenio a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas.	Cada uno de los Miembros se obliga a someter la Recomendación, a la autoridad o autoridades a quienes compete el asunto, a efecto que le den forma de ley o adopten otras medidas.
informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas.	Informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas.
Comunicará la ratificación formal del convenio al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio.	No hay ratificación
Si no se ratifica deberá informar sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio	Informar sobre el estado de su legislación y la práctica.

Fuente: Elaboración Propia

Lo dicho anteriormente, da cuenta del sistema de supervisión de las normas de la OIT y que éste busca que no solo los Convenios se cumplan sino también sus Recomendaciones. Así también busca que no solo los Convenios ratificados por los miembros merezcan tomar acciones para su aplicación, sino también se ha establecido un mecanismo para informar sobre las causas que impiden o dilatan su ratificación.

A este punto, entonces, corresponde preguntarnos ¿cuál es el grado de vinculatoriedad de las Recomendaciones de la OIT? Esta pregunta será respondida bajo nuestro criterio en el subtítulo siguiente.

2.3. ¿Cuál es el grado de obligatoriedad de las Recomendaciones de la OIT?

Como se habrá podido apreciar del título anterior, queda claro que el hecho que se trate de Recomendaciones y no de Convenios, no enerva el hecho que los Estados tengan algunas obligaciones respecto a las primeras. Las Recomendaciones por definición, son instrumentos que complementan Convenios, como se ha visto, o representan directrices para que los Estados miembros creen derecho.

Sin embargo, también habrá podido verse que las obligaciones que generan las Recomendaciones son importantes y contienen una obligación indirecta a los países miembros para su cumplimiento a través de su inclusión en sus legislaciones o través de cualquier otro medio.

Estas obligaciones son las de someter a consideración de la autoridad competente para su aplicación y de informar exclusivamente sobre las medidas que se han tomado para que esta autoridad competente conozca del instrumento y comunique las medidas que se van tomar; y, posteriormente se tienen obligaciones referidas a informar sobre el estado de la legislación y la puesta en práctica de los asuntos tratados en el instrumento.

Con estas obligaciones, que son muy equiparables a las de un Convenio de la OIT, se puede tener certeza que lo busca este organismo internacional es el cumplimiento de todos sus instrumentos normativos al margen del tipo que sean. Incluso, el artículo 19 establece una disposición relativa a la obligación que tienen los estados de informar a la OIT sobre las prácticas que tienen en relación a los convenios no ratificados. Esto constituye una obligación especial a los Estados miembros que no se circunscribe a solo los instrumentos ratificados, sino también a los que no, con el único fin de crear los incentivos para el cumplimiento de los objetivos esenciales de la OIT, que se deben ver como un todo, atendiendo además a que los derechos laborales se pueden equiparar a los Derechos Humanos.

De lo anterior se puede deducir que la preocupación de la OIT es el cumplimiento de todos sus instrumentos pues constituye un grupo importante de normas para lograr los fines que esta Organización persigue, sin importar la ratificación o el nivel de vinculatoriedad que por definición tienen los instrumentos emitidos.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos manifestar que las obligaciones jurídicas que contiene la constitución de la OIT relativos al cumplimiento de los instrumentos emitidos, no son las únicas que van a influir en el grado de vinculatoriedad de estos, pues existen algunas normas de supervisión y procedimientos de quejas y reclamaciones valiéndose de la naturaleza tripartita de la Organización. En este sentido, si un estado miembro no respeta un Convenio ratificado, puede ser denunciado por otro, algún delegado en la Conferencia Internacional del Trabajo, o cualquier organización de empleadores o trabajadores presentando una reclamación o queja. Si bien el mecanismo descrito se aplica sólo a los Convenios de la OIT, esto es muestra del interés que tiene esta Organización para el cumplimiento de sus instrumentos.

En este sentido, podemos concluir que por definición las Recomendaciones no son vinculantes en su cumplimiento, pero sí generan obligaciones a los países miembros para tomar medidas relativas a su implementación, sea por la forma legal o cualquier otra, además informando sobre su aplicación práctica. Estas obligaciones por su sola lectura crean la idea que las Recomendaciones en los hechos sí se convertirían en vinculantes, aunque no exigibles u oponibles por los agentes. A esto se suma los métodos de supervisión del cumplimiento de sus instrumentos que tiene la OIT y el cumplimiento de los objetivos generales que tiene este organismo, que constituyen mecanismos indirectos para la exigir el cumplimiento.

De otro lado, debemos precisar que una Recomendación de la OIT no podría formar parte del derecho nacional por el solo hecho que el Perú forme parte de referida organización. Como hemos podido ver en el tercer capítulo del presente trabajo, la Constitución establece un procedimiento para la

ratificación de los tratados, sin embargo, una Recomendación no esta sujeta a ratificación según la Constitución de la OIT, por lo que no puede ser sometida a este procedimiento y ni por tanto formar parte del derecho nacional. No obstante, esto no impide que en nuestro país se utilice como parámetro interpretativo o con el fin de dar contenido y motivar resoluciones judiciales o administrativas, o también como parámetro para definir la naturaleza del vínculo previa a la celebración de un contrato.

Sin necesidad de irnos lejos, el TC ya ha fundamentado sus fallos en algunas Recomendaciones de la OIT en más de una ocasión. Uno de estos casos, es la sentencia recaída en el expediente N° 3561-2009-AA/TC en el que discutía derechos relativos a la negociación colectiva, en la que se citó como fundamento de derecho a la Recomendación N° 91 y 166 de la OIT.

Así, esta sentencia estableció que: *“Por dicha razón, en el subpárrafo 1, del párrafo 2 de la Recomendación núm. 91, la OIT define al contrato colectivo como “todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores (...).”*”

Más adelante, señaló que: *“En buena cuenta, para los Convenios núms. 98, 151 y 154 y la Recomendación núm. 91, la negociación colectiva es concebida como el procedimiento que permite generar acuerdos y formalizar compromisos que den respuesta a los distintos intereses de los empleadores y trabajadores.”*

Finalmente, el TC sostuvo que: *“Al respecto, resulta importante tener presente que en el subpárrafo 2, del párrafo 4 de la Recomendación núm. 163 se señala que en “los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras deberían velar por que exista coordinación entre ellos.”*”

En otra resolución, el TC resultó más preciso y dejó ver que tanto los Convenios de la OIT como las Recomendaciones dan contenido a los derechos constitucionales del trabajo. Así se puede ver en la sentencia recaída en el expediente N° 00018-2013-AI/TC, en cuyo fundamento N° 58 estableció que:

“Tal conclusión no obsta, sin embargo, a que tomemos en cuenta —a modo de parámetro interpretativo— las disposiciones del Convenio 154 de la OIT, sobre la Negociación Colectiva, así como las Recomendaciones OIT 91, sobre los Contratos Colectivos, y 159, sobre las Relaciones de Trabajo en la Administración Pública, para el desarrollo del contenido normativo de los artículos 28 y 42 de la Constitución, preceptos que, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, deben ser interpretados a la luz de los Convenios 98 y 151 de la OIT.”

De otro lado, resulta también importante destacar la aplicación del Tercer Juzgado Civil de Chiclayo, que según refirió el TC, hizo un análisis para la aplicación de la Recomendación N° 192 de la OIT. Este juzgado determinó que la demanda era infundada pero para ello hizo una interpretación de referida Recomendación. Así el TC señaló en el considerando N° 2 de la sentencia recaída en el expediente N° 01660-2008-PA/TC:

“Que el Tercer Juzgado Civil de Chiclayo declara infundada la demanda por considerar que la documentación presentada por el demandante (certificado médico) es insuficiente para acreditar los fines que persigue en el proceso de autos y, por otro lado, porque la Recomendación N.º 162 de la OIT debe ser interpretada en el sentido de que no impide el acceso del adulto mayor al mercado laboral, sino que señala que este se realice en condiciones satisfactorias, y no de alto riesgo.”

Esta jurisprudencia nacional da cuenta que el TC ha motivado en varias ocasiones sus resoluciones con las Recomendaciones de la OIT. Esto nos permite concluir que no habría ningún impedimento para que los jueces motiven sus decisiones utilizando como parámetro interpretativo a las

Recomendaciones de la OIT, como instrumentos normativos de carácter internacional y generadores de obligaciones a los países miembros. Esto principalmente en los casos de desnaturalización de las relaciones civiles, por la frecuencia con que se presentan en sede judicial y ante la ausencia de normas legales nacionales que contemplen los indicios de laboralidad.

Además de la jurisprudencia nacional, existen organismos de Derecho Internacional como la Corte Europea de Derechos Humanos que han motivado sus resoluciones con las Recomendaciones de la OIT sin reparar en su aparente carácter de no vinculante, lo que por sí confirma que las directrices que éstas establecen han resultado relevantes para estos órganos de justicia. Estas resoluciones serán materia de análisis en el título referido al derecho comparado del presente trabajo.

3. LOS INDICIOS EN EL DERECHO PROCESAL

Es materia de análisis en el presente trabajo la aplicación de la Recomendación N° 198, como fuente de indicios o rasgos sintomáticos de una relación laboral. Probados estos o algunos de ellos, el juez podrá determinar que existe o existió una relación de trabajo. Sin embargo, en el campo jurisdiccional (que es lo que nos ocupa en el presente caso) de nada serviría, consideramos, que el juez reconozca o identifique estos indicios de laboralidad en el caso concreto cuando no tiene un instrumento legal de carácter procesal que lo habilite a determinar la existencia relación de trabajo una vez acreditados referidos indicios.

Sin lugar a dudas, la realidad supera al Derecho. En este sentido, si el Derecho tiene un marco normativo relativo a determinada relación jurídica o institución, la realidad le dará cara con una situación distinta que entrará en conflicto. Este conflicto llegará a un juez quien será el llamado a solucionarlo en base a lo que las partes prueben, y probablemente, no existirá prueba de haber seguido todas las formalidades establecidas por la ley para el negocio o la relación controvertida. Esta ausencia de prueba determinante o idónea,

no impide que el juez resuelva sobre la base de un conjunto de hechos probados con medios probatorios relativos a la controversia. A esto se le denomina prueba indiciaria.

Los indicios, como sucedáneos de medio de prueba en el derecho procesal, no sólo servirán para determinar la existencia de una relación laboral sino también serán útiles, en general, para crear convicción en el juez respecto de algo que no tiene una prueba o conjunto de pruebas indubitables aportadas al proceso.

El término “indicio” es definido por la RAE¹³³ como:

“1.m. Fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido.

2.m. Cantidad pequeñísima de algo, que no acaba de manifestarse como mensurable o significativa.”

La doctrina lo define como:

“(…) el rastro, vestigio, huella, circunstancia debidamente acreditado, susceptible de llevar por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.

El indicio constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones

útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta.”¹³⁴

Nuestro Código Procesal Civil (CPC), de aplicación supletoria a la NLPT, reconoce en su artículo 276 a los indicios como sucedáneos de los medios de prueba. Así, se refiere a estos señalando que:

“El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen

¹³³ Definición tomada del sitio web de la RAE: www.rae.es 18/12/2016.

¹³⁴ Ledesma, Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2008, p.969

al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia.”

El CPC reconoce a los indicios como un auxilio establecido por la Ley para lograr la finalidad de los medios probatorios. Sin embargo, doctrinariamente se han establecido requisitos para que estos indicios cumplan con los fines de los medios probatorios. Un indicio debe cumplir con que el hecho indicador debe ser íntegro y crear convicción en el juzgador, pues de lo contrario no se podrá inferir el hecho desconocido en el proceso y con esto no se podría llegar a alguna conclusión; y debe cumplir con una relación de correspondencia entre lo que se investiga y el hecho probado por el indicio.¹³⁵

Entrando en el campo probatorio del Derecho Laboral, tenemos que la posición probatoria en que se encuentra el trabajador es significativamente reducida frente a la posición que tiene el empleador. La posición económica del empleador frente a la del trabajador no es la única determinante de las diferencias en el vínculo laboral, sino también lo es la posición en el manejo de la información; el empleador puede tener toda la prueba relativa al vínculo, así como la posibilidad de ocultarla o eliminarla, lo que el trabajador no puede realizar. Atendiendo a esto, la prueba indiciaria en el campo del Derecho Laboral es esencial y debe ser utilizada por los jueces con mayor frecuencia pues su naturaleza es compatible con la esencia tuitiva del Derecho del Trabajo.

Para los efectos de lo que venimos estudiando, la prueba idónea de una relación de trabajo es un documento. Sin embargo, esto no podrá alegarse simplemente porque este contrato no existe cuando se demanda la desnaturalización de las relaciones civiles o el reconocimiento de una relación laboral. En este estado, la prueba idónea no se encontrará directamente relacionada a acreditar el contrato de trabajo, sino a aquellos hechos indicadores que probados podrán dar cuenta de la existencia de una relación laboral. En este caso la Recomendación N° 198 de la OIT establece una serie

¹³⁵ *Ibíd*, p.970

de indicios de la existencia de un vínculo laboral, los mismos que probados en juicio determinarán una sentencia favorable para el trabajador.

Los indicios que se establece en la Recomendación bajo estudio son de carácter sustantivo, pues estos precisan los elementos que deben considerarse o hechos indicadores; mientras que la norma procesal será la forma en que estos indicios se puedan utilizar en el proceso judicial contemplándolos como sucedáneo de los medios probatorios.

En este sentido la aplicación de la Recomendación N° 198 no podría materializarse sino se tiene una norma de carácter procesal que permita la valoración de la prueba indiciaria. En el caso de nuestro país esta norma existe por lo que no existe impedimento para aplicar referido instrumento internacional y, en general, utilizar este sucedáneo de prueba en el Derecho del Trabajo guarda relación con la naturaleza tuitiva de éste.

4. JURISPRUDENCIA NACIONAL SOBRE LOS INDICIOS DE LABORALIDAD

La realidad laboral de nuestro país, claramente dominada por una sociedad informal de acuerdo a las cifras que nos hemos permitido citar en el capítulo anterior, y lo que veremos en los resultados de nuestra investigación de campo, ponen en evidencia que los jueces se encuentran con frecuencia frente a casos relativos a la desnaturalización de los contratos de naturaleza civil. Esto los obliga a ir creando una línea jurisprudencial con el contenido de las resoluciones que van emitiendo.

Cada caso de desnaturalización de las relaciones civiles es, sin lugar a dudas, distinto. Cada relación o vínculo de trabajo encubierto es distinto, y será distinto también el material probatorio que presente el accionante. Sin embargo, existen algunos criterios comunes que constituyen síntomas de una relación laboral para la mayoría de casos. De acreditarse alguno o varios de estos supuestos el juez determinará la existencia de un vínculo laboral.

Siendo esto así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país, se ha pronunciado en varias ocasiones estableciendo los indicios o rasgos de una relación de trabajo. Así, la Casación Nº 3782-2011 Lima, ha establecido que:

“(…) implica que se esboce una suficiente motivación, en la que se incidan en los elementos probatorios directos e indiciarios que acrediten la laboralidad de los servicios; pudiendo recurrir, a modo enunciativo, a la verificación de indicadores de la existencia de una relación de naturaleza laboral, entre los que se anotan: a) Incorporación a una organización jerarquizada, sujeción a la función organizadora y directiva del titular; b) Sujeción de la actividad propia a la de la empresa; c) Obligación de ajustar la prestación a los criterios organizativos de quién lo proporciona; d) Facultad del dador de trabajo de impartir órdenes, así como la de sustituir, a su conveniencia, su voluntad a la del trabajador; e) Sujeción de quién presta el servicio a las órdenes e instrucciones del dador del trabajo; f) Poder de quien proporciona trabajo de dirigir y controlar la prestación; g) Ejercicio del poder disciplinario y sancionador; carácter personal y no sustituible de la obligación de prestar personalmente el servicio; h) Que la prestación suponga toda o la principal actividad personal del trabajador o se preste en condiciones de exclusividad; i) Carácter permanente o continuo de la prestación; j) Obligación de cumplir un horario; k) Marcar tarjeta u otros controles; l) Utilización de uniformes y ropa de trabajo proporcionada por la empresa; ll) Utilización en el trabajo de papelería o documentación de la empresa; m) Obligación de presentarse diariamente a la prestación del servicio; n) Obligación de disponibilidad; ñ) Identificación de un lugar para la prestación del servicio; o) Suministro de materiales por el posible empleador; p) ausencia de asalariados; q) Posibilidad de rechazo de tareas; r) duración del vínculo; s) Fijación de precios, rutas, provisión de carteras de clientes; t) Repetición de trabajos por defectos; u) Relación con terceros (ajenidad de mercado)”.

Referida casación ha realizado una basta lista enunciativa y no limitativa de indicios o rasgos de laboralidad. Dentro de tal listado destacan las referencias al poder de dirección del empleador, que implica la impartición de órdenes, imposición de sanciones, el control en la prestación de servicios, entre otros.

El TC también se ha pronunciado enunciando los indicios que a su criterio servirán para determinar la existencia de una relación laboral. Así en la sentencia recaída en el expediente N° 2541-2010-PA/TC ha señalado que:

“[P]ara determinar si existió una relación de trabajo entre las partes encubierta mediante un contrato civil, debe evaluarse si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación desarrollada o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) la prestación fue ejecutada dentro de un horario determinado; d) la prestación fue de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración del demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud”.

Los indicios de laboralidad establecidos por el TC son más sintéticos que los señalados por la Corte Suprema y recogen todos los ámbitos en los que podrá percibirse la existencia de una relación laboral, haciendo referencia a las facultades de dirección, duración de la prestación, el suministro de herramientas, el reconocimiento de beneficios sociales, entre otros.

Los mismos indicios de laboralidad han sido recogidos en la sentencia recaída en el expediente N°02541-2010-PA/TC sentencia que ha sido citada en un porcentaje muy importante de las sentencias emitidas por algunos Juzgados de Trabajo de Arequipa. En igual situación se encuentra la sentencia del expediente N°5463-2011-PA/TC, que también ha sido citada en varias sentencias por estos jueces. Como veremos en adelante, las sentencias que han aplicado los indicios de laboralidad establecidos en la jurisprudencia son mejor motivadas al haberse subsumido una mayor cantidad de hechos relevantes de las relaciones de trabajo encubiertas en los indicios de laboralidad.

En una resolución posterior, este mismo órgano de justicia, se ha pronunciado sobre unos indicios de laboralidad en la sentencia recaída en el expediente N° 3503-2012-PA/TC, los mismos que se han mantenido desde la emisión de la sentencia precitada anteriormente. Esta sentencia estableció:

“[D]e la documentación analizada, se puede concluir que no obstante que de los recibos por honorarios se desprende la existencia de una relación civil en el período de marzo a octubre de 2010, en los hechos se evidenciaba la existencia de una relación laboral del demandante con la entidad demandada, pues el monto mensual pagado era siempre el mismo, a manera de una remuneración mensual; el demandante cumplía una jornada laboral diaria de por lo menos ocho horas, la cual era supervisada a través de un sistema de manual de control de asistencia, y porque el demandante hacía labores de asistente legal. Dicha afirmación también fue corroborada por el Ministerio de Trabajo, pues constató que el actor prestaba servicios bajo un horario de trabajo”.

Este mismo tribunal en resoluciones anteriores, ha incidido en la asistencia y el horario de trabajo como principal indicio de laboralidad. Así se puede ver en el expediente N° 03912-2009-PA-TC, en el mismo que se estableció que:

“[O]bran los sucesivos contratos de locación de servicios suscritos entre el emplazado y el recurrente, con los que se acredita sus labores, ininterrumpidas, desde el 1 de febrero de 2001 hasta el 31 de julio de 2007; asimismo, con las copias del Cuaderno de Ocurrencias de la Oficina Zonal FONCODES, obrantes en el cuaderno del Tribunal, se advierte que el demandante cumplía con registrar su ingreso y salida de la institución emplazada, por lo que, con ello queda demostrado que se encontraba sujeto a un horario de trabajo. De igual forma, el Certificado de Trabajo (f. 32) y la Constancia de Servicios (f. 33) expedidos por el Gerente Zonal de Ayacucho del PROMUDEH y el Gerente de Administración de Ayacucho del MIMDES, evidencian que el demandante laboró con responsabilidad, dedicación, honestidad, puntualidad, y que percibía una remuneración mensual de S/. 2,300.00. Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante ha

desempeñado labores subordinadas y permanentes durante 6 años y 6 meses, resulta de aplicación el principio de la Primacía de la Realidad, quedando establecido que entre las partes existió una relación de naturaleza laboral a plazo indeterminado”.

Se podrá apreciar que el TC estima como un fuerte indicio de laboralidad el registro de asistencia al centro de labores, lo que es muestra de encontrarse sujeto a un horario y/o jornada de trabajo. De hecho, este indicio es muy importante, pues es una de las primeras manifestaciones del poder de dirección del empleador para reglamentar las funciones. Difícilmente se podrá ver un empleador que no establezca una jornada de trabajo, por lo que tras la apariencia de un contrato de naturaleza civil se podrá descubrir una relación laboral apreciando este aspecto.

Lo más importante de lo desarrollado en este título es que se podrá apreciar que los indicios de laboralidad no distan mucho de los establecidos en la Recomendación N° 198, o más bien contienen los mismos indicios, pero con una redacción distinta. Esto es muestra que los indicios de laboralidad son generales y equiparables alrededor del mundo, por lo que no sería dable que un juez afecte el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales utilizando un criterio que difiera mucho de los preestablecidos. Esto será materia de análisis en los resultados de la investigación de campo, que forma parte del próximo capítulo.

Finalmente es visible, que en la jurisprudencia nacional sí existen indicios de laboralidad reconocidos, por lo que será materia de la investigación también determinar si los jueces citan expresamente dichas resoluciones como parte del juicio para determinar la existencia o no de una relación de trabajo, lo que será también materia de la investigación de campo.

5. DERECHO COMPARADO SOBRE EL RECONOCIMIENTO DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LAS RECOMENDACIONES DE LA OIT

El reconocimiento de la relación laboral es una preocupación internacional y el solo hecho de contemplarse en un instrumento internacional es muestra de esto. El encubrimiento de las relaciones de trabajo tras la apariencia de contratos civiles o comerciales constituye una práctica que llevan adelante muchos empleadores alrededor del mundo con el fin de no cumplir con las normas que brindan protección a los trabajadores. Este fenómeno obedece a muchas causas, algunas de ellas las hemos revisado en el capítulo anterior.

El análisis de derecho comparado sobre el reconocimiento de la relación de trabajo resulta importante en el estudio de cualquier institución jurídica, y lo es con mucha mayor razón cuando lo que se investiga es relativo a un instrumento de derecho internacional. En este sentido en las líneas siguientes plasmamos un análisis del tipo normativo y otro jurisprudencial sobre lo que es materia del presente trabajo.

5.1. Análisis de derecho comparado normativo

El análisis que realizaremos estará referido a normas jurídicas, sin distinguir entre su rango, que rigen en los países en lo relativo al reconocimiento de la relación laboral.

Así, como primer texto normativo, podemos acercarnos al caso de Irlanda, país en el que existe un Código de Práctica para la determinación del empleo o autoempleo, o en inglés, *Code of Practice for determining employment or self-employment status*. Este texto normativo establece una serie de criterios para facilitar la determinación de una relación de trabajo.

Este Código estableció como algunos de los criterios los siguientes¹³⁶:

¹³⁶ OIT, Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation No. 198, International Labour Office, Governance and Tripartism Department, Geneva: ILO, 2013, p.4-5.

- Encontrarse bajo el control de otra persona quien dirige el cómo, cuándo y dónde se desarrolla la labor.
- Sólo provee con su trabajo.
- No puede subcontratar el trabajo.
- No provee de materiales
- No provee equipamiento o herramientas.
- No está expuesto al riesgo financiero.
- No asume la responsabilidad de la inversión y administración del negocio.
- Trabaja determinado número de horas o semanas.

Los mencionados, son algunos de los criterios que ha establecido referido Código de Prácticas y son un referente objetivo y expreso para la determinación de una relación de trabajo en Irlanda.

De otro lado, en Hungría se ha establecido una directiva administrativa emitida por el Ministerio de Trabajo y Ministerio de Economía de tal país que contiene también los criterios para determinar la existencia de una relación de trabajo. Esta directiva establece como criterios la integración del trabajador en el negocio y su organización, duración del trabajo y horario, el lugar de la realización del trabajo, pago en especies, aseguramiento de la seguridad y salud en el trabajo y el contrato escrito.¹³⁷

Así mismo, la determinación de la existencia de una relación de trabajo también ha tenido como consecuencia el establecimiento de una presunción legal en las normas de otros países. En nuestro país esta presunción la encontramos tanto en la LPCL como en la NLPT. Sin embargo, podremos ver que esta presunción legal en otros países no se aplica con la simple prestación de los servicios, sino que exige además el cumplimiento de otros requisitos. En esta línea se puede ver el caso de Portugal, cuyo Código de Trabajo en su artículo 12 establece que se presumirá la existencia de una relación de trabajo cuando:

¹³⁷ *Íbid*, p. 5

- La actividad es desarrollada en un lugar que pertenece al beneficiario o se desarrolla en un lugar designado por él.
- El equipamiento y herramientas de trabajo son proporcionados por el beneficiario.
- El trabajo se realiza en el tiempo que el beneficiario lo señale.
- Se paga un monto con cierta regularidad como retribución a la actividad realizada.
- El trabajador realiza labores de administración o liderazgo para el empleador.

Como se podrá ver la presunción establecida en Portugal no es simple y establece una serie de supuestos para que se pueda aplicar la presunción de laboralidad, en contraste con lo que sucede en nuestro país en dónde esta presunción es más flexible. Similar situación podremos encontrar en España, pues el Estatuto de Trabajadores, ha establecido en su artículo 8 que:

“(...) Se presumirá existente (el contrato de trabajo) entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que recibe a cambio de una retribución a aquel.”

Esta presunción exige que se acredite que el trabajador se haya integrado a la organización y dirección que tenga el empleador, lo que convierte en complicada la prueba de una relación de trabajo.

En Malta, la Noticia Legal 44 del 2012, enmendada por la noticia legal 110 del 2012, ha establecido como criterios para determinar la existencia de una relación laboral^{138:}

- Que el trabajador tenga por lo menos el 75% de sus ingresos al año de una sola fuente.
- El tipo y cantidad de trabajo se determina por el beneficiario del servicio.
- Las herramientas, el equipamiento y materiales son proveídos por la persona que recibe el servicio.

¹³⁸ *Ibíd*, p. 30

- Existe un tiempo de trabajo y periodos mínimos de trabajo establecidos por el que recibe el servicio.
- El servicio prestado es personal y no se admite subcontratación.
- La integración del trabajador a la organización y el proceso productivo.
- La importancia de la actividad en el empleador.

Sin perjuicio de lo anterior, como parte del esfuerzo para evitar contrataciones fraudulentas bajo la apariencia de una relación civil o comercial, se han establecido dispositivos que reconocen la calidad de trabajadores bajo relación de subordinación a ciertos grupos de ellos por la naturaleza de servicios que prestan.

Así, en el caso de Francia, se ha establecido en su Código de Trabajo que los periodistas, artistas de interpretación, modelos de moda, representantes de ventas, brindan servicios de naturaleza laboral.

Caso similar encontramos en Grecia, en los que se ha contemplado como dependientes a quienes prestan servicios como guías de turistas, y técnicos de cine y radiodifusión.

De esta manera se puede ver que en otros países han previsto que determinados servicios son considerados como prestados en un vínculo laboral sin admitir prueba en contrario, según la naturaleza de las funciones que realizan. Claro está, esta clasificación se realiza luego de un análisis de circunstancias propias de cada país que exigen una protección especial a determinados grupos de trabajadores.

Sin perjuicio de lo anterior, cada país ha establecido sus propias disposiciones en relación a algunos de los criterios para la determinación de una relación laboral. Es el caso, por ejemplo, de Eslovenia, que profundizando sobre el control del trabajo y las instrucciones, han señalado que existe una relación de trabajo cuando el trabajador es incluido en el organizado proceso de

producción del empleador, a cambio de una remuneración, llevando a cabo sus labores de acuerdo a las instrucciones y bajo el control del empleador.¹³⁹

Así también se puede ver el caso de Eslovaquia en lo referido al horario de trabajo y el lugar de prestación del servicio. Así el Código de Trabajo de referido país ha establecido en la sección 43(1) como requisitos del contrato de trabajo:

- Describir las actividades a realizar
- Señalar el lugar de trabajo
- Los días de trabajo
- Condiciones salariales

De otro lado, este mismo país ha incidido también en la disponibilidad del trabajador, recogiendo en el artículo 96(1) de su Código de Trabajo la modalidad de trabajo *stand-by*.

Finalmente, Liechtenstein ha establecido que cuando el empleador realiza la provisión de herramientas y materiales se debe formalizar un contrato de trabajo con el trabajador ello de acuerdo a la sección 1173a, del artículo 23(1) del Código Civil del Liechtenstein.

Como se habrá podido ver, no son pocos los países que tienen como preocupación el reconocimiento de la relación laboral para lograr una adecuada protección a los derechos de los trabajadores. Cada país ha establecido distintos medios para poder lograr esta protección, medios que pasan por contemplar en sus legislaciones indicios y presunciones de laboralidad, así como el reconocimiento de la protección del Derecho Laboral a ciertos grupos de trabajadores que por las características de la prestación de sus servicios configuran los elementos de un contrato de trabajo. Estas disposiciones varían en su contenido según las circunstancias que existen en cada país, pero para lo que es esencial para este trabajo de investigación,

¹³⁹ Employment Relationship Act, 1 January 2003 Section 4(1)

podemos ver que los indicios de laboralidad están contemplados en las legislaciones de tales países.

En este sentido, lo expuesto en el presente subtítulo nos permite sostener que la inclusión de los indicios de laboralidad en la legislación no es algo que no exista, y que por el contrario ésta resulta importante para la seguridad jurídica de los ciudadanos. Esto además brinda a los operadores de justicia un referente normativo objetivo para la resolución de controversias relacionadas al reconocimiento de la relación laboral. Dicho esto, y con vista a la legislación de otros países, podemos sostener que en nuestro país sería muy positivo incluir lo indicios de laboralidad en nuestra legislación, como un referente objetivo para resolver los casos judiciales y administrativos de la materia, dotar de un referente normativo a los contratantes para calificar el vínculo y proteger la vigencia del Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

5.2. Análisis de derecho comparado jurisprudencial

La jurisprudencia también es fuente del Derecho y esta constituye la línea de criterio que tienen los órganos que administran justicia respecto a algún tema en particular. Por su naturaleza esta es más flexible y tiene mayor capacidad de adaptación que las normas legales, las mismas que no cambian con frecuencia y en algunos casos se tornan en obsoletas. El Derecho del Trabajo en particular, es una disciplina que atraviesa por cambios permanentemente, los mismos que se derivan de la realidad económica cambiante de cada Estado, lo que determina que las decisiones empresariales vayan cambiando acorde al mismo.

La determinación de la relación laboral debe ir avanzando conforme a la realidad pues las necesidades del mercado son también variables. Esto se traduce también en una forma distinta de contratar servicios y el Derecho debe adecuarse a estas realidades. La jurisprudencia se convierte en este punto en una fuente del Derecho que tiene mayor facilidad para adaptarse, de ahí que resulta importante revisarla con frecuencia.

En el tema particular de la determinación de una relación de trabajo, en el caso particular de Italia, la Casación Civil N° 28525 de diciembre del 2008, ha establecido como elemento infalible de una relación de trabajo a la subordinación, entendida como la sumisión del trabajador al poder de administración del empleador, siendo que los demás elementos de la relación tales como la colaboración, la observancia de un tiempo de trabajo, la continuidad de los servicios, la incorporación del servicio a la organización la falta de riesgo y el salario son incidentales, se deberán tomar como un todo.¹⁴⁰

El reconocimiento de ciertos beneficios en la relación contractual son indicios de la existencia de una relación de trabajo. Para esto en Luxemburgo, el pago de licencia anual, el pago de feriados públicos, o de conceptos similares, son fuertes indicios de laboralidad, así como también lo es por ejemplo el pago de un bono familiar.¹⁴¹

Este último país a través de su jurisprudencia ha establecido como indicio de laboralidad el hecho que las iniciales del nombre del trabajador formen parte del nombre de la empresa. Así mismo también, el hecho que se utilice un uniforme, y que el trabajador se encuentre dentro de un equivalente a la planilla de pagos en nuestro país.¹⁴²

La jurisprudencia en estos países refleja los criterios para el reconocimiento de la relación laboral. Cosa distinta no sucede en nuestro caso, sin embargo, podremos apreciar que muchos de nuestros jueces relegan a la jurisprudencia como fuente del Derecho prefiriendo la aplicación de la norma legal, la que muchas veces no logra solucionar las controversias si no es por una interpretación, la misma que no puede desconocer anteriores criterios con el fin de evitar variedad de ellos respecto a una misma materia.

¹⁴⁰ *ibíd*, p. 37

¹⁴¹ CSJ, IIIe, 9.2.2006, No. 28060 y CSJ, IIIe, 27.2.2003, No. 26541

¹⁴² CSJ, VIIIe, 10.7.2008, No. 32804, CSJ, VIIIe, 27.11.2008, No. 32887, y CSJ, IIIe, 9.2.2006, No. 28060.

5.3. Las Recomendaciones de la OIT en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos

La Corte Europea de Derechos Humanos (Corte) como organismo internacional que administra justicia en materia de Derechos Humanos entre los países de continente europeo, ha emitido en más de una ocasión resoluciones relativas al Derecho del Trabajo. Consideramos indiscutible la calificación de Derechos Humanos de los derechos relativos al trabajo considerando que todo ser humano tiene derecho a un trabajo digno que le permita realizarse y solventar sus necesidades básicas.

En este sentido se podrá ver que han existido casos en los que referida Corte se ha avocado a resolver causas que tienen como controversia la vulneración de los Derechos Humanos en relación al Derecho del Trabajo. Para ello, estas resoluciones han citado una gran cantidad de normas de la OIT entre otros textos, para dar fundamento a sus decisiones. Podremos apreciar de esto, que este organismo motiva sus resoluciones con Recomendaciones de la OIT sin distinguir en su grado de vinculatoriedad, lo mismo que nos permite sostener que para este órgano estas normas no tienen que ser vinculantes para servirle como fundamento para resolver.

Siendo esto así, como caso trascendente, tenemos el caso “Pastorul cel Bun contra Rumanía” (Demanda N° 2330/09). El mismo que es un caso en el que se discute la validez de la inscripción de un Sindicato conformado por treinta y dos sacerdotes ortodoxos de las parroquias de la ciudad de Oltenia en Rumanía.

Como síntesis de los hechos se tiene que este grupo de religiosos solicitó al amparo de las normas laborales de Rumanía el reconocimiento de la personalidad jurídica de un sindicato. Sostuvieron que la creación de un sindicato no estaba ni si quiera prohibida por la Ley de libertad religiosa. Esta posición fue apoyada por la Fiscalía.

Sin embargo, los representantes de la iglesia que participaron como terceros con interés en el proceso, sostuvieron que en efecto los miembros del sindicato eran trabajadores de la Archidiócesis, no obstante, alegaron que la constitución de un sindicato sin el permiso y bendición del Arzobispo estaba prohibida. Además, de acuerdo a Ley, este sindicato no podía estar integrado por miembros que ejerzan labores de dirección, siendo que muchos de ellos ocupaban cargos de esta naturaleza en la iglesia.

A lo largo del proceso, muchos de los sacerdotes manifestaron su voluntad de abandonar el sindicato, sin embargo, éste terminó con una resolución favorable para ellos ordenando el reconocimiento e inscripción del Sindicato. Sin embargo, la Archidiócesis apeló esta sentencia señalando que las normas de derecho internacional y nacional que se aplicaron no corresponden y que esta sentencia además implicaba la vulneración del derecho a la libertad religiosa al permitir que se organicen de una manera distinta las tradiciones, afectando la autonomía de las comunidades religiosas.

Posteriormente, en sentencia definitiva se revoca el registro del sindicato acogiendo principalmente el argumento relativo a las funciones directivas que ejercían los miembros del sindicato. Siendo esto así el sindicato interpuso una demanda en contra de Rumanía por la vulneración al artículo 11 referido a Libertad de Reunión y Asociación del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

A lo largo de la sentencia se hace referencia a una serie de normativa de carácter internacional referida al Trabajo. Así se citaron distintos instrumentos normativos de la OIT para los efectos de motivar la sentencia que se emitió. Dentro de los instrumentos referidos se encontró principalmente el Convenio N°87 de la OIT referido a la Libertad Sindical y a la Protección al Derecho de Sindicación ratificado por Rumanía. Así también, para lo que es de nuestro interés, se utilizó como motivación a la Recomendación N° 198 de la OIT citando como parte relevante para el caso los indicios de laboralidad que ésta establece.

Se podrá apreciar que esta sentencia no distinguió, para efectos de la aplicación al caso concreto, entre un Convenio ratificado de la OIT y una Recomendación emitida por este mismo organismo. Hemos revisado que por definición estas últimas no generan más que la obligación de informar a la OIT sobre su aplicación, sin embargo, vemos que en resoluciones como la traída a colación se ha citado como parte de motivación. Esto da cuenta de la importancia que tienen las Recomendaciones de la OIT y que su definición *per se* no puede implicar que su contenido se desconozca por quienes imparten justicia.

Como parte de los fundamentos, la Corte expone su razonamiento refiriéndose a la naturaleza del vínculo que existe entre los clérigos y la iglesia, lo que resulta relevante para el estudio de la Recomendación N° 198, y nos permitimos reproducir:

“La comunidad religiosa puede utilizar un contrato de trabajo en las relaciones con su clero, pero no tiene la obligación de hacerlo, y en muchos casos no lo utiliza. Sin embargo, aunque no exista un contrato de trabajo, los miembros del clero normalmente tienen derecho a las prestaciones sociales en las mismas condiciones que otros beneficiarios del sistema de seguridad social. En la minoría de los Estados, las relaciones se rigen por el derecho laboral aplicable, aunque los miembros del clero están obligados a cumplir con un deber de lealtad de mayor entidad hacia la comunidad religiosa en la que trabajan.”

Finalmente, la Corte por mayoría sentenció que no había existido una vulneración al derecho de Libertad de Reunión y asociación contemplado en el convenio Europeo de Derechos Humanos, sin embargo el razonamiento que expuso la Corte sirve para concluir sobre la relevancia que tiene la Recomendación bajo estudio por su contenido y su aplicación equiparada sin distinción paralelamente a un Convenio de la OIT ratificado.

Otro importante caso en que la Corte se ha pronunciado, es el caso I.B. v. Grecia (Demanda N° 552/10), que una demanda que interpone un ciudadano

cuya identidad se oculta a pedido suyo, que fue despedido de la empresa en la que laboraba por el hecho que sus compañeros de trabajo temían que les contagie el virus del VIH que había contraído tiempo atrás, para lo que presionaron a su empleador con el fin que lo despida. El empleador cedió ante la presión de los trabajadores, según sostuvo para propiciar un buen clima laboral, y despidió al demandante pagándole para estos efectos la indemnización establecida en la legislación de Grecia y el pago de sus vacaciones.

En este caso, la Corte motivo su resolución con la Recomendación N° 200 de la OIT que es la Recomendación sobre el VIH y el SIDA y el mundo del trabajo. La Corte citó este instrumento para motivar su decisión en tanto esta se encontraba estrechamente ligada a la materia controvertida. Se tiene que el conflicto es de materia laboral y se encuentra relacionada a la discriminación por tener el virus del VIH, siendo que el instrumento utilizado es emitido por la OIT y en exclusiva para tratar esta materia, por lo que su aplicación es indiscutible.

Tal sentencia estableció en su punto 32 que:

“32. Esta Recomendación es el primer instrumento de derechos humanos sobre el VIH y el sida en el mundo laboral. Fue aprobada por amplia mayoría de los representantes gubernamentales, de la patronal y de los trabajadores de los Estados miembros de la OIT en la Conferencia Internacional del trabajo en junio de 2010. En concreto establece (...)”

Más adelante, en el punto 44 de tal sentencia, la Corte sostuvo que:

“84. Por otra parte, el Tribunal constata que las normas contrarias a la discriminación incluidas en varios textos de carácter internacional ofrecen protección a las personas con VIH. En este contexto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido la condición de portador del VIH como causa de discriminación prohibida. Además, hay un número cada vez mayor de textos específicos de carácter internacional como la Recomendación n° 200 de la OIT sobre el VIH y el sida

y el mundo del trabajo que contienen normas relativas a las personas seropositivas y que prohíben especialmente la discriminación laboral.”

Como se podrá apreciar de ambas sentencias de la Corte han recogido a las Recomendaciones de la OIT para motivar sus fallos, sin distinguir entre su grado de vinculatoriedad. Esto da cuenta que para la resolución de sus conflictos, este organismo valora el contenido de estos instrumentos y su aporte para resolver el caso en concreto sin considerar si esta resulta o no obligatoria para las partes.

Esta tendencia de la Corte encuentra concordancia también con el TC que ha aplicado Recomendaciones de la OIT para resolver los casos que conoce sin analizar el grado de vinculatoriedad de este instrumento, lo que nos permite sostener que no existe impedimento alguno para que los jueces de trabajo de nuestro país apliquen de igual manera estos instrumentos para motivar sus sentencias, máxime si el instrumento desarrolla *in extenso* una materia en particular que no ha sido legislada internamente. Tal es la situación particular de la Recomendación N°198 de la OIT cuyos indicios de laboralidad no se encuentran en la legislación, por lo que su aplicación por los jueces y su inclusión en la legislación debe realizarse.

6. LA RECOMENDACIÓN N° 198 DE LA OIT

El presente trabajo de investigación muestra los resultados de un estudio sobre la aplicación de la Recomendación N° 198 de la OIT. Esta recomendación se adoptó en la nonagésima quinta reunión de la Conferencia Internacional de Trabajo en Ginebra el 16 de junio del 2006, y se le denominó la Recomendación sobre la relación de trabajo.

Este instrumento ha sido tomado para realizar nuestro trabajo de investigación en el extremo en que establece una lista de indicios de laboralidad para determinar la existencia de una relación de trabajo. Este listado, según la propia Recomendación, podría ser tomado en cuenta por los países miembros incluyéndolos en su legislación para lograr referido propósito.

No obstante, esta Recomendación es muy rica en su contenido y aborda una serie de temas relativos a la relación de trabajo, como es crear una política nacional de protección a los trabajadores, el movimiento transnacional de ellos o también la solución de controversias sobre la existencia y condiciones de la relación de trabajo. En este sentido, será materia del presente título desarrollar el contenido de esta Recomendación para referirnos finalmente a los indicios de laboralidad que ésta contiene.

6.1. ¿Por qué se adoptó esta Recomendación?

Como cualquier instrumento normativo, al margen que sea uno emitido por la OIT, tiene motivos o razones de su emisión, los mismos que solemos encontrar en la exposición de motivos o los considerandos del instrumento. En el caso de los instrumentos normativos de la OIT podemos encontrar que todos estos establecen una serie de considerandos que contiene las razones y los antecedentes de su emisión.

Para el caso de la Recomendación bajo estudio, tenemos como un importante considerando para su emisión reconocer a la protección de los trabajadores como esencia del mandato de la OIT y conforme a los fundamentos de su constitución y su programa de Trabajo Decente. Este punto podría ser un considerando genérico y podría encontrarse en cualquier otro instrumento de la OIT, sin embargo, para lo que es materia de desarrollo en la Recomendación N° 198, cobra una especial relevancia cuando relacionamos el reconocimiento de una relación laboral con la protección de los derechos de los trabajadores. Como hemos referido en líneas anteriores del presente trabajo, una legislación adecuada sobre la protección de los derechos de los trabajadores, no tendría sentido cuando existe en la práctica dificultades para reconocer la existencia de la misma. Estas dificultades pueden encontrarse cuando hay vacíos legales, problemas en la administración de justicia, una débil capacidad de fiscalización, desinformación, entre otros, que crean incentivos negativos a los empleadores para ocultar una relación de trabajo.

Precisamente sobre lo mencionado anteriormente, encontramos que el instrumento estudiado, considera posteriormente “las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivas de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación”. Esto pone en evidencia que en realidad pueden existir situaciones en que los derechos y obligaciones de las contratantes pueden confundirse con las de otros contratos no laborales. Esto ya lo hemos analizado anteriormente cuando se tocó el tema de la huida del derecho laboral y se habló de figuras como la intermediación o la tercerización de servicios. Tampoco podemos dejar de referirnos al contrato por excelencia de prestación de servicios no subordinados que es el contrato de Locación de Servicios. Este contrato puede perfeccionarse al punto de encubrir una relación de trabajo, vulnerando los derechos laborales de los trabajadores.

Sin embargo, lo más importante de este considerando es su referencia a las insuficiencias o limitaciones en la legislación, su interpretación o su aplicación, y esto es precisamente lo que es recogido en el presente trabajo de investigación. En la actualidad la legislación peruana establece presunciones de laboralidad, y una definición de los elementos de la relación laboral, mas no tenemos un referente normativo de los indicios o rasgos de laboralidad, lo que a criterio nuestro representa una limitación importante para cautelar los derechos de los trabajadores especialmente cuando nos encontramos en escenarios en que se han perfeccionado contratos de Locación de Servicios, sumados a la posición dominante que implica el nivel de información y el poder para ocultar o crear prueba de los empleadores. Dicho esto, los indicios de laboralidad inmersos en el sistema jurídico nacional se convertirían en un importante medio para descubrir relaciones de trabajo en nuestro país.

De otro lado, la protección a los trabajadores debería ser eficaz y accesible a todos, basándose en leyes efectivas y de amplio alcance, que fomenten el cumplimiento voluntario y esto es precisamente lo que recoge esta Recomendación en otro de sus considerandos. A lo largo del presente trabajo hemos revisado estudios de la misma OIT que han dejado ver que mucha

legislación laboral que promueve la formalización del trabajo a través de regímenes laborales más flexibles para los empleadores no es utilizada por ellos pese a que les supone menores costos, y es aquí donde podremos encontrar a la falta de información y accesibilidad a ésta que existe y que limita la protección adecuada a los trabajadores. Si bien la OIT establece que este acceso a la protección debe ser posible en especial a los trabajadores vulnerables, es muy importante hacer primero que este cumplimiento sea voluntario por parte de los empleadores con un adecuado acceso a la información, que tendría como beneficiarios finalmente a los trabajadores.

La prestación de servicios transnacionales, también fue motivo de la emisión de la Recomendación estudiada. La OIT considera que es importante determinar en este tipo de prestación de servicios, quién es el trabajador vinculado con una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es su empleador. La Recomendación ha recogido en su artículo 7 algunas sugerencias con el fin de promover una adecuada protección y prevenir abusos en contra de los trabajadores migrantes que se encuentran en los territorios de los países miembros. Estos trabajadores se pueden encontrar en una situación de incertidumbre respecto a su calidad en la relación contractual y sobre el conocimiento de sus derechos laborales, lo mismo que lógicamente los pone en mayor desventaja en relación a su empleador que un trabajador nacional. Así también, esto llevó a la OIT a evaluar el caso en que los trabajadores son contratados en un país para laborar en otro, para evitar que en la práctica estos vean vulnerados sus derechos laborales.

Finalmente, es menester hacer referencia a la incertidumbre como término recurrente en el texto de la Recomendación, no solo en su parte considerativa sino también a lo largo de sus disposiciones. Este término también forma parte de nuestra investigación atendiendo a que es posible que ante la ausencia de indicios o rasgos de laboralidad establecidos en la legislación los jueces pueden aplicar criterios disímiles para la determinación de una relación de trabajo.

Uno de los considerandos de esta Recomendación considera *“que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que*

resolverse de modo que se garantice una competencia leal y la protección efectiva de los trabajadores (...)”. Ciertamente, ante un contrato civil perfeccionado, la desinformación sobre sus propios derechos, y otros, van a crear una situación de incertidumbre sobre la calificación de su relación con su empleador, lo que puede tener como consecuencia la vulneración de sus derechos.

En el presente trabajo hemos abordado el tema de la incertidumbre desde una óptica procesal: las partes no sabrán en un proceso de desnaturalización de relación civil si la razón la tendrá el trabajador o el empleador. Esta situación está dada porque no se tiene como referente en la legislación un listado de indicios de laboralidad. La misma incertidumbre la tendrá el empleador que no conocerá si la relación contractual que calificó como una de locación de servicios es en realidad una relación de trabajo.

Habiendo desarrollado los principales motivos de la adopción de la Recomendación N° 198 tenemos que este instrumento abordó a la relación de trabajo desde una óptica muy amplia que no se limitaba a los indicios de laboralidad, sino también a reconocer temas como el movimiento transnacional de trabajadores, al ocultamiento de las relaciones de trabajo, las políticas nacionales de protección, entre otros. Cada uno de estos considerandos ha merecido un desarrollo en el articulado de este instrumento, lo mismo que será revisado en el subtítulo sucesivo.

6.2. Lo que la Recomendación establece

La Recomendación bajo estudio ha establecido un articulado referido a la relación de trabajo. Este instrumento se divide en tres títulos: el primero referido a la política nacional de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo; el segundo, que se refiere a la determinación de la existencia de una relación de trabajo; y, el tercero, al seguimiento y aplicación de la Recomendación misma.

Sobre el primer punto, mediante este instrumento la OIT señala que debería formularse y ejecutarse una política nacional de protección a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la misma que debería ser definida por la legislación o la práctica nacionales teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes.¹⁴³

De estos primeros artículos de la Recomendación estudiada podemos ver que ésta dispone la formulación y aplicación de una política de protección a los trabajadores y que ésta debería estar incluida en la legislación. Esto último da cuenta del interés de la OIT en que los países incluyan referida política en su sistema jurídico bajo la forma de una norma, sea cual fuere su rango; lo mismo que consideramos importante para efectos de asegurarse que los sujetos que deban aplicarla estén plenamente informados sobre ella, lo que no pasaría, por lo menos en nuestro país, con otro tipo de fuente como podría ser la jurisprudencia, que no es la fuente de Derecho privilegiada por la mayoría de los jueces.

La referencia a las normas internacionales al momento de formular la política de protección a los trabajadores, remite automáticamente a los países miembros a revisar principalmente los instrumentos normativos que ha adoptado la OIT. Estos instrumentos van a nutrir la legislación nacional y garantizar con esto una protección adecuada a los trabajadores.

El artículo 4 de la Recomendación hace referencia a algunas medidas que podría incluir la política nacional referida, encontrando dentro de este listado, para efectos de lo que nos es relevante en el presente trabajo, las de:

- Proporcionar a los interesados, trabajadores y empleadores, orientación sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.
- Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas.
- Prever una formación apropiada y adecuada sobre las normas internacionales del trabajo.

¹⁴³ Artículos 1 y 2 de la Recomendación 198 de la OIT.

Los dos primeros puntos han sido tocados en varias etapas del desarrollo de este trabajo. Proporcionar la información y orientación adecuada ha sido desde el comienzo para nosotros un punto esencial que, de cumplirse eficazmente por el Estado, va a determinar que haya una mejor protección a los derechos de los trabajadores. Empleadores y trabajadores más informados sobre sus derechos y obligaciones harán cerrar esta gran brecha que a la fecha existe sobre el nivel de información entre las partes; y por el lado de los empleadores, podrán acogerse a alguno de los regímenes más favorables económicamente.

En cuanto a la lucha de las relaciones encubiertas debemos destacar que lo es que materia de estudio en el presente trabajo ha sido una preocupación de la OIT, institución que a nivel internacional ha podido ver esta problemática. El encubrimiento de las relaciones laborales constituye una huida del Derecho del Trabajo que vulnera los derechos de los trabajadores. Sobre este tema hemos profundizado en los capítulos anteriores, por lo que resulta poco práctico referirnos conceptualmente a este fenómeno. Sin embargo, debemos señalar respecto a la aplicación de este instrumento internacional en nuestro país por los jueces, que el hecho que se haya reconocido al encubrimiento de las relaciones de trabajo como una problemática en esta Recomendación puede llevarnos a considerar que el instrumento en sí y sus disposiciones, principalmente en lo que refiere a los indicios de laboralidad, debieran ser aplicados por ellos para fundamentar sus decisiones. La especialidad de este instrumento y su naturaleza internacional permitirán a los jueces motivar de una mejor manera sus sentencias en los casos de desnaturalización de las relaciones civiles.

La incertidumbre referida a la determinación de una relación de trabajo preocupa a la OIT. El artículo 5 de esta Recomendación recoge este término para describir lo que en la práctica sucede: empleadores y trabajadores encuentran dificultad para determinar que tienen una relación de trabajo, siendo que la mayor parte de estas incertidumbres sólo perjudica a quienes prestan servicios. La incertidumbre también, como hemos manifestado se presenta a nivel procesal, cuando no se conoce si al final del proceso se determinará la existencia de una relación de trabajo o no. La posición

dominante del empleador podrá permitirles probar cómo es que se había podido llevar a cabo la relación contractual defendiendo un contrato de Locación de Servicios, por lo que en ese escenario el trabajador podría verse desfavorecido pese a la aplicación de las presunciones legales de laboralidad. Sin embargo, esta incertidumbre podrá trasladarse al empleador, quien de buena fe, puede haber definido como una prestación de servicios de naturaleza civil la que había contratado, pero ante la ausencia de disposiciones legales relativas a la relación de trabajo, éste puede verse sorprendido con un fallo adverso que determinar una relación laboral. La labor del Derecho será entonces en el sentido de eliminar la incertidumbre y no afectar el principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

Como último punto del primer título de la Recomendación, se recoge el caso del movimiento transnacional de los trabajadores¹⁴⁴. La OIT se pone en el supuesto en que los trabajadores presten servicios en un país distinto al suyo y/o que hayan sido contratados en su país para trabajar en otro. Con la prestación de servicios en un ámbito distinto al natural, se pone en una especial situación de desventaja al trabajador respecto a su empleador. El desconocimiento de la legislación laboral del país donde se presta servicios, de las autoridades o instituciones a cargo de la protección de los trabajadores, el probable desconocimiento del idioma del país, la falta de un círculo familiar, entre otros, agravan esta diferencia estructural entre trabajador y empleador que puede suponer un abuso de los derechos del primero ocasionado por el segundo. La OIT por este instrumento recomienda a los países incluir en su política nacional un marco de protección a estos trabajadores a fin de no vulnerar sus derechos, y esto, con la colaboración de otros estados miembros de la OIT.

El segundo título de la Recomendación es el referido a la Determinación de la existencia de una relación de trabajo. Este título recoge todo lo que resultaría relevante para desarrollar el presente trabajo de investigación, incluidos los indicios o rasgos de laboralidad.

¹⁴⁴ Artículo 7 de la Recomendación.

Este título señala que para los fines de la política nacional de protección de los trabajadores debería determinarse la existencia de la relación de trabajo de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador¹⁴⁵. En este punto ya se podrá apreciar que la OIT define la existencia de una relación de trabajo con estos dos grandes indicadores, dejando de lado la determinación de una relación de trabajo por la manifestación de las partes en algún instrumento contractual, sino que ésta se determinará de acuerdo a lo que suceda en la realidad. Con esto nos alejamos de la formalidad para dar paso a la realidad, lo que tiene directa relación con la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad que hemos desarrollado en los puntos precedentes.

Seguidamente, se establece la posibilidad que los países miembros contemplen dentro de su política de protección lo siguiente¹⁴⁶:

- a) Admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
- b) Establecer una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios;
- c) Determinar qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.

Estos tres supuestos de protección, contemplados en una política de protección, permitirán dar una adecuada cobertura a los derechos de los trabajadores. El primero de estos supuestos puede interpretarse como la posibilidad que los Estados acepten o aprueben varios medios para establecer la existencia de una relación de trabajo, como podrían ser la flexibilización probatoria, la fiscalización laboral, las presunciones, entre otros que facilitarían la determinación de un vínculo laboral.

La presunción legal de existencia de una relación de trabajo que, de hecho, existe en nuestro país y en muchos otros, permite facilitar la actividad probatoria al trabajador y trasladará la carga de la prueba de la existencia de

¹⁴⁵ Artículo 9 de la Recomendación

¹⁴⁶ Artículo 11 de la Recomendación

una relación de tipo no laboral al empleador. De hecho, la OIT ha reconocido que existen relaciones civiles verdaderas¹⁴⁷, y será materia de probanza para el empleador acreditar que en el caso en concreto existió una relación de ese tipo.

Este segundo título también prevé en algunos artículos lo referido a la solución de controversias sobre la existencia de una relación de trabajo, garantizando el acceso a los trabajadores a los tribunales de trabajo, tribunales arbitrales y servicios de inspección de trabajo. A parte de ello, los Estados también deberán orientar sus legislaciones a que se eliminen los incentivos para fomentar las relaciones de trabajo encubiertas.¹⁴⁸

Nos quedamos con esto último. La eliminación de los incentivos para el encubrimiento de las relaciones de trabajo estará determinada por un adecuado acceso a la jurisdicción laboral, complementada por una fiscalización laboral eficiente y sobre todo una adecuada orientación para el sometimiento a los regímenes más favorables para los micro y pequeños empresarios. Esto eliminará los incentivos a los malos empleadores a utilizar la contratación no laboral para sus trabajadores.

El tercer y último capítulo establecen las disposiciones relativas al seguimiento y aplicación de la política de protección de los trabajadores. Este último punto refiere, en síntesis, que los Estados Miembros, de manera conjunta con las organizaciones de trabajadores y empleadores deberían seguir la evolución del mercado de trabajo y de su organización para aplicarlas a la política relativa a la relación de empleo. Para ello, los Estados miembros deberían recopilar información y datos estadísticos sobre los cambios que se registren en las modalidades de trabajo, para los efectos de establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de las relaciones laborales.

Sobre esto último debemos manifestar que la introducción en el sistema jurídico de los indicios de laboralidad que contiene la Recomendación bajo estudio, constituiría el cumplimiento de parte de este instrumento por nuestro

¹⁴⁷ Artículo 8 de la Recomendación.

¹⁴⁸ Artículos 14 a 17 de la Recomendación.

país. Esto llevaría a que los jueces y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, puedan determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo.

6.3. Los indicios de laboralidad establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT

El artículo 13 de la Recomendación establece los indicios específicos para determinar la existencia de trabajo. La lista de indicios que establece este instrumento está dividida en dos literales. El primero referido a los indicios a observarse según cómo se desarrolla el trabajo y el segundo referido a la forma en cómo percibe el posible trabajador su contraprestación.

Es de precisarse que la OIT ha dejado ver en la redacción de estos indicios que tal listado no es *numerus clausus*, sino que estos son enumerados enunciativamente más no de manera limitativa. Es decir, estos indicios son *numerus apertus*, de manera tal que si para llegar a determinar la existencia de una relación laboral se puede apreciar algún otro indicio éste será válido sin que importe si este se subsume en alguno de los que enuncia la OIT.

Sin más, los indicios de laboralidad que establece la OIT en el artículo 13 de la Recomendación N°198, son los siguientes:

El hecho de que el trabajo:

- se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona;
- que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa;
- que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona;
- que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo;
- que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador,
- que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

El hecho que se paga una remuneración periódica al trabajador:

- de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador;
- de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros;
- de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales;
- de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo;
- el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Los indicios precedentes son los que los países miembros considerarían para determinar la existencia de una relación laboral y deberían incluir en una política nacional sobre la relación de trabajo. Estos indicios, como bien hemos mencionado, podrían acogerse por el sistema jurídico nacional bajo cualquier forma, sin embargo, consideramos que en nuestro caso siguiendo el ejemplo muchos otros países se pueden establecer bajo la forma de una ley, que es la forma que consideramos más apropiada.

7. EL PRINCIPIO DE PREDICTIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Es importante revisar el concepto de este principio en tanto este forma parte del problema de investigación. Preliminarmente, sobre este principio, podemos sostener que representa una garantía para los ciudadanos frente al Estado para evitar la arbitrariedad cuando éste sea llamado a resolver alguna controversia o, en general, resolver algún pedido.

Para aproximarnos a la definición de este principio, traemos a colación el fragmento de un trabajo de investigación realizado por César Franco Gonzales, en el que señaló con acierto que:

“(...) encontrándonos dentro del sistema Romano Germánico, sistema del cual Montesquieu, expresó alguna vez que «el juez es una boca muda que pronuncia las palabras de la ley», teniendo como sustento los principios de independencia de la administración de Justicia y de discrecionalidad al momento de resolver, en el Perú, en algún momento, se llegó a tener tantos criterios como fallos, pese a que nos encontrábamos frente casos similares y de aplicación de una misma norma.”¹⁴⁹

Lo señalado, permitió al autor destacar posteriormente que en el Perú se hace necesario un nivel adecuado de predictibilidad y uniformidad de las resoluciones judiciales. Pero, ¿a qué se refiere en realidad este principio?

Como una primera definición tenemos que el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ha señalado sobre el término predictibilidad¹⁵⁰ que es la “*Cualidad de predecible*”, siendo que predecible se ha definido como aquello “*Que puede predecirse*” y el verbo predecir, finalmente, se ha definido como “*Anunciar por revelación, conocimiento fundado, intuición o conjetura algo que ha de suceder*”. En suma, predictibilidad, significa que algo puede verse con conocimiento fundado y, aplicado este término a la administración justicia, podemos sostener que el pronunciamiento a emitirse debe ser predecible por el ciudadano.

Este principio también ha merecido varias denominaciones en la doctrina, recibiendo el nombre de Principio de Seguridad Jurídica o Principio de Certeza¹⁵¹, de manera tal que el TC se ha pronunciado con algunas de estas denominaciones al principio bajo estudio.

¹⁴⁹ Franco, César, El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, en los pronunciamientos emitidos por parte de los señores fiscales provinciales penales representantes del ministerio publico del distrito judicial de lima durante los años 2007 al 2012, Lima, 2013, pág. 37, Tomado de:
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/570/Franco_gc.pdf?03/03/2017

¹⁵⁰ www.rae.es

¹⁵¹ Ruiz, Wuille, La Predictibilidad en la Justicia peruana, en: Diario El Peruano, 20 de febrero del 2011. Tomado de:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444/>

En el considerando N° 3 de la sentencia recaída en el expediente N° 0016-2002-AI/TC, el TC ha señalado que:

“El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. (...). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.”

Con esta definición dada del supremo intérprete de la Constitución, tenemos que este principio informa al sistema jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad, pues permite predecir las conductas de los poderes públicos; esto es también, predecir las conductas del Poder Judicial a través de sus resoluciones.

Este principio no tiene un reconocimiento expreso en nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, podemos encontrarlo arraigado a lo largo de nuestra legislación, incluida la Constitución. No existe, por tanto una referencia ni definición de este principio en nuestra legislación pero si podremos apreciar que éste rige el sistema jurídico con algunas normas. El TC ha destacado el reconocimiento implícito en nuestra carta magna cuando señala en el fundamento 67 de la sentencia del expediente N° 00037-2012-AA/TC que: *“El Tribunal Constitucional no comparte esta apreciación de la Sala y entiende, por el contrario, que ella avala un supuesto de abuso del derecho proscrito por el artículo 103° de la Constitución, a la vez que afecta el Principio de*

[20110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444](https://repositorio.ucsm.edu.pe/handle/documento/20110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4a11c6004795d9cb9670f61f51d74444)
03/03/2017.

Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales, reconocido implícitamente por la Constitución.”

De otro lado, en la sentencia del expediente N° 0016-2002-AI/TC, este Tribunal ha señalado que: *“Su reconocimiento (del principio de seguridad jurídica) es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) (“Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe”), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) (“Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley”) y 139º, inciso 3, (“Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación”).”*

Dicho esto, corresponde realizarnos la siguiente pregunta: ¿resulta relevante estudiar este principio en el desarrollo de la presente investigación? La respuesta es afirmativa. Como hemos podido ver el no respeto del Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales o de Seguridad Jurídica, implica poner en peligro la administración de justicia permitiendo a los órganos resolver con diversos criterios casos en que resulta de aplicación una misma norma.

Es innegable que en nuestro país, en muchos casos, se vive un sensación de incertidumbre al no conocer con certeza cómo es que los jueces pueden resolver el proceso en que los ciudadanos se encuentran inmersos, cuando es conocido que la ley es una sola y debe aplicarse de igual manera para todos. Ello, podemos afirmar, se da en los casos en que la jurisprudencia no cumple con su finalidad de interpretación de las normas jurídicas por el hecho

que muchos jueces no la aplican, por lo que no se puede uniformizar criterios con el tiempo y tener con ello una resolución de casos más cierta.

La jurisprudencia en nuestro país, lamentablemente, es una fuente del derecho que queda un tanto relegada, tal y como también lo podremos ver en la investigación de campo. Es la ley la fuente del Derecho a la que los jueces se inclinan para resolver los casos que conocen. En este sentido, en la necesidad de interpretar la ley, los jueces, como bien hemos mencionado, pueden terminar utilizando sus propios criterios dejando de lado cualquier tendencia jurisprudencial previa, rompiendo con esto cualquier intento de uniformizar criterios para resolver casos con determinadas características comunes.

Cosa distinta no sucede en el caso de los indicios de laboralidad. Como se podrá apreciar en nuestra investigación de campo, los jueces utilizan como instrumento jurídico principalmente a la ley para resolver casos de desnaturalización de los contratos civiles. Esto es, utilizan el artículo 4 de la LPCL y la presunción de laboralidad contenida en la NLPT. Como es conocido, en el caso del primer dispositivo en mención, simplemente se hace referencia a los elementos del contrato de trabajo señalando que con la concurrencia de ellos se presumirá la existencia de uno. Por el segundo dispositivo, se ha establecido una presunción de laboralidad que se configura con mayor facilidad. En este sentido, de lo señalado anteriormente, conviene preguntarnos sobre el primer dispositivo si: ¿su texto no es lo suficientemente frío e incompleto como para poder propiciar una diversidad de criterios entre los jueces para valorar la concurrencia de los elementos de un contrato de trabajo? Consideramos que sí.

Como se verá en la parte de la investigación de campo del presente trabajo, la gran mayoría de los jueces interpreta el artículo 4 de la LPCL para resolver procesos de desnaturalización de las relaciones civiles, sin embargo el texto que tiene este artículo es lo suficientemente incompleto como para ser el mejor ejemplo de lo que no se debe hacer en nuestro país por sus antecedentes: dejar una norma que admita muchas interpretaciones. Decimos

esto en tanto conocemos muy bien la preferencia de muchos jueces por la norma legal frente a la jurisprudencia, por lo que el problema se agrava.

En este sentido, si tenemos que muchos jueces prefieren a la norma legal frente a la jurisprudencia para resolver los casos materia de estudio, y la norma legal que utilizan es realmente incompleta y se presta a varias interpretaciones, ¿qué solución podemos dar a este problema? Sin lugar a dudas, lo que convendría en el caso de nuestro país es modificar la norma legal para hacerla más precisa. La única forma de evitar la diversidad de criterios en la aplicación de una norma será hacer ésta más específica y clara. En el caso particular de la desnaturalización de las relaciones civiles, para determinar la existencia de una relación laboral, no queda sino incluir los indicios de laboralidad dentro de la norma legal para evitar que los jueces, considerando la distancia que le guardan a la jurisprudencia como fuente del Derecho, apliquen criterios propios que hagan impredecible el sentido de las resoluciones judiciales.

En suma, podemos señalar que si la norma legal no es clara y admite la posibilidad que los jueces la interpreten con sus propios criterios sin guardar una línea de razonamiento y parámetros con otros, nos encontraremos ante una vulneración del principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales. En nuestra opinión, el artículo 4 de la LPCL se encuentra en tal situación, por lo que la inclusión de los indicios de laboralidad a la legislación será, en nuestro criterio, la solución al problema.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN DE CAMPO

1. Aplicación de cuestionarios a los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

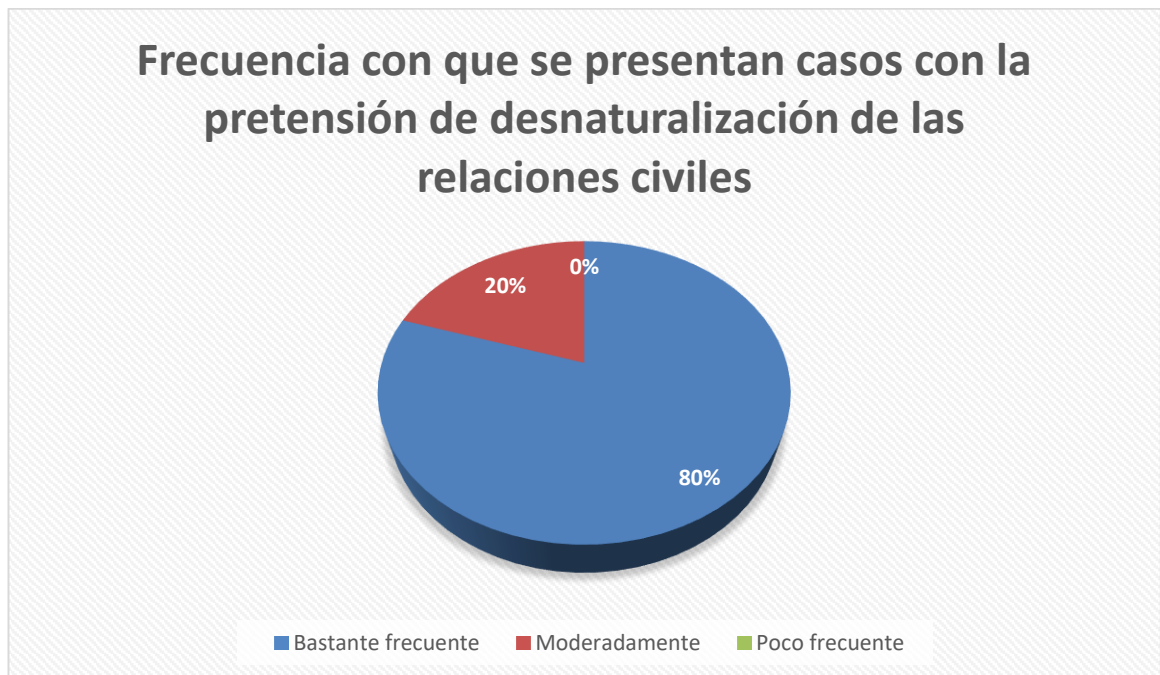
Parte de la investigación de campo realizada para la elaboración del presente trabajo, implicó la utilización de la técnica del cuestionario aplicado a los Jueces de Trabajo que aplican la NLPT en la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

Esta técnica tuvo como instrumento a la cédula de preguntas, la misma que forma parte de los anexos del presente trabajo, y se aplicó a los jueces del Primero, Segundo, Tercero transitorio (hoy Noveno), Séptimo y Octavo Juzgados de Trabajo de Arequipa.

El cuestionario estaba integrado por ocho preguntas, dos ellas de carácter objetivo y el resto de desarrollo, que giraban en torno a la frecuencia con que se presentan casos de desnaturalización de relaciones civiles, los criterios para resolverlos, la aplicación de la Recomendación N° 198 de la OIT y la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

La primera pregunta formulada a los jueces, era la relativa a la recurrencia de los procesos de desnaturalización de relaciones civiles, encontrando, en general, una respuesta unánime: la frecuencia es tan alta que ocupa gran parte de la carga procesal que tienen los juzgados.

Gráfico N°5



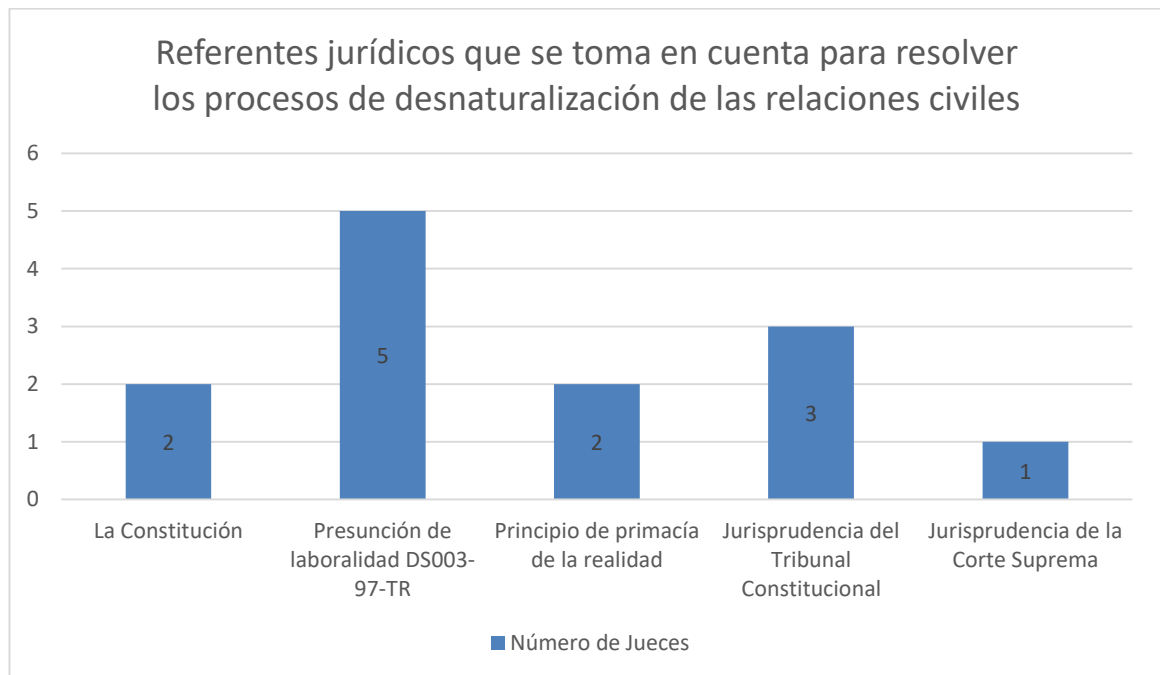
Las respuestas dadas por los jueces dan cuenta de la informalidad y la conducta fraudulenta que tienen los empleadores para la contratación de sus trabajadores, afectando los derechos de estos últimos a ser retribuidos de una manera adecuada y a gozar de la protección que otorga el Derecho del Trabajo.

De hecho, esta estadística puede ser comparada con las que hemos plasmado en el segundo capítulo del presente trabajo, que dan cuenta de la relación que existe entre los índices de informalidad en el trabajo en nuestro país, con la frecuencia con que los trabajadores demandan la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil.

De esta manera se puede concluir que el índice de recurrencia de este tipo de procesos es realmente alto evidenciando que el problema relativo a la simulación de contratos civiles con el fin de negar la protección que otorga el derecho laboral a los trabajadores es relevante y se hace necesario tener instrumentos jurídicos suficientes e idóneos que permitan a los jueces administrar justicia de manera eficiente, creando a los empleadores el incentivo de la contratación laboral.

Como segunda pregunta del cuestionario aplicado a los jueces, se tiene la consulta relativa a qué referente normativo, jurisprudencial, de derecho comparo u otro toman en cuenta para resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles. Resumimos los resultados de tal consulta en el gráfico siguiente:

Gráfico N°6



El gráfico nos muestra que el total de jueces interrogados, utilizan la presunción de laboralidad establecida en la LPCL. Esta norma establece que, acreditada la prestación personal de servicios, retribuida y subordinada, se entenderá que existe una relación de trabajo.

En el capítulo anterior hemos podido ver la importancia que le ha dado la OIT en la Recomendación bajo estudio al establecimiento de una presunción de laboralidad. De hecho también, hemos visto que la presunción de laboralidad, con algunas diferencias, se contempla en varias legislaciones laborales del mundo, lo que da cuenta de la relevancia que tiene esta para la determinación de la existencia de una relación laboral.

Llama poderosamente la atención que los jueces utilicen con frecuencia esta presunción y no la que establece la NLPT, que es una presunción mucho más profunda y favorable al trabajador, en tanto esta establece que acreditada tan

sólo la prestación de servicios, se presumirá la existencia de una relación laboral.

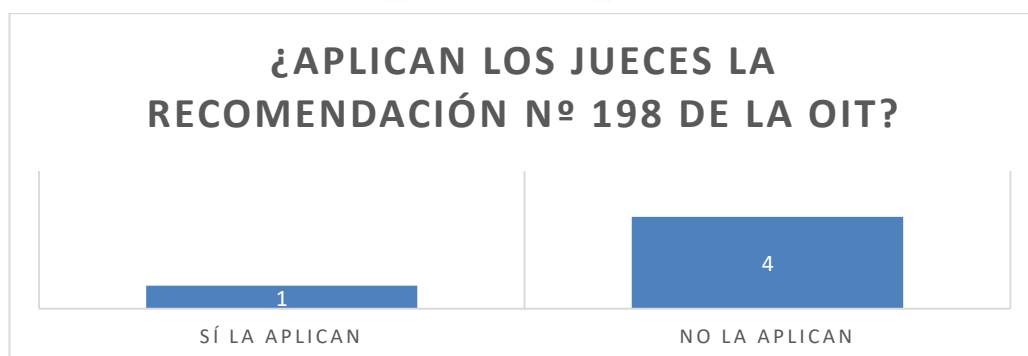
De otro lado, la mayoría de los jueces manifiesta que utiliza la jurisprudencia del TC en materia de desnaturalización de las relaciones civiles. Esta jurisprudencia, como podremos ver en el tercer capítulo del presente trabajo, recoge muchos indicios de laboralidad, y esto muestra que los Jueces sí aplican algunos de ellos para resolver este tipo de materias. Sin embargo esto deberá ser confrontado con los resultados de la revisión de las sentencias emitidas por los jueces.

En menor proporción, los jueces han señalado que utilizan el Principio de Primacía de la Realidad como referente para resolver las causas de este tipo, así como la Constitución. Sin embargo, este dato, consideramos, no implica que los jueces no apliquen nunca este principio, pues al aplicar la presunción de laboralidad de la LPCL y la jurisprudencia del TC aplicarán también de manera automática referido principio.

Finalmente, muy pocos jueces utilizan la jurisprudencia de la Corte Suprema, pese a los sendos pronunciamientos sobre los indicios de laboralidad y desnaturalización de las relaciones civiles.

Entrando en materia sobre la aplicación en particular de la Recomendación N°198 de la OIT, que es materia de estudio en el presente, se formuló una pregunta cerrada consistente en si aplicaban o no los criterios que ésta establece para resolver los procesos de desnaturalización de las relaciones civiles.

Gráfico N°7

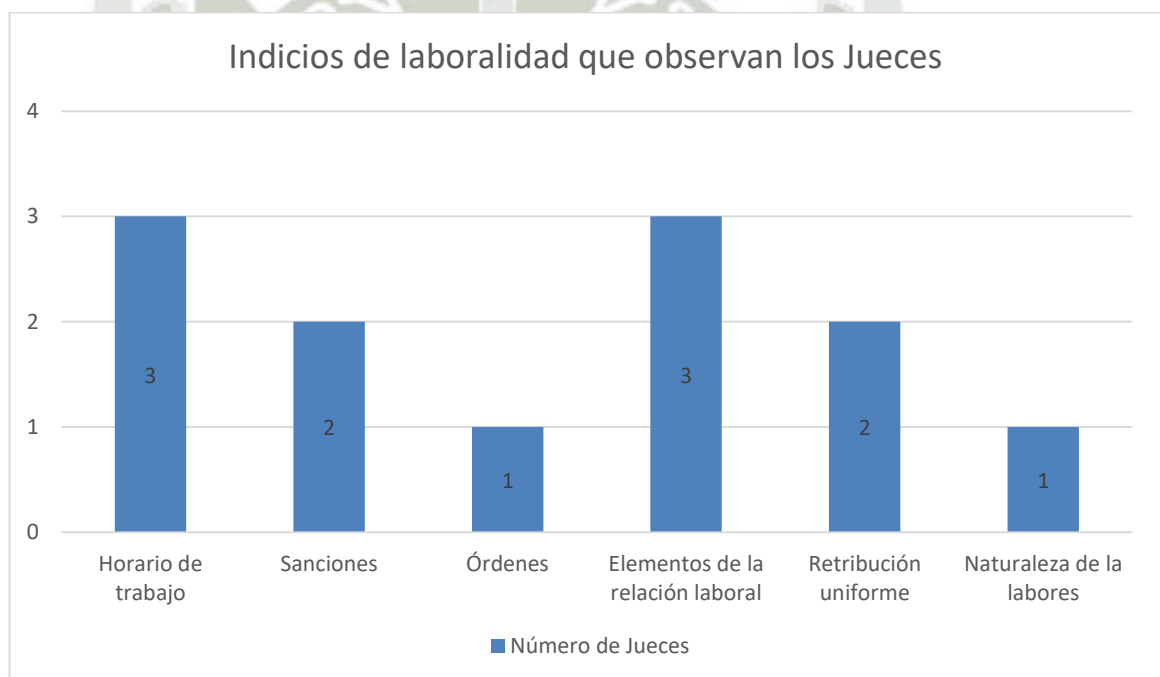


Sólo uno de cinco jueces interrogados aplica los criterios establecidos en la Recomendación bajo estudio. Y, además, el que respondió afirmativamente consideró que estos indicios de laboralidad no deben ser generalizables y precisó que cada caso merece un estudio individual.

De esta información podemos inferir que al margen que una Recomendación de la OIT por definición “no sea vinculante”, por lo menos un juez manifiesta que la ha aplicado en alguna de sus resoluciones.

Entrando en terreno de los indicios de laboralidad, los jueces fueron consultados para los efectos de conocer cuáles de ellos observan o toman en cuenta al momento de resolver.

Gráfico N°8



En su mayoría los jueces consideran a la imposición de un horario de trabajo y configuración de los elementos de la relación laboral. Sin embargo, consideramos al primero de ellos como un importante indicio, siendo que los elementos de una relación de trabajo no constituyen indicios. La función de los indicios es precisamente que en su conjunto van a llevar a los jueces a la certeza que en el caso concreto se configuran estos elementos y así finalmente se podría determinar la existencia de una relación de trabajo. Los

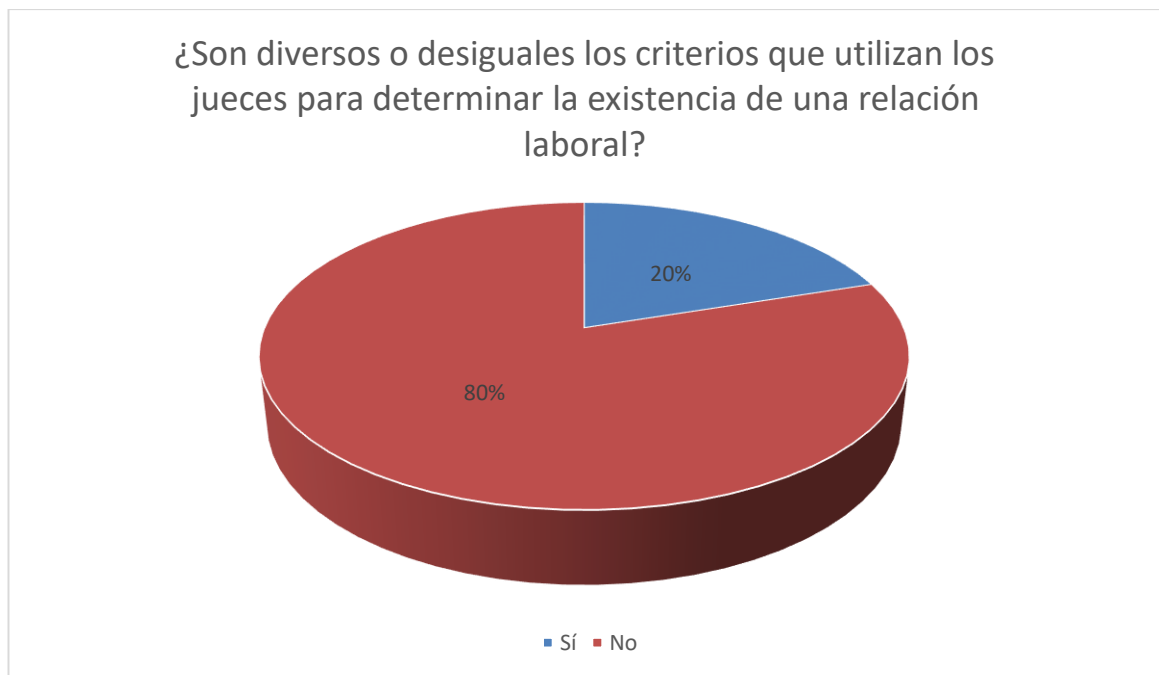
indicios facilitan la probanza de los elementos, por lo que no se puede confundir los unos con los otros.

Un importante número de jueces considera la imposición de sanciones, es decir el ejercicio de la facultad sancionadora de los empleadores y la contraprestación uniforme que reciben los trabajadores, como indicios para determinar la existencia de una relación de trabajo. De hecho, estos dos elementos son contemplados en la Recomendación N°198 de la OIT por lo que se puede concluir que estos dos se subsumen en lo establecido por referido instrumento internacional.

De igual manera, los jueces consideran a la impartición de órdenes y la naturaleza de las labores que presta el trabajador en la empresa para clasificarlo como tal. La impartición de órdenes es el ejercicio de la facultad directriz del empleador lo que es clara muestra de la calidad de trabajador.

Estos dos últimos indicios, al igual que los primeros, son claramente subsumibles en los indicios de la laboralidad que ha establecido la Recomendación estudiada de manera tal que se puede inferir, que estos indicios sí pueden generalizarse a más de un caso y que su aplicación por los jueces nacionales sí resulta viable considerando que se trata de un instrumento internacional.

La sexta pregunta del cuestionario aplicado, es una pregunta relacionada con el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales. Este principio podría verse afectado cuando los jueces no tienen un parámetro para resolver los casos de determinada materia, haciendo que los justiciables no puedan saber con cierto grado certeza qué es lo que dirá el juez al final en su sentencia. Esta pregunta fue cerrada y se acompañó de una abierta para conocer las razones de la respuesta.

Gráfico N°9

Del gráfico anterior se podrá apreciar que el 80% de jueces consideran que no existe desigualdad o diversidad de criterios para determinar la existencia de una relación de trabajo, mientras que el 20% restante considera que sí existe una diversidad.

A este punto resulta relevante conocer las razones de la respuesta. En este sentido, los jueces consideraron que los criterios se encuentran uniformizados principalmente por la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. De esto se colige que los jueces consideran que la uniformidad de sus criterios se encuentra determinada en la aplicación de referido principio. Sin embargo, se debe considerar que este principio, como cualquier otro en materia jurídica, constituye una directriz y que por esencia estos son generales o amplios. Esto va de acuerdo con su propia aplicación práctica que dicta que estos se utilizarán para la interpretación de las normas y/o suplir las deficiencias de las mismas.

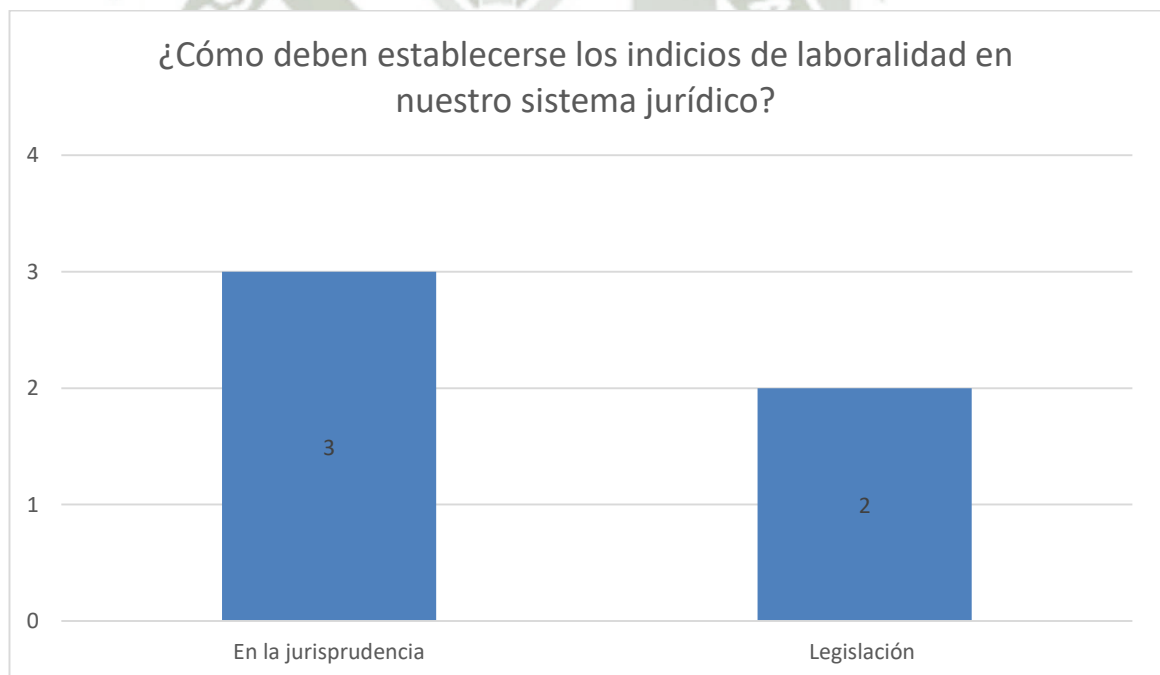
En este sentido, considerar que la aplicación de un principio da uniformidad a los criterios utilizados para resolver este tipo de caso, no es correcto. Además de ello, estas respuestas no se condicen con las respuestas de la mayoría de jueces al momento de contestar la pregunta inmediata anterior, que es la

referida a los indicios o rasgos en la que los jueces dieron respuestas en cierta medida disímiles. Ciertamente existe una pequeña uniformidad en algunos indicios, pero no en todos, por lo que se puede determinar que los jueces sí utilizan distintos criterios o indicios para determinar la existencia de una relación de trabajo.

La única respuesta positiva a la interrogante alegó que los criterios son desiguales o diversos, pero no en una alta proporción.

Como último tema, mediante el instrumento de investigación nos dirigimos a conocer cómo los jueces consideran que los rasgos o indicios de laboralidad deben establecerse en el sistema jurídico. Esta interrogante, tuvo respuestas diversas de los jueces interrogados, las mismas que sintetizaremos en el gráfico siguiente.

Gráfico N°10



Tres de cinco jueces consideran que la jurisprudencia es la forma en que deben establecerse los indicios de laboralidad, mientras que dos de ellos consideran que estos debieran incluirse en la legislación.

En el gráfico anterior podremos apreciar una ligera preferencia de los jueces por basarse en la jurisprudencia para efectos de resolver los casos de la

materia. Esto también guarda relación con las respuestas que dieron a la segunda interrogante del cuestionario, cuando fueron consultados sobre los referentes para resolver los procesos de desnaturalización de las relaciones civiles, en los que por mayoría los jueces señalaron utilizar la jurisprudencia del TC y en menor proporción la jurisprudencia de la Corte Suprema.

Del análisis de la información presentada podemos inferir que los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican la NLPT, no aplican, en su gran mayoría la Recomendación bajo estudio como fuente de indicios de laboralidad. A cambio de esto, todos ellos se valen de la presunción de laboralidad establecida en la LPCL y varios de ellos en la jurisprudencia sobre la materia expedida por el TC. Sin embargo esto debe analizarse conjuntamente con los resultados de la revisión de las sentencias de estos juzgados.

A este punto consideramos preguntarse: ¿Qué impide que los jueces de Trabajo de Arequipa apliquen directamente la Recomendación bajo estudio? Consideramos que nada. No existe ningún impedimento del tipo legal que impida que este instrumento se aplique en la motivación de las resoluciones emitidas por los jueces, máxime si, como hemos visto, más de un órgano jurisdiccional del mundo, incluido nuestro TC aplican las Recomendaciones de la OIT para fundamentar sus fallos.

2. Revisión de expedientes judiciales sobre desnaturalización de las relaciones civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo

La investigación de campo del presente trabajo involucró también la revisión de los expedientes sobre la materia de desnaturalización de las relaciones civiles que conoce el Primero, Segundo, Tercero Transitorio (hoy Noveno), Séptimo y Octavo Juzgados de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.

La cantidad de expedientes tomada como muestra fue de cien, correspondiendo hacer la investigación sobre veinte de ellos por cada juzgado.

El objeto de esta parte de la investigación de campo fue determinar qué criterios están utilizando los Jueces de Trabajo de Arequipa para declarar la existencia de una relación de trabajo desnaturalizando una de naturaleza civil, conocer si se está afectando el principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales y sobre todo determinar si se está aplicando la Recomendación N° 198 de la OIT en estos casos.

Como primera parte de los resultados de esta investigación tomaremos en consideración los resultados de los criterios tomados en consideración por los jueces al momento de resolver los casos de la materia en investigación.

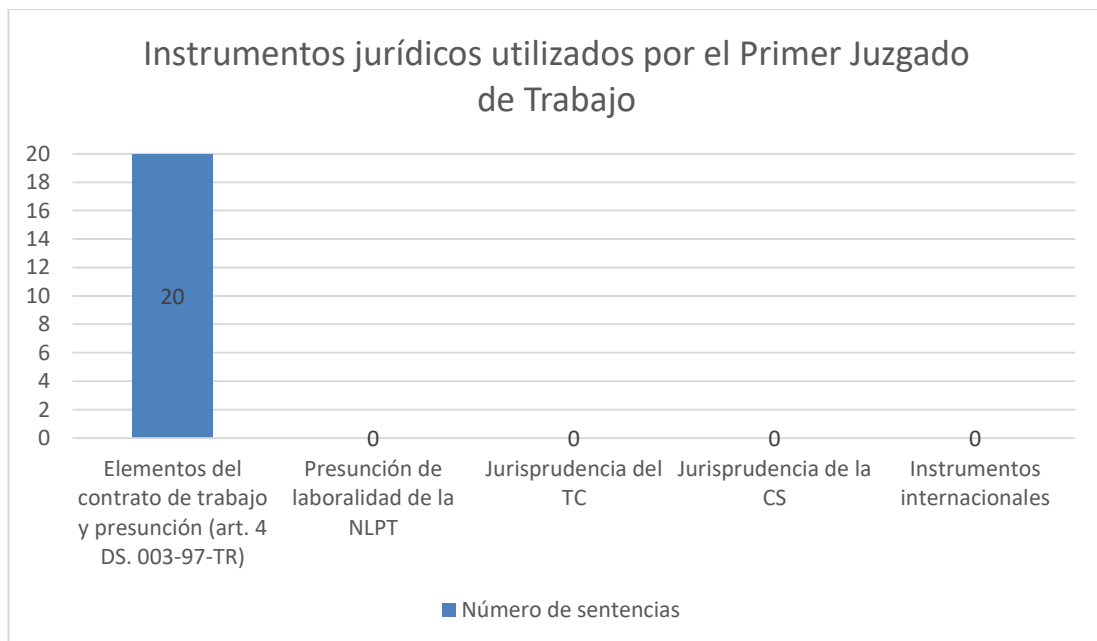
Para esto, hemos considerado revisar, primero desde una óptica jurídica formal, qué instrumentos jurídicos están utilizando los jueces para resolver, valga decir, de qué normas u otros instrumentos se valen para resolver este tipo de procesos, para luego analizar los indicios que revisan los jueces en el caso en concreto.

Para estos efectos, hemos considerado que para efectos de mostrar nuestros resultados de investigación procurando una lectura menos confusa de ellos, ir graficándolos por cada juzgado para finalmente verlos resumidos al final del presente capítulo.

2.1. Resultados de la investigación en el Primer Juzgado de Trabajo de Arequipa

En lo que refiere a los instrumentos jurídicos utilizados por el juez de este juzgado, se han tenido los siguientes resultados:

GRÁFICO Nº 11



Del cuadro precedente se podrá apreciar que formalmente, el juez del Primer Juzgado de Trabajo de Arequipa revisa si en el caso en concreto se configuran o no los elementos de la relación o contrato de trabajo. Estos elementos se encuentran establecidos en la LPCL. Esto es muestra que los jueces toman como primer referente los elementos establecidos en esta norma para motivar sus decisiones. Como hemos podido revisar en los capítulos precedentes no existe en nuestra legislación una norma que defina al contrato de trabajo. Sin embargo, existe una que contempla todos sus elementos, que, de ser probados se entenderá la existencia de un contrato de trabajo, que es el artículo 4 de la LPCL, por lo que los jueces se refieren a ella en primer término para resolver.

Con la verificación de la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, este Juzgado da por existente la relación laboral, es decir hace uso de la presunción contenida en el mismo artículo, por lo que se puede ver que ésta

última cobra especial relevancia para la resolución de los casos de desnaturalización de las relaciones civiles, máxime si se aprecia que es en la totalidad de casos revisados en los que se ha aplicado esta presunción. Decimos esto último también en tanto no se ha apreciado que este despacho se haya valido de la presunción de laboralidad establecida en la NLPT, la misma que es más flexible y favorece en la carga probatoria al trabajador demandante.

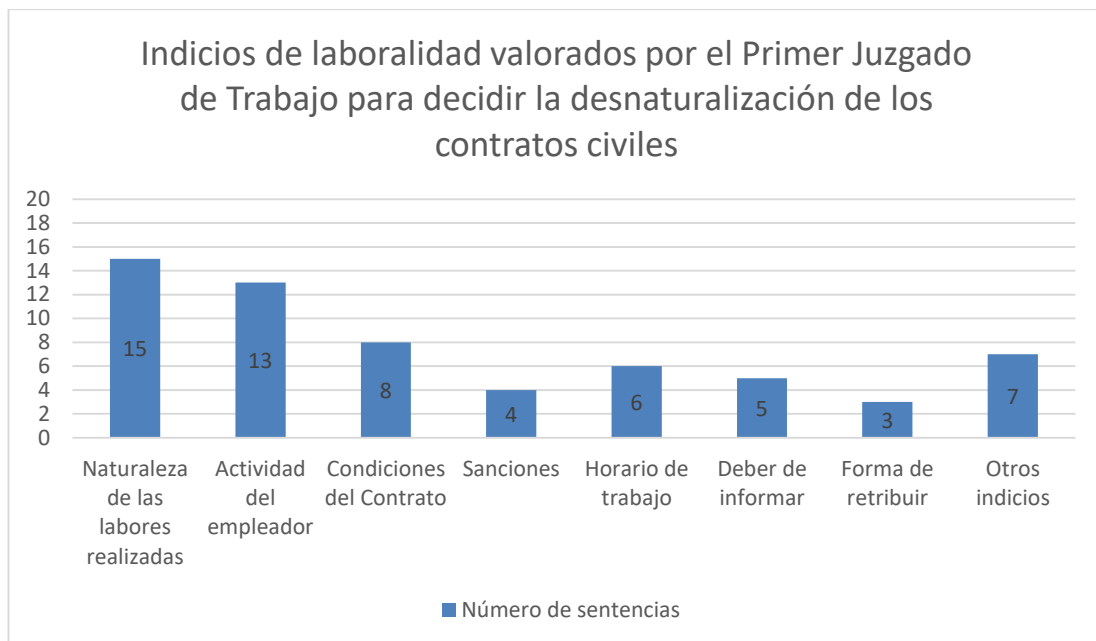
Como una norma recurrente, el juez utiliza el artículo 9 de la LPCL que es el que define a la subordinación como elemento de la relación de trabajo. Como habremos podido revisar, este elemento en realidad define cuándo nos encontramos ante un contrato de trabajo o uno de naturaleza civil, por lo que es relevante para este juez, al momento de resolver, utilizar la enumeración de las facultades que tiene el empleador según este artículo para determinar si estos se han manifestado en el caso en concreto .

De otro lado, es de apreciarse que este despacho no se ha inclinado por motivar con jurisprudencia de ningún tipo en la que se recojan indicios o rasgos de laboralidad, lo que demuestra una tendencia legalista al momento de resolver estos casos, contrariamente a lo que se verá en otros juzgados.

Es de destacar además, que este juzgado no se ha inclinado a resolver aplicando algún tipo de instrumento internacional como fuente de indicios de laboralidad, ni con ningún otro contenido, por lo tanto, queda claro que no aplicó ningún convenio o recomendación de la OIT.

Como segundo punto, debemos revisar qué hechos toman en consideración o, directamente, qué indicios o rasgos de laboralidad evalúa el Primer Juzgado de Trabajo de Arequipa para resolver los casos de la materia estudiada. Estos elementos y su recurrencia son plasmados en el cuadro siguiente.

GRÁFICO Nº 12



Del cuadro anterior se tiene que la naturaleza de las labores realizadas por los trabajadores en favor de sus empleadores es considerada importante para desnaturalizar una relación civil. En las sentencias revisadas se ha visto con frecuencia referencias a la naturaleza de las labores realizadas relacionadas con ciertas profesiones, como la de limpieza, mantenimiento, entre otros que los jueces consideraban como labores que no pueden realizarse de manera independiente o autónoma, esto es sin recibir órdenes o estar subordinado a quien los contrató.

La actividad o actividades que realiza el empleador también es determinante para este juzgado. Se ha visto en las sentencias que este despacho valora la naturaleza de las actividades para conocer si es que el demandante realizaba una labor que vaya acorde a este tipo de actividad y denote que necesariamente estuvo subordinado. El caso de los maestros que demandan la desnaturalización contra un centro educativo o el de los trabajadores de limpieza en una Municipalidad, son ejemplos de estos casos.

Las condiciones de los contratos de Locación de Servicios que obran en los expedientes son importantes para este despacho, pues han permitido ver que muchos de ellos contienen cláusulas típicas de una relación laboral, como el deber de informar, cumplir órdenes de determinado funcionario de la empresa,

entre otros, que de manera inequívoca dan cuenta que nos encontramos ante una relación laboral.

El hecho de tener un horario de trabajo, e informar sobre las labores que se realizan son también indicios de laboralidad considerados. Muchos de estos indicios se han probado con los contratos de Locación de Servicios firmados y son valorados por los jueces.

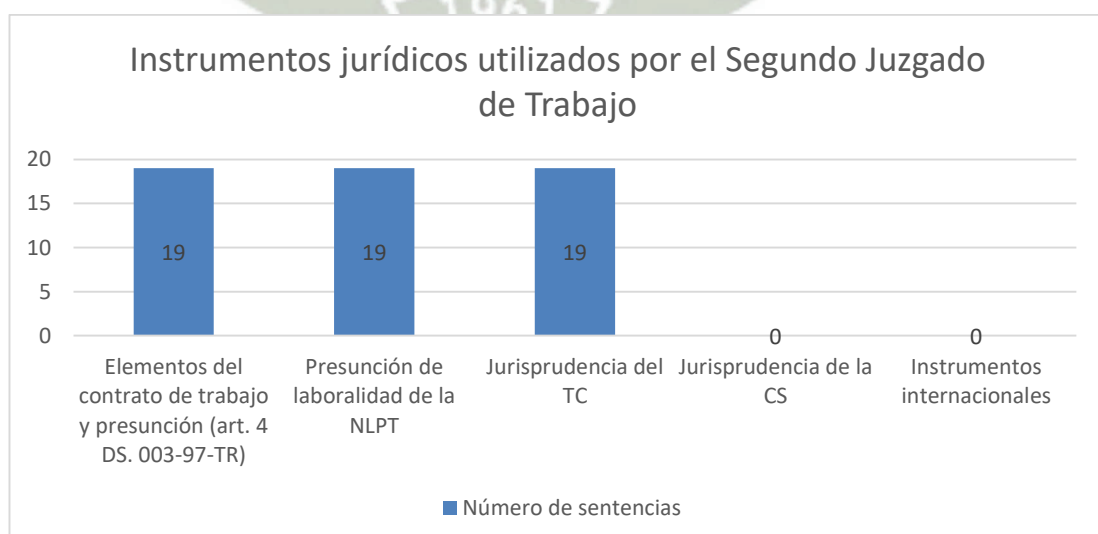
De otro lado se encuentran como indicios a la imposición de sanciones y la forma de retribuir. Las sanciones probadas típicamente con memorandos, y la forma de retribuir de manera mensual y con un monto uniforme en el tiempo, dan cuenta a este juzgado que existe una relación laboral.

Finalmente, con menor recurrencia se han utilizado otros indicios, como son el pago de viáticos, la entrega de diplomas o reconocimientos al trabajador y hasta constancias de trabajo como indicios determinantes de la existencia de una relación laboral.

2.2. Resultados de la investigación en el Segundo Juzgado de Trabajo de Arequipa

De la revisión de las sentencias emitidas por este Juzgado, se tiene que en primer término, se ha valido de las siguientes fuentes o instrumentos jurídicos.

GRÁFICO Nº 13

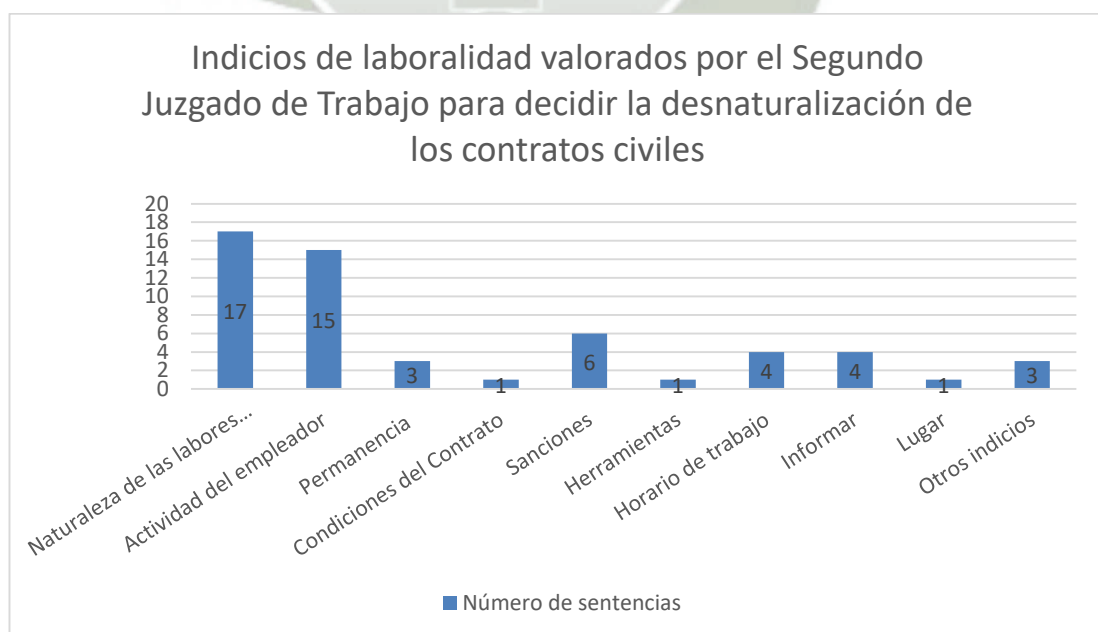


Como se podrá apreciar del gráfico precedente, este despacho se ha basado en los elementos del contrato de trabajo y la presunción de laboralidad de la LPCL. Sin embargo, las principales diferencias de criterio que se encuentra con el Primer Juzgado de Trabajo son la aplicación de la presunción de laboralidad contenida en la NLPT y la jurisprudencia del TC, ésta última como fuente de indicios de laboralidad. Se mantiene también la no aplicación de algún instrumento internacional para resolver los casos materia de análisis.

¿Qué sentencia del TC utiliza este juzgado como fuente de indicios de laboralidad? La sentencia 2069-2009-PA/TC, la misma que se ha desarrollado en el tercer capítulo del presente trabajo.

Con la aplicación de referida sentencia, que recoge varios de los indicios de laboralidad establecidos en la Recomendación N° 198 OIT, este despacho ha encontrado en los casos específicos muchos mas indicios que han permitido tener una decisión mejor motivada, como se verá en el cuadro siguiente. Previamente, se puede ver que la jurisprudencia de la Corte Suprema, pese a que ésta ha desarrollado bastos indicios de laboralidad, no es aplicada por este juzgado.

GRÁFICO N° 14



De los indicios que aparecen en el cuadro precedente, se tiene que en concordancia con el Primer Juzgado de Trabajo, estos despachos valoran en casi la totalidad de sus casos, la naturaleza de las labores prestadas y la actividad que desarrolla el empleador. En menor incidencia, se verifica la imposición de sanciones, el horario de trabajo y el deber de informar. Con mucha menos incidencia se ha visto casos en que se haya valorado la permanencia de las labores, condiciones del contrato, la entrega de herramientas de trabajo y el lugar de prestación de los servicios. Estos indicios, aunque no se hayan visto en muchas de las sentencias que se han revisado, dan cuenta que este despacho sí los conoce y aplica a los casos en concreto.

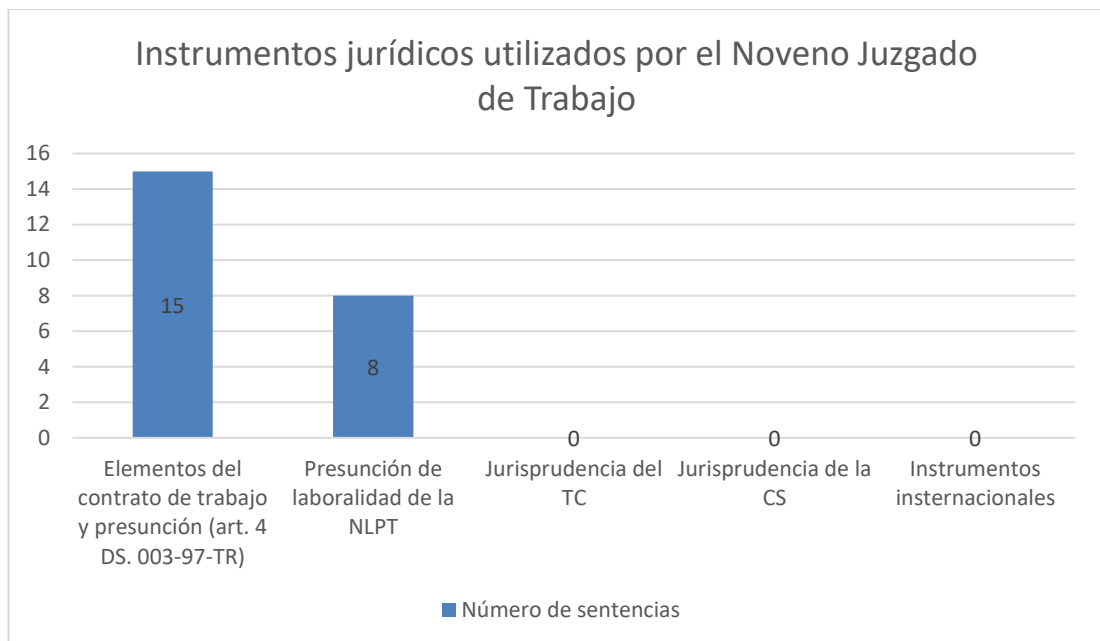
Además de estos, este despacho considera algunos indicios adicionales, como son el hecho de integrarse a la organización de la empresa, la entrega de identificación o *fotocheck* y la contratación de otros trabajadores en la misma entidad con las mismas funciones del demandante pero que tienen un contrato de trabajo.

Finalmente, en contraste con el Primer Juzgado de Trabajo, en este despacho no se ha podido ver alguna sentencia en que se valore la forma de retribución como indicio de laboralidad.

2.3. Resultados de la investigación en el Tercer Juzgado de Trabajo Transitorio de Arequipa (hoy Noveno)

En el ahora Noveno Juzgado de Trabajo de Arequipa, se ha podido apreciar luego de la revisión de veinte de sus sentencias de desnaturalización de las relaciones civiles, que utiliza como fuentes o instrumentos jurídicos, los que se muestran en el cuadro siguiente.

GRÁFICO Nº 15

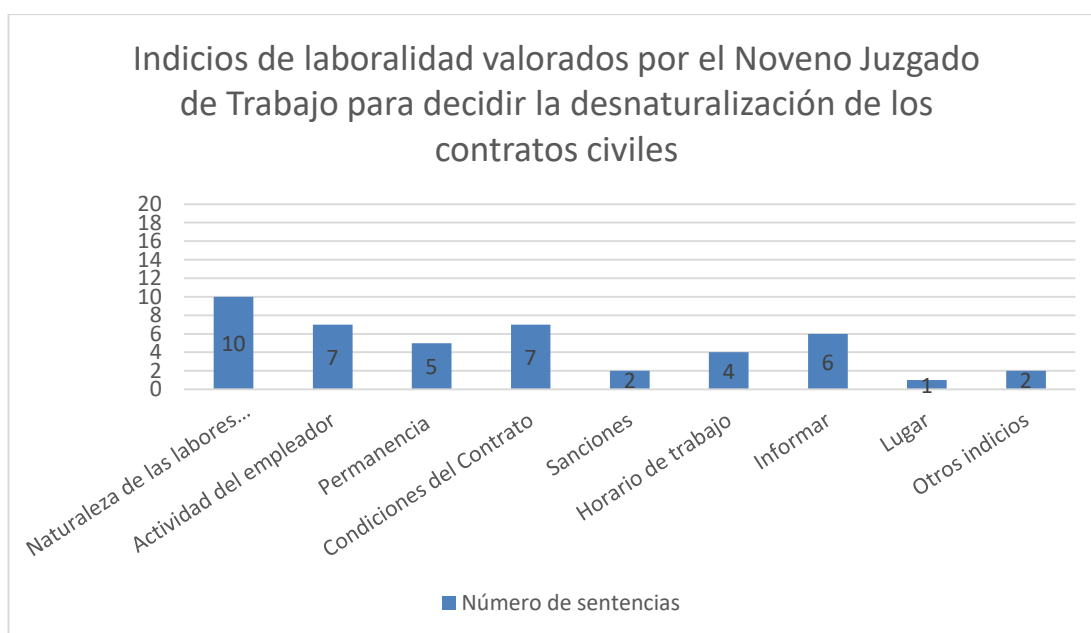


Es de apreciarse del cuadro anterior que este despacho se vale, como los otros anteriores, de los elementos del contrato de trabajo y la presunción de laboralidad de la LPCL y en menor proporción de la contenida en la NLPT. Así también que se muestra que este despacho no utiliza a la jurisprudencia para verificar la concurrencia de indicios de laboralidad preestablecidos, sino se limita a resolver de acuerdo a las normas señaladas. La utilización de instrumentos internacionales tampoco ha sido considerada.

En varios casos este despacho ha resuelto casos con una relación de hechos que le han generado convicción de que se trata de una relación laboral, sin traer a colación ni motivar con alguna fuente de Derecho.

Los indicios de laboralidad que este juzgado observa se han plasmado, luego de la revisión de sus sentencias, en el siguiente cuadro.

GRÁFICO Nº 16



A diferencia de los juzgados a los que nos referimos anteriormente, éste no ha valorado con frecuencia la naturaleza de las labores que presta el trabajador ni el tipo de actividad que desarrolla.

Sin embargo, en una proporción similar a la de los anteriores y hasta un poco mayor, este despacho advierte en sus sentencias la existencia del resto de indicios, como son las condiciones del propio contrato de Locación de Servicios, el deber de informar o la permanencia de la labores que se desarrollan.

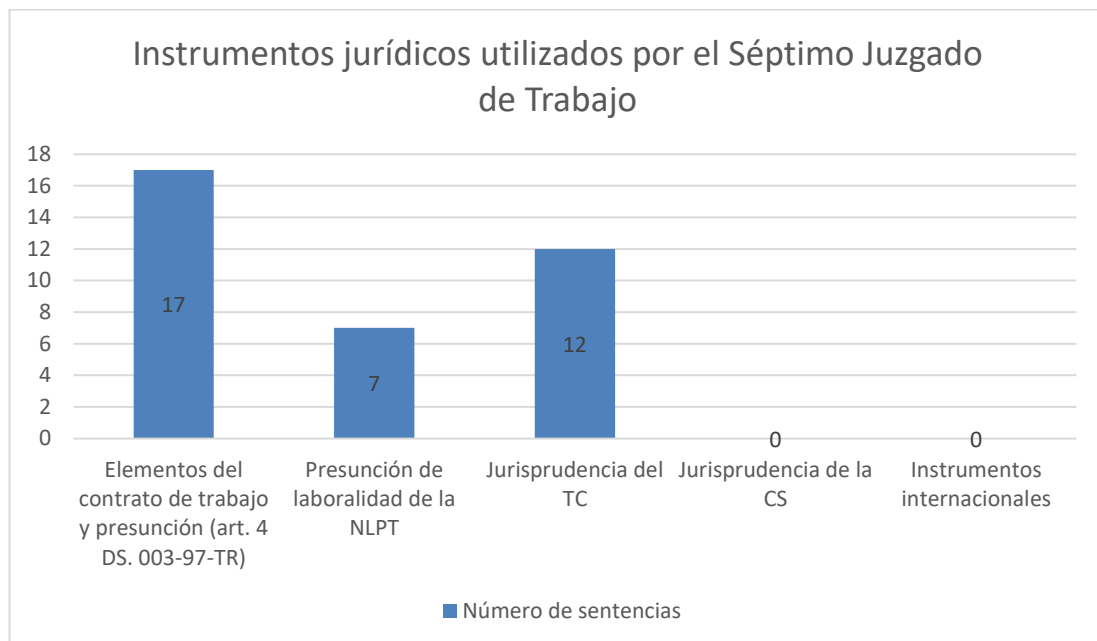
Como parte de los otros indicios que se han observado en referidas sentencias, se puede ver la entrega de viáticos y de constancias de trabajo, que se han valorado como indicios de la existencia de una relación laboral.

Ninguna de las sentencias revisadas, ha recogido la entrega de herramientas o materiales como indicios de laboralidad, como sí lo ha hecho el Segundo Juzgado de Trabajo.

2.4. Resultados de investigación en el Séptimo Juzgado de Trabajo de Arequipa

En el Séptimo Juzgado de Trabajo se ha podido apreciar la utilización de los siguientes instrumentos jurídicos para decidir una desnaturalización de relación civil.

GRÁFICO Nº 17

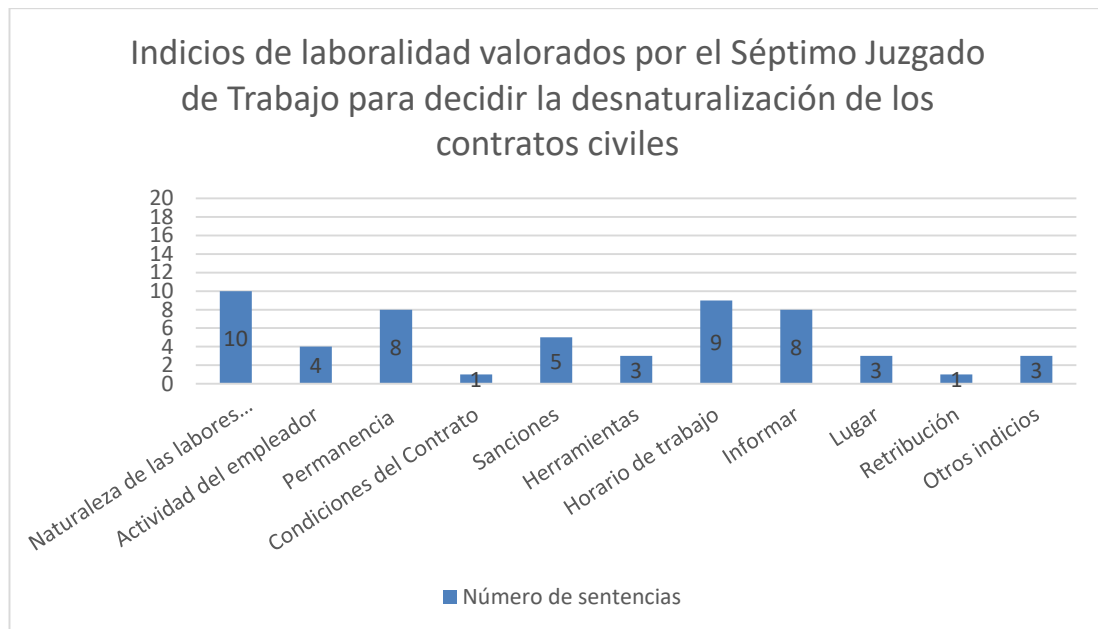


Es relevante del cuadro anterior destacar que este juzgado basa sus fallos en sentencias del TC, ello en concordancia también con el Segundo Juzgado de Trabajo, especialmente. Sin embargo, en adición a la sentencia recaída en el expediente Nº 2069-2019-PA/TC, éste juzgado utiliza además la del expediente Nº 5463-2011-PA/TC, ambas recogidas en el tercer capítulo del presente trabajo.

En lo demás que se ha podido ver de las sentencias de este juzgado, se tiene que basa sus decisiones en lo establecido en la LPCL y con menor frecuencia en la presunción de laboralidad contenida en la NLPT. Al igual que los juzgados a los que nos hemos referido anteriormente, este juzgado tampoco se ha referido a las sentencias de la Corte Suprema ni a instrumento internacional alguno.

Dicho esto, revisando ahora los criterios que tiene este despacho para resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles, tenemos los que se verán en el cuadro siguiente.

GRÁFICO Nº 18



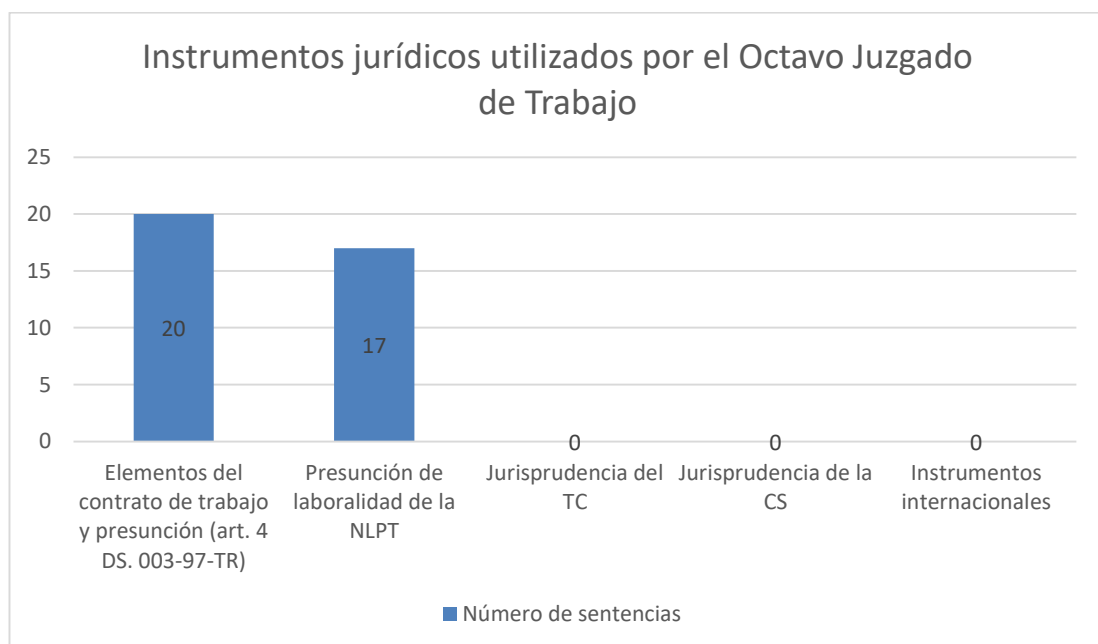
De los datos que se muestran en el cuadro anterior, podemos concluir que este juzgado y el Segundo, valoran una mayor cantidad de indicios de laboralidad, y atribuimos tal situación a la aplicación del listado de indicios de laboralidad que se ha permitido establecer el TC en su jurisprudencia. Tanto este despacho como el Segundo aplican con frecuencia como instrumento jurídicos las resoluciones de referido tribunal, de ahí que podemos señalar que la cantidad de indicios que advierten se debe a la aplicación de la jurisprudencia, la misma que recoge muchos de los indicios de laboralidad que establece la Recomendación N° 198 de la OIT.

En lo demás, podemos señalar que dentro de la categoría de los “otros indicios” se ha encontrado al hecho de recibir viáticos, tener *fotocheck* y constancias de trabajo, como indicios de laboralidad.

2.5. Resultados de investigación en el Octavo Juzgado de Trabajo de Arequipa

Como primer cuadro, mostramos los instrumentos jurídicos que utiliza este despacho al momento de resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles.

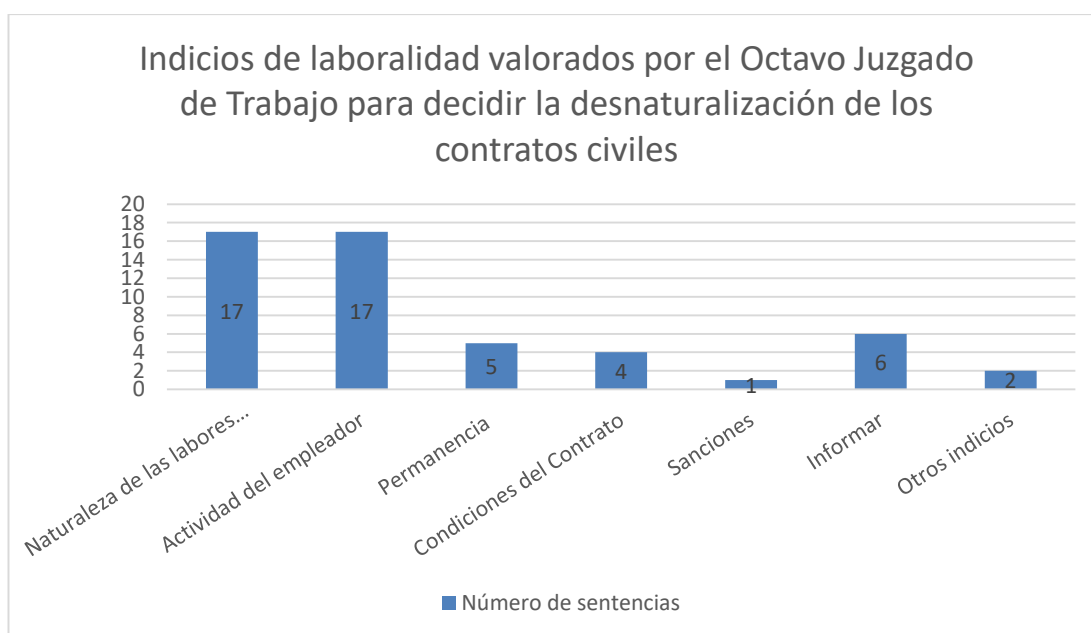
GRÁFICO Nº 19



Del cuadro anterior tenemos que este despacho utiliza únicamente como instrumento jurídico la presunción de laboralidad por la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo y la presunción contenida en la NLPT. No se hace aplicación de la jurisprudencia del TC, de la Corte Suprema ni de instrumentos internacionales, por lo que queda descartada la aplicación de la recomendación bajo estudio.

En lo que refiere a los indicios o rasgos de laboralidad aplicados por este despacho, se han tenido los siguiente resultados.

GRÁFICO Nº 20



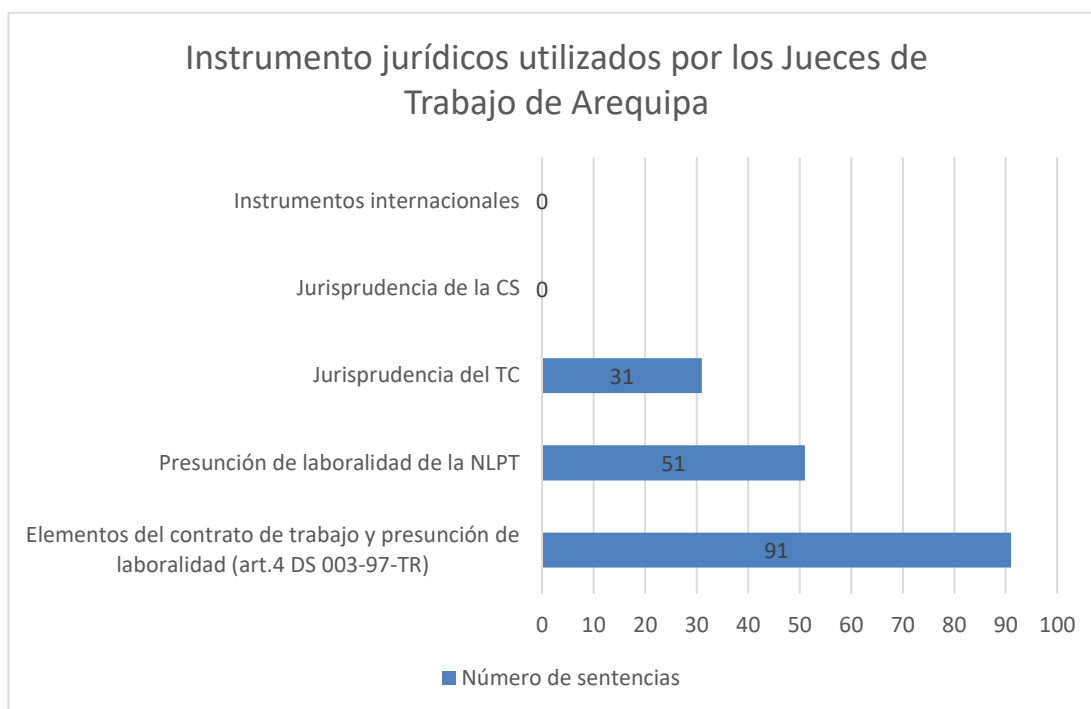
Como indicios de laboralidad que de manera recurrente este despacho observa, se tiene la naturaleza de las labores que realiza el trabajador y naturaleza de la actividad que realiza el empleador. De la misma manera, el hecho que el trabajador informe sobre sus labores a quien lo contrató, es considerado como un indicio de laboralidad para este juzgado.

Dentro de los otros indicios que son minoría se tiene la expedición de constancias de trabajo y el reconocimiento de algunos beneficios sociales.

2.6. Resultados generales de la investigación

Con los efectos de sintetizar la información recopilada de la investigación de campo consistente en la revisión de la sentencias emitidas por los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican la NLPT, se ha realizado el gráfico siguiente que muestra las fuentes o instrumentos jurídicos que aplican los jueces al momento de resolver estos casos tomando en cuenta que la muestra total de sentencias revisadas es de cien.

GRÁFICO Nº 21



Del cuadro anterior se puede ver que los jueces en su mayoría han aplicado los elementos del contrato de trabajo y la presunción de laboralidad de la LPCL, representando ello el 91% de los expedientes.

Como segundo instrumento jurídico, los jueces aplican la presunción de laboralidad de la NLPT en su artículo 23 numeral 2; representando el 51% de los expedientes. Esta presunción favorece la actividad probatoria del trabajador al trasladar casi por completo la carga de la prueba al empleador sobre la naturaleza del vínculo que tenían, a excepción de la prestación de servicios, la misma que será acreditada por el trabajador demandante. En comparación a la presunción del artículo 4 del LPCL esta sólo exige la acreditación de un elemento del contrato de trabajo dejando los otros dos para que sean eventualmente desvirtuados por el empleador, de lo contrario se entenderá la existencia de una relación laboral.

Con una menor incidencia se tiene la aplicación de las sentencias del TC que enumeran indicios o rasgos de laboralidad. El porcentaje de sentencias en las que se han aplicado estas resoluciones es del 31%. Este resultado sorprende

por la reducida fracción de casos en los que se aplica, por cuanto en la aplicación de los cuestionarios, la mayoría de los jueces señaló utilizar la jurisprudencia del TC para los efectos de resolver los casos en materia de desnaturalización de las relaciones civiles, y, es más, señalaron en su mayoría que la jurisprudencia sería la fuente adecuada para establecer los indicios de laboralidad. Sin embargo, cosa distinta vemos en las sentencias que emiten, por lo que esto nos hace pensar en la necesidad que se recojan los indicios de laboralidad en una norma con rango de ley.

Como bien se mencionó, los juzgados que han aplicado las sentencias del TC como fuentes de indicios de laboralidad han emitido sentencias mejor motivadas al haber encontrado mayor cantidad de elementos para decidir la desnaturalización de los contratos civiles. De manera tal que esto nos permite sostener que tener un listado de rasgos de laboralidad como referente para los jueces es trascendente y puede conllevar a una mejor administración de justicia en estos casos.

Totalmente relegados en cuanto a su aplicación a los casos materia de análisis, se han encontrado a la jurisprudencia de la Corte Suprema y los instrumentos internacionales. En este sentido, queda entendido, principalmente, que los jueces no basan sus decisiones en instrumentos internacionales, quedando comprobado el hecho que estos no aplican la Recomendación N° 198 de la OIT ni ningún otro instrumento de este organismo internacional.

En lo que refiere a los indicios de laboralidad que los jueces de trabajo utilizan, plasmamos el resultado de nuestra investigación en el siguiente cuadro.

GRÁFICO Nº 22



Sin duda, el indicio mas importante tomado en consideración por los jueces al momento de resolver es la naturaleza de las labores realizadas por el trabajador. Como bien se ha referido, los jueces analizan si por su simple naturaleza, estas no pueden ser desarrolladas sin subordinación. Este constituye el primer indicio a valorar en el 69% de las sentencias revisadas.

Aunado a lo anterior, se tiene el rasgo de laboralidad consistente en la naturaleza de las actividades del empleador. Este ha sido utilizado en el 56% de las sentencias revisadas, y ello obedece a la siguiente lógica: si las labores que realizó el demandante constituyen precisamente el fin de quien los contrató entonces no puede entenderse que estas labores se realizan sin subordinación.

De estos dos últimos criterios utilizados por los jueces, se puede apreciar que, por lo menos en el caso del primero, estos pueden englobar en sí la concurrencia de otros indicios de laboralidad. Esto es que, por sí, estos criterios no son suficientes para determinar la desnaturalización de una

relación civil sino que se debe valorar la concurrencia de otros indicios de laboralidad como pueden ser la integración a la organización de la empresa, el deber de informar, tener un horario y jornada de trabajo definidos, estar bajo la supervisión de personal designado para tal fin, entre otros. En consecuencia, a criterio nuestro, fundamentar una sentencia que señala que el vínculo civil se ha desnaturalizado atendiendo a que los servicios prestados eran bajo una relación de subordinación atendiendo a la naturaleza de las labores realizadas y/o las actividades que realiza el empleador, es insuficiente y deja abierta de la posibilidad a que el fallo sea impredecible. En consecuencia, somos de la opinión que considerar únicamente y aislados estos dos criterios como base para declarar la desnaturalización de una relación civil afecta el Principio de Predictibilidad de la Resoluciones Judiciales.

La permanencia de las labores realizadas es un tercer criterio que va aunado en cierta medida a los dos anteriores. Este representa el 21% de las sentencias revisadas. Algunos jueces han considerado que la naturaleza de las funciones desarrolladas, por lógica y sumado a los anteriores dos indicios, no se puede desarrollar temporalmente, entonces se entendería que ha existido subordinación y con ello una relación laboral.

La obligación de informar y el horario y jornada de trabajo acreditados, se encuentran en el 29% y 23% de las sentencias revisadas, respectivamente. Estos constituyen importantes indicios de laboralidad pues son importantes para que se considere configurado el elemento de la subordinación.

Las condiciones del contrato de civil celebrado sirven a los jueces, luego de un análisis de los mismos, para determinar que han existido rasgos propios de una relación laboral. En las sentencias revisadas se ve que los jueces se basan en que existen condiciones o cláusulas típicas de una relación de trabajo en los contratos de Locación de Servicios. Dentro de éstas cláusulas se encuentran el deber de informar, el de obedecer a cualquier funcionario de la empresa, entre otros.

La imposición de sanciones, constituye un elemento que acredita por sí solo la subordinación con la que el trabajador prestó sus servicios, por lo que los jueces la han observado en un 18% de sentencias.

De otro lado, una retribución uniforme y otorgada de forma mensual al prestador de servicios, la entrega de herramientas o materiales de trabajo y la prestación de los servicios en el lugar donde se ubican las oficinas del empleador, son elementos que los jueces han valorado en un 6%, 4% y 4% respectivamente. Aunque estos indicios son los menos encontrados en las sentencias, estos pueden ser importantes cuando se encuentran unidos a otros, para llevar a la certeza al juez que se encuentra frente a una relación laboral.

Finalmente, dentro de los “otros” indicios, encontramos que se valora el hecho de contar con un *fotocheck*, haber recibido capacitaciones, haber sido premiado o condecorado, haber recibido viáticos, haberse integrado a la estructura de la empresa y el hecho de haberse reconocido algún beneficio social al prestador de servicios. Estos indicios si bien es cierto se han encontrado en menor proporción a los descritos anteriormente, consideramos que es por la remota posibilidad que exista un empleador que encubra una relación laboral dejando ver todos estos indicios de la laboralidad.

Llegado este punto, ¿estos indicios observados por los jueces se subsumen en los establecidos en la Recomendación 198 de la OIT? La respuesta es positiva, pero precisando que no todos ellos se encuentran en tal Recomendación, como es el caso de los mas frecuentes que son la “naturaleza de las labores realizadas” y las “actividades del empleador”, que, como hemos visto, no son suficientes para declarar desnaturalizado un vínculo civil. Sin embargo, esto no quiere decir que no sea necesaria la inclusión de los indicios en la legislación, máxime si se ha podido apreciar que existen juzgados que no observan una serie de indicios en tanto se permiten desarrollar su criterio con base en la LPCL y la NLPT, sin base jurídica adicional y además, resolver en base a los dos criterios referidos que son insuficientes para desnaturalizar los vínculos civiles. Esto no es ilegal, sin

embargo, se presta a decisiones disímiles y afecta el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales.

Pese a que ciertos indicios se subsumen en los establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT, podemos ver que los juzgados que han aplicado jurisprudencia del TC como fuentes de indicios de laboralidad, han motivado mejor sus sentencias subsumiendo varios de ellos a los casos en concreto. Si tenemos en cuenta que estas sentencias del TC recogen indicios claramente derivados de la Recomendación bajo estudio, entonces se puede sostener que la inclusión de los indicios contemplados en tal instrumento a la legislación nacional permitirá que los jueces motiven mejor sus sentencias, observando la configuración de mayor cantidad de ellos en los casos concretos, y den con esto una cuota de predictibilidad a las resoluciones que emiten.



CONCLUSIONES

PRIMERA.- El poder económico y la diferencia estructural entre empleador y trabajador, puede traer como consecuencia la disimulación de un vínculo laboral con uno de naturaleza civil, negando la protección del Derecho del Trabajo a los prestadores de servicios, resultando esencial la aplicación del principio de primacía de la realidad para reconocer los derechos negados.

SEGUNDA.- La contratación civil simulada es muestra del fenómeno de la informalidad que domina a la sociedad peruana, motivo por el cual incluso la OIT ha realizado estudios y emitido un instrumento que muestran que la falta de información y altos costos de formalización agravan las tasas de informalidad. Esto hace que el empleador encuentre atractiva una contratación de bajo costo o “*low cost*” representada por la contratación civil.

TERCERA.- Con vista a los resultados de la investigación de campo, los Jueces de Trabajo de Arequipa no aplican formalmente la Recomendación N° 198 de la OIT para resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles.

CUARTA. – Entre los criterios utilizados por los Jueces de Trabajo de Arequipa se destaca por su frecuencia al artículo 4 de la LPCL como referente jurídico y a la naturaleza de las laborales realizadas por el prestador de servicios, su deber de informar y el tipo de actividad que realiza el beneficiario de los servicios, como indicios de laboralidad.

QUINTA. – Los criterios utilizados por los Jueces de Trabajo de Arequipa para resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles se subsumen, en su mayoría, en los establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT.

SEXTA. – Los criterios establecidos en la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional en materia de desnaturalización de las relaciones civiles, se subsumen en los indicios que recoge la Recomendación N° 198 de la OIT.

SÉPTIMA. – Los Jueces de Trabajo de Arequipa afectan el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales en los casos de desnaturalización de las relaciones civiles al aplicar criterios que, aunque en su mayoría se subsumen en los establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT, son diversos y que por sí no son suficientes para desnaturalizar las relaciones civiles haciéndose necesaria la valoración conjunta de otros indicios de laboralidad.

OCTAVA. – Podemos sostener que hemos podido comprobar nuestra hipótesis en todos sus extremos. Ello en tanto los Jueces de Trabajo de Arequipa no aplican formalmente la Recomendación N° 198 de la OIT como fuente de indicios de laboralidad, utilizando diversos criterios para resolver los procesos de la materia tras la aplicación de normas jurídicas con rango de ley, dejando de lado en su mayoría indicios nacidos de la jurisprudencia. Esto, afecta el Principio de Predictibilidad de las Resoluciones Judiciales por lo que se hace indispensable, incluir los indicios de laboralidad establecidos en la Recomendación N° 198 de la OIT en la legislación nacional con el fin de solucionar el problema de investigación.

SUGERENCIAS

1. Reforzar la aplicación de los principios laborales, con especial atención en el Principio de Primacía de la Realidad, tanto por los jueces como autoridades administrativas en el marco de sus funciones, para procurar el reconocimiento de los derechos laborales a los trabajadores que se encuentren contratados civilmente.
2. Promover la aplicación de Tratados y otros instrumentos de Derecho Internacional del Trabajo, para lograr una protección efectiva de los derechos laborales de los justiciables. Esta promoción deberá realizarse por instituciones como el mismo Poder Judicial, la Academia de la Magistratura o el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo a través de una política de Estado.
3. Establecer políticas económicas que no impongan costos innecesarios a los empleadores para su formalización, y que de esta manera permitan que estos comiencen a generar empleo formal para más personas. Esta política requerirá de un manejo responsable de la remuneración mínima vital y una correcta y gradual imposición del pago de beneficios para los efectos de no encarecer la contratación laboral en las regiones menos desarrolladas y principalmente a las micro y pequeñas empresas.
4. Atendiendo a la tendencia legalista de una gran parte de jueces en nuestro país, y al derecho de los ciudadanos de contar con una lista de indicios de laboralidad que les permita calificar una relación contractual como laboral o civil previamente a la celebración de un acuerdo de prestación de servicios, establecer bajo la forma de ley la incorporación del artículo 4-A al TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, adicionando los

indicios de laboralidad establecidos en el artículo 13 de la Recomendación N° 198 de la OIT. De esta manera, nos permitimos plasmar a continuación la fórmula legal que tendría este proyecto de ley.

PROYECTO DE LEY

“LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 4º-A AL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR INCORPORANDO LOS INDICIOS DE LABORALIDAD CONTEMPLADOS EN LA RECOMENDACIÓN N° 198 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO”

Artículo 1º.- OBJETO DE LA LEY

La presente Ley tiene por objeto brindar a los operadores de justicia, la Autoridad Administrativa de Trabajo y/o cualquier otra entidad del Estado en el marco de sus funciones y atribuciones, así como a las partes que se encuentren por celebrar un contrato o acuerdo por el que una de ellas deba prestar servicios personales en favor de la otra, algunos indicios o rasgos característicos de laboralidad tomados de la Recomendación N° 198 de la Organización Internacional del Trabajo que les permitan calificar la prestación de servicios como una que se realiza bajo un contrato de trabajo y, en consecuencia, merecen el tratamiento que establecen las normas laborales nacionales e internacionales vigentes.

Artículo 2º.- INCORPÓRESE EL ARTÍCULO 4º-A AL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR

Incorpórese el artículo 4º-A del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, en los siguientes términos:

“Artículo 4º-A.- Para la determinar la existencia de una relación de trabajo, se tomarán en consideración de manera enunciativa mas no limitativa los siguientes indicios de laboralidad:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.”

Artículo 3º.-VIGENCIA

La presente Ley entrará en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

BIBLIOGRAFÍA

Alterini, Atilio. Contrato civiles- comerciales- de consumo, Teoría General, Edit. Abeledo-Perrot, Primera edición, Buenos Aires, 1998.

Anacleto, Víctor, Manual de Derecho del Trabajo, Edit. Grijley, Primera edición, 2012.

Beltrán, Jorge, Código Civil Comentado, Tomo IX, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2005.

Borrajo, Efrén, Introducción del Derecho del Trabajo, Edit. Tecnos, Doceava edición, Madrid, 2012.

Bullard, Alfredo. Derecho y Economía. Análisis económico de las instituciones legales, Edit. Palestra, Segunda edición, Lima, 2006.

Cabanellas, Guillermo, Compendio de Derecho Laboral, Omeba editores, Buenos Aires, 1968.

Dávalos, Jorge, Modelo de Proyección de Empleo para el Perú, OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, Lima, 2013.

De la Puente, Manuel y otros, Comentarios al Código Civil, Tomo VII. Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2003.

Díaz, Juan y otros, Hacia un desarrollo inclusivo. El caso del Perú, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago de Chile, 2014.

Etala, Carlos, Interpretación y aplicación de las normas laborales, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

Ferrero, Raúl y otro, Derecho del Trabajo, Décimo quinta edición, Lima, 1977.

Franco, César, El consentimiento en los delitos contra la libertad sexual en adolescentes mayores de 14 años y menores de 18 años, en los pronunciamientos emitidos por parte de los señores fiscales provinciales penales representantes del ministerio publico del distrito judicial de lima durante los años 2007 al 2012, Tesis para optar por el Grado de Magíster en Ciencias Penales, UNMSM, Lima, 2013, Tomado de:

http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/570/Franco_gc.pdf?

Guerrero, Guillermo, Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo, Edit. Leyer, Primera edición, Bogotá, 1999.

Ledesma, Marianella, Comentarios al Código Procesal Civil, Tomo I, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2008.

López, Fernando, Teoría de los contratos, Tomo I. Edit. Víctor P. de Zavalía SAC, Cuarta edición, Buenos Aires, 1997.

Mankiw, Gregory, Principios de Economía, Edit. Cengage Learning, sexta edición, México DF, 2012.

Neves, Javier, Introducción al Derecho del Trabajo, Fondo editorial de la PUCP, Segunda edición, Lima, 2009.

OIT, Desarrollo productivo, formalización laboral y normas del trabajo: áreas prioritarias de trabajo de la OIT en América Latina y el Caribe, (OIT Américas, Informes Técnicos, 2016/4), Lima: OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2016.

OIT, Manual para la redacción de instrumentos de la OIT: guía rápida, Oficina Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2007.

OIT, Regulating the employment relationship in Europe: a guide to Recommendation No. 198, International Labour Office, Governance and Tripartism Department, Geneva, 2013.

OIT, Perfil del emprendedor informal limeño. Demografía, percepciones y actitudes, Lima: OIT, OIT/ Oficina de la OIT para los Países Andinos, Lima, 2014.

Plá, Américo, Curso de Derecho. Introducción al Derecho del Trabajo, Ediciones Idea, Montevideo, 2000.

Quesada, Rosa y otros, Manual del Derecho del Trabajo, Edit. Centro de estudios Ramon Areces SA, Madrid, 1998.

Rodgers, Gerry y otros, La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social 1919-2009, OIT, Primera edición, Ginebra, 2009.

Rodríguez, Javier, Los Contratos Bancarios Modernos, Edit. Grijley, Segunda Edición, Lima, 1995.

Rodríguez, Miguel, “La voluntad de las partes en la calificación del contrato de trabajo”, en: Relaciones laborales N°18, Madrid, 1996.

Rubio, Marcial, El sistema Jurídico, Introducción al Derecho, Fondo Editorial de la PUCP, Décima edición, Lima, 2009.

Sánchez, Gustavo, Introducción a la teoría económica, Un enfoque latinoamericano, Edit. Pearson Education, segunda edición, México DF, 2006

Sánchez, Pedro y otra, Legislación de la Construcción y el Derecho del Trabajo, Edit. Plus Ultra, Sexta edición, Buenos Aires, 1979.

Sanguinetti, Wilfredo, El contrato de Locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo, Cultural Cuzco, Lima, 1998.

Toyama, Jorge y otro, Guía Laboral, Edit. Gaceta Jurídica, Primera edición, Lima, 2003.

Vasquez, Aníbal, Teoría general del Contrato, Tomo I, Edit. Instituto Pacífico, Primera Edición, Lima, 2012.

Vela, Carlos, Derecho ecuatoriano del Trabajo, Edit. La Unión CA, primera edición, Quito, 1955.

INFORMATOGRAFÍA

Aquino, Mery. Derecho Laboral. UPLA. Tomado de:

http://www.cacvirtual.upla.edu.pe/distancia/as_cf.php/06/DERECHO%20LABORAL.pdf

Céspedes, Nikita. Efectos del salario mínimo en el mercado laboral peruano.

Tomado de: <http://200.37.165.6/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/13/Estudios-Economicos-13-5.pdf>

Gherzi, Enrique. Transcripción de la Conferencia dictada el 19 de febrero de 2010 en el Auditorio Milton Friedman, Universidad Francisco Marroquín.

Tomado de: <http://articulos.ghersi.com/2011/08/capitulo-2-el-coste-de-la-legalidad/>

<http://gestion.pe/economia/se-frena-reduccion-informalidad-peru-crece-732-2015-alerta-sni-2162171>

<http://laley.pe/not/2363/convenio-de-reduccion-de-remuneraciones-debe-ser-voluntario->

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang--es/index.htm>

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/lang--es/index.htm>

<http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang--es/index.htm>

<http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/lang--es/index.htm>

<https://www.oitcinterfor.org/hechos-noticias/forlac-programa-oit-formalizaci%C3%B3n-informalidad>

Loayza, Norman. Causas y Consecuencias de la informalidad en el Perú.

Estudios Económicos del BCRP. Tomado de:

<http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>

Martin, José. ¿Qué es el Análisis Económico del Derecho Laboral? A

propósito de la discusión sobre el salario mínimo en Perú I. Tomado de:

<http://blog.apeyd.org/2014/03/que-es-el-analisis-economico-del-derecho-laboral-jose-manuel-martin-coronado.html>

Reyes, Libia. Derecho Laboral. Primera Edición. 2012. México. Tomado de:

http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_laboral.pdf

Ruiz, Wuille, La Predictibilidad en la Justicia peruana, en: Diario El Peruano, 20 de febrero del 2011. Tomado de:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/4a11c6004795d9cb9670f61f51d7444/20110220.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=4a11c6004795d9cb9670f61f51d7444>

ANEXOS



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL



**ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT
EN LOS PROCESOS DE DESNATURALIZACIÓN DE RELACIONES
CIVILES EN LOS JUZGADOS DE TRABAJO DE AREQUIPA, 2015-2016.**

**Proyecto de investigación
presentado por el maestrista:**

Berly Gonzales Ortega

**Para optar por el grado académico
de:**

Magíster en Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social

Arequipa

2016



Una cosa no es justa por el hecho de ser ley. Debe ser ley porque es justa.

Barón de Montesquieu

INTRODUCCIÓN

No es poco frecuente encontrarnos ante una simulación de contrato de locación de servicios o cualquier otro tipo de contrato de naturaleza civil para ocultar una relación de carácter laboral. Los costos que supone una contratación del tipo laboral incentivan a las personas, empresas o instituciones sean privadas o públicas a optar por este tipo de contratación, vulnerando de esta manera el derecho del trabajador de ser retribuido de manera adecuada por las labores que presta en favor de su empleador.

Particularmente en nuestro país los niveles de informalidad laboral son bastante altos. Para el año 2014 en las empresas de 11 a 100 trabajadores la informalidad se encuentra en un 43%, mientras que para la Micro y Pequeña empresa este nivel se encuentra en un 88% en el mismo año¹⁵². En este tipo de contrataciones se deja de pagar u otorgar a los trabajadores los beneficios que por ley le son exigibles, como son el pago de su Compensación por Tiempo de Servicios, Gratificaciones legales, otorgamiento de un descanso vacacional y uno semanal, entre otros, que forman parte de la retribución por sus servicios prestados.

En sede de juicio, los trabajadores demandan con frecuencia la desnaturalización de estos contratos civiles argumentando que en realidad ellos prestaban sus servicios bajo las características de una relación del tipo laboral, esto es, con una prestación personal, remunerada y subordinada de sus servicios. Para esto, existe jurisprudencia que establece distintos criterios a tomar en cuenta para determinar la existencia de una relación laboral, los que son denominados “Rasgos” o “Indicios” de laboralidad. Sin embargo, la OIT mediante su Recomendación N° 198, establece una amplia lista de rasgos de laboralidad que permitirían a todo juez tener una referente exacto y objetivo para resolver.

La investigación a realizarse evaluará si los jueces de los Juzgados de Trabajo de Arequipa, utilizan los criterios establecidos en esta Recomendación, y en todo caso si entre los diversos criterios que puedan tener, alguno de ellos se subsume en lo establecido en tal instrumento, si se afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, para finalmente determinar una posible solución al problema para lograr la aplicación de los indicios que establece esta Recomendación.

¹⁵² http://elcomercio.pe/economia/peru/informalidad-laboral-sigue-afectando-que-menos-ganan-noticia-1811421?ref=flujo_tags_306065&ft=nota_7&e=titulo (15 de mayo del 2015)

II. PLANTEAMIENTO TEÓRICO

1. Problema de investigación

1.1. Enunciado del problema

“ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LA RECOMENDACIÓN 198 DE LA OIT EN LOS PROCESOS DE DESNATURALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CIVILES EN LOS JUZGADOS DE TRABAJO DE AREQUIPA. 2015-2016.”

III. Descripción del problema

3.1. ÁREA DE CONOCIMIENTO

Campo: Ciencias Jurídicas

Área: Derecho del Trabajo

Línea: Contratación Laboral

3.2. ANÁLISIS DE VARIABLES

3.2.1. Variables

a) Variable independiente:

Análisis de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT.

b) Variable dependiente:

Los procesos de desnaturalización de las relaciones Civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa.

3.2.2. Indicadores y Subindicadores

Variable independiente:

Análisis de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT.

1. El Derecho Laboral

- 1.1. Definición
- 1.2. Historia
- 1.3. Características
- 1.4. Fuentes
- 1.5. Principios

2. El Contrato de trabajo

- 2.1. Definición
- 2.2. Elementos
- 2.3. Tipos de contratación
- 2.4. Legislación
- 2.5. Jurisprudencia

3. El Contrato civil

- 3.1. Definición
- 3.2. Antecedentes
- 3.3. Características
- 3.4. Elementos
- 3.5. Tipos
- 3.6. Legislación

4. La OIT

- 4.1. Definición
- 4.2. Historia
- 4.3. Misión y objetivos

5. La Recomendación 198 de la OIT

- 5.1. Preámbulo
- 5.2. Finalidad
- 5.3. Recomendaciones

6. Los rasgos o indicios de laboralidad

- 6.1. Definición
- 6.2. Elementos
- 6.3. Derecho Comparado
- 6.4. Jurisprudencia
- 6.5. Tratados

Variable dependiente:

Los procesos de desnaturalización de las relaciones Civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa.

1. El contrato de Locación de servicios

- 1.1. Definición
- 1.2. Elementos
- 1.3. Características
- 1.4. Legislación
- 1.5. Derecho comparado.

2. Desnaturalización de los contratos civiles

- 2.1. Definición de desnaturalización
- 2.2. Jurisprudencia

2.3. Legislación

3. El Principio de Primacía de la Realidad

3.1. Doctrina

3.2. Jurisprudencia

3.3. Legislación



3.2.3. CUADRO DE OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

Variables	Indicadores	Subindicadores	
<p><u>VARIABLE INDEPENDIENTE</u> Análisis de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT.</p>	El Derecho Laboral	Definición	
		Historia	
		Características	
		Fuentes	
		Principios	
	El Contrato de trabajo	Definición	
		Elementos	
		Tipos de contratación	
		Legislación	
	El Contrato civil	Jurisprudencia	
		Definición	
		Antecedentes	
		Características	
		Elementos	
	La OIT	Tipos	
		Legislación	
		Definición	
	La Recomendación 198 de la OIT	Historia	
		Misión y objetivos	
		Preámbulo	
Los rasgos o indicios de laboralidad	Finalidad		
	Recomendaciones		
	Definición		
	Elementos		
	Derecho Comparado		
<p><u>VARIABLE DEPENDIENTE</u> Los procesos de desnaturalización de las relaciones Civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa.</p>	El contrato de locación de servicios	Definición	
		Elementos	
		Características	
		Legislación	
	Desnaturalización de los contratos civiles	Derecho comparado	
		Definición de desnaturalización	
		Jurisprudencia	
	El Principio de Primacía de la Realidad	Legislación	
		Definición	
		Jurisprudencia	
			Legislación

3.3. Interrogantes Básicas

1. ¿Se está aplicando formalmente la Recomendación 198 de la OIT en los procesos de desnaturalización de las relaciones civiles seguidos ante los Juzgados de trabajo de Arequipa?
2. ¿Qué criterios están utilizando los Jueces de Trabajo de Arequipa para determinar la existencia de una relación laboral y no civil?
3. ¿Los criterios utilizados por los Jueces de Trabajo de Arequipa se subsumen en los establecidos por la Recomendación 198 de la OIT?
4. ¿Los criterios que ha establecido la Jurisprudencia nacional para la determinación de la existencia de una relación laboral se subsumen en los establecidos en la Recomendación 198 de la OIT?
5. ¿Afectan, los Jueces de Trabajo de Arequipa, el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales al resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles?

3.4. Tipo y nivel de investigación

- Por su finalidad: Aplicada, tiene como objetivo la solución a un problema.
- Por su nivel de profundización: Descriptiva y explicativa. Pues describirá una realidad y encontrará los motivos del problema.
- Por el ámbito: Documental y de campo.
- Por el tiempo: Diacrónica por el periodo de dos años (2015-2016).

IV. Justificación

El problema de investigación es **novedoso** por cuanto no se ha investigado previamente sobre la arista a la que se hace referencia en el presente proyecto, pues el tema de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT en su apartado de los indicios o rasgos de laboralidad, en los Juzgados de Trabajo nacionales no se ha tocado por los investigadores. Se ha tocado ampliamente el de desnaturalización de las relaciones civiles, pero no en la aplicación de la Recomendación 198 a los procesos.

Es **importante** dado que la Recomendación 198 de la OIT permitiría tener a los operadores de justicia un referente concreto sobre los puntos básicos a tomar en consideración para determinar la existencia de una relación laboral y, por el lado de los justiciables, van a poder predecir de manera más certera el fallo a emitir por el juez.

Es **verificable** por cuanto a través de los instrumentos de investigación a utilizarse se podrá determinar si se está o no aplicando la Recomendación en mención, cuáles son los criterios que se vienen utilizando por los jueces, si estos y los de la jurisprudencia nacional se subsumen en lo establecido en la Recomendación y si se estaría afectado el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Es **factible** puesto que se tiene al alcance toda la información necesaria para realizar la investigación, así como los instrumentos a utilizarse. No resulta ser una investigación cuyo problema afecta a una pequeña porción de justiciables, sino todo lo contrario.

Es **generalizable** en el sentido en que los resultados de la presente investigación pueden proporcionar información importante. En general, los criterios tomados en consideración para determinar una desnaturalización de relación civil, y en específico, si estos criterios se alinean con lo establecido en la Recomendación en cuestión, o si esta se está aplicando directamente.

Es de la **especialidad**, dado que el problema de investigación se encuentra dentro de la rama del Derecho Laboral.

V. Marco conceptual

5.1. Conceptos básicos

a) Derecho del Trabajo:

“El Derecho Laboral es un derecho protector de la clase trabajadora, a su vez busca el equilibrio de los factores de producción, capital y trabajo, al garantizar que las fuentes de empleo y la productividad permitan un nivel de vida digno al trabajador y su familia. Una vez que sabemos de dónde se desprende el Derecho Laboral, es necesario conocer su significado, por lo que ya se conoce que este Derecho es el que se refiere a las relaciones laborales y obligaciones del trabajador con el del patrón, y viceversa.

El Derecho Laboral, desde el punto de vista legal, es el conjunto de normas jurídicas que regula las relaciones laborales con el fin de conseguir equilibrio entre el patrón y trabajador.”¹⁵³

b) Principios del Derecho del Trabajo:

“tanto la definición de los principios del Derecho del Trabajo, como la identificación de las diversas funciones que ellos cumplen respecto del ordenamiento, con las que estamos más próximos, son las formuladas por Plá Rodríguez (1978:9). Según este autor, los principios son líneas directrices que informan a las normas e inspirar soluciones y sirven en las diversas de la vida normativa.

Podemos señalar las siguientes: para la producción e las normas, momento en el que debe acudir al carácter protector del Derecho del Trabajo; para su interpretación, actividad en la cual el principio apropiado es el *indubio pro operario*; para su aplicación oportunidad en la que resolvemos un conflicto mediante la norma más favorable, o retenemos ventajas alcanzadas a través de la condición más beneficiosa; y para su sustitución, supuesto en el cual acudimos a los métodos de integración. Así mismo, se utilizan en hipótesis de afectación de derechos, por diversas vías (la Primacía de la Realidad, la irrenunciabilidad de derechos, la igualdad y la propia condición más beneficiosa desempeñan este papel.)¹⁵⁴

¹⁵³ Reyes, Libia. Derecho Laboral. Primera Edición. 2012. México. P. 13. Tomado de: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_laboral.pdf 29/12/15

¹⁵⁴ NEVES, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda edición. Fondo Editorial PUCP. 2012. Lima. P. 129.

c) Fuentes del Derecho del Trabajo:

“La expresión “fuente del derecho” tiene –en la doctrina italiana- una doble acepción. De un lado, como fuente de la producción, se refiere al productor, que es una entidad- en el más amplio sentido de la palabra- que posee la atribución de elaborar un producto, así como al procedimiento que debe utilizar con ese proceso. Se responde a las interrogantes acerca de quién puede producir y cómo debe hacerlo. De otro lado, como fuente del conocimiento, alude al producto mismo y absuelve la cuestión de lo que es lo producido. En el primer significado será fuente del derecho, por ejemplo, el Congreso, y el trámite parlamentario de elaboración de la Ley; y, en el segundo, la propia ley.

En rigor esta tiene su origen en aquellos, por lo que la fuente de la producción sería mediata y la del conocimiento inmediata.”¹⁵⁵

“Cuadro 4: Sistema peruano de fuentes del Derecho”¹⁵⁶

NIVEL	NORMAS
Constitucional	<ul style="list-style-type: none"> - Constitución - Tratado de derecho humanos
Primario	<ul style="list-style-type: none"> - Tratado - Ley - Decreto Legislativo - Decreto de urgencia - Ley Regional - Ordenanza Municipal - Sentencia anulatoria del Tribunal Constitucional
Secundario	<ul style="list-style-type: none"> - Reglamento - Decreto Regional - Edicto Municipal - Sentencia anulatoria del Poder Judicial
Terciario	<ul style="list-style-type: none"> - Convenio colectivo - Reglamento interno de trabajo - Costumbre

“NORMAS CON RANGO CONSTITUCIONAL

A. La Constitución Política del Estado

Es la Ley Fundamental que rige en todo Estado de Derecho. La denominación de fundamental se debe a dos hechos concretos: porque consagra los principios básicos de la organización del Estado, y porque todas las normas jurídicas deben subordinarse a ella.”

¹⁵⁵ *Ibíd.* P. 57.

¹⁵⁶ *Ibíd.* P. 63.

B. Tratados de Derechos Humanos

Dentro del concepto de tratados se incluye no solamente los acuerdos a que pueden llegar determinados Estados, regulando sus relaciones en el nivel internacional, sino también las Declaraciones Universales de algunos Organismos Internacionales como la Organización de Estados Americanos (OEA) o la Organización de las Naciones Unidas (ONU), además de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En nuestro país, Javier Neves Mujica señala que los tratados son normas producidas por sujetos internacionales que pueden ser los propios Estados u organismos internacionales. Los Estados celebran acuerdos en forma bilateral o multilateral y los organismos internacionales celebran acuerdos u adoptan sus decisiones en sus propios organismos.

NORMAS CON RANGO DE LEY

C. La Ley.

Generalmente cuando se alude a la Ley se hace referencia a toda norma jurídica, sin establecer diferencia alguna entre ésta y aquélla. La Ley es una norma jurídica, pero no toda norma jurídica es Ley, no siendo su escrituralidad el rasgo fundamental de diferenciación, si entendemos que toda norma jurídica para su vigencia, cumplimiento y sanción debe ser escrita.”

D. Decreto Ley

Se trata de un tipo de normas con categoría de Ley y que ocupa igualmente, el nivel primario. Son emitidos por gobiernos de facto o gobiernos inconstitucionales formalmente hablando, no obstante se incorporan de hecho a la producción normativa y por tanto al ordenamiento jurídico vigente. Si bien existe aceptación respecto de los Decretos Leyes, por lo que se insertan en el orden jurídico establecido, no es menos cierto que tal inserción “ha sido y será largamente discutida”.

E. Decreto Legislativo

Como lo hemos visto al abordar el tema de la Ley como fuente de derecho, en nuestro ordenamiento jurídico la atribución normativa ha sido asignada al Congreso de la República, sin embargo, el Poder Ejecutivo, puede emitir normas jurídicas cuya denominación no es Ley sino Decreto Legislativo, en mérito de la delegación de dichas funciones por el Poder Legislativo. La fuente normativa de los Decretos Legislativos es el Poder Ejecutivo en la persona del Presidente de la República, a través de una Ley autoritativa para legislar sobre materia específica y por un plazo determinado, establecidos en la propia Ley autoritativa. (artículo 104, primer párrafo de la Constitución).

F. Decreto de Urgencia

Los Decretos de Urgencia son emitidos por el Poder Ejecutivo, y se ubican jerárquicamente en el nivel primario, es decir, en la misma ubicación que le corresponde a una Ley ordinaria.

Un problema bastante agudo a resolver es el tipo de materias que pueden abarcarse a través de los Decretos de Urgencia, pues hasta el momento no ha quedado claro si el contenido del artículo 118.19 reconoce facultad al Ejecutivo para legislar sobre materia laboral.

NORMAS SIN RANGO DE LEY

I. Decreto Supremo

Constituye el acto normativo típico del Poder Ejecutivo y por ende, la norma característica del derecho administrativo, del mismo modo como lo es el Convenio Colectivo de Trabajo del Derecho Laboral. La doctrina lo define como “toda norma escrita dictada por la administración”. Tiene por función el reglamentar Leyes.

J. Normas Administrativas

Como resoluciones ministeriales y directorales.

LA DOCTRINA

Como investigación de los especialistas en sus ramas.

LA JURISPRUDENCIA

A decir de Guillermo Cabanellas, viene a ser el conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico, omitido u oscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho. Debe entenderse también como la interpretación reiterada de un Tribunal Supremo que una Nación establece en los asuntos que conoce; llegando a constituir la practica judicial constante.”¹⁵⁷

d) Contrato de trabajo:

“Es el acuerdo por virtud del cual una persona llamada trabajador se obliga a prestar su servicio por cuenta, dirección, dependencia y subordinación de otra llamada empleador, a cambio de un salario. Su contenido está formado por dos obligaciones: La deuda del trabajador que se cumple con la prestación de servicios y la deuda del empleador, que se cumple con el pago del salario. Siendo así, el empleador es acreedor del trabajo, pero deudor del salario y el trabajador es deudor

¹⁵⁷ Aquino, Mery. Derecho Laboral. UPLA. P. 18. Tomado de:

http://www.cacvirtual.upla.edu.pe/distancia/as_cf.php/06/DERECHO%20LABORAL.pdf 29/12/15

del trabajo y acreedor del salario. Del contrato de trabajo se ha dicho que es un CONTRATO – REALIDAD, porque lo que importa, para su tipificación, no es el acuerdo adoptado por las partes, sino su comportamiento real.”¹⁵⁸

Así también, Toyama Miyagusuku establece que: “El contrato de Trabajo es un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes.”¹⁵⁹

e) Elementos del contrato de trabajo:

“Las características particulares del Derecho del Trabajo originan una serie de preceptos que se desprenden del principio protector. En definitiva, la consagración de un Estado Social (artículo 43), el reconocimiento de la tutela judicial efectiva (artículo 133.3) y los principios protector (artículo 23) y de igualdad (artículos 2.2. y 26.1) recogidos en nuestra Constitución brindan el marco necesario para la existencia de reglas particulares en el Derecho del Trabajo.”¹⁶⁰

f) Contrato civil:

“Pacto o convenio entre partes que se obligan sobre materia o cosa determinada y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas. En una definición jurídica, se dice que hay contrato cuando dos o más personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos. Capitant lo define como acuerdo de voluntades, entre dos o más personas, con el objeto de crear entre ellos vínculos de obligaciones, y también documento escrito destinado a crear una convención. Los contratos han de ser celebrados entre personas capaces y no han de referirse a cuestiones prohibidas o contrarias a la moral o las buenas costumbres. Los contratos lícitos obligan a las partes contratantes en iguales términos que la ley.”¹⁶¹

¹⁵⁸ Aquino, Mery. Derecho Laboral. Op.cit. P. 32.

¹⁵⁹ TOYAMA, Jorge. El derecho individual del Trabajo en el Perú. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. 2015. Lima. P. 65.

¹⁶⁰ TOYAMA, Jorge. Validez y eficacia del contrato de trabajo. P. 04. Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085221.pdf>

¹⁶¹ Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias jurídicas políticas y sociales. Edit. Heliasta. Vigésimo quinta edición. 1998. Buenos Aires. P. 233.

g) Elementos del contrato civil:

“Acuerdo de voluntades

La regla general es que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes. Los principios clásicos de la autonomía de la voluntad reconocen la existencia de la libertad de contrata y la libertad contractual. La primera corresponde al sentimiento interno de la parte, a la decisión libre de celebrar un determinado contrato y asumir las obligaciones correspondientes, en cambio la segunda está referida a la modalidad contractual permitida en nuestra legislación (...).

Pluralidad de sujetos

Presupone la existencia de dos o más partes cuyos intereses son distintos. La relación obligacional creada por el contrato presupone la existencia de dos o más partes por ello se afirma que el contrato es un acto jurídico bilateral o plurilateral cuyos intereses son distintos. Suele denominarse parte y contraparte a los sujetos que intervienen en el contrato. En los contratos bancarios una parte es el Banco y la contraparte es el cliente. (...)

Consecuencia Jurídica

Los contratos son acuerdos de voluntades cuyo objeto es crear, modificar, regular o extinguir actos jurídicos de naturaleza patrimonial.”¹⁶²

h) La OIT:

“La Organización Internacional del Trabajo (OIT) está consagrada a promover la justicia social y los Derechos Humanos y laborales reconocidos a nivel internacional, la Organización, prosiguiendo su misión fundadora: la paz laboral es esencial para la prosperidad. En la actualidad la OIT favorece la creación de trabajo decente y las condiciones laborales y económicas que permitan a trabajadores y a empleadores su participación en la paz duradera, la prosperidad y el progreso. Su estructura tripartita ofrece una plataforma desde la cual promover trabajo decente para todos los hombres y mujeres. Sus principales objetivos son: fomentar los derechos laborales, ampliar las oportunidades de acceder a un empleo decente, mejorar la protección

¹⁶² RODRIGUEZ, Javier. Los contratos Bancarios Modernos. Edit. Grijley. Segunda edición. 1995. Arequipa. Capítulo II. Tomado de:
http://www.rodriquezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap2.pdf

social y fortalecer el diálogo al abordar temas relacionados con el trabajo.”¹⁶³

i) Rasgos o indicios de laboralidad:

“el papel que los rasgos típicos desempeñan, pues, es el de servir como indicios de laboralidad de una relación o como requisitos para el disfrute de determinados derechos. En virtud de su primera función, pueden contribuir a calificar una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial la subordinación) no está plenamente acreditado. Gracias a la segunda, la percepción de ciertos beneficios puede estar supeditada al cumplimiento de determinado elemento típico.”¹⁶⁴

“(…)para determinar si existió una relación de trabajo entre las partes, encubierta mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: **a)** control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; **b)** integración del demandante en la estructura organizacional de la emplazada; **c)** prestación ejecutada dentro de un horario determinado; **d)** prestación de cierta duración y continuidad; **e)** suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; **f)** pago de remuneración al demandante; y, **g)** reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.”¹⁶⁵

j) Desnaturalización de los contratos civiles:

“Además, existe otro caso de simulación, llamado relativa por la doctrina. Este supuesto está considerado como causal de anulabilidad (numeral 3 del artículo 221 del CC). Aquí, a diferencia de la simulación relativa, detrás del negocio jurídico simulado, existe uno oculto. En materia laboral, usualmente se denomina a esta institución como «desnaturalización» del contrato y la consecuencia, en el marco del Principio de Primacía de la Realidad, es que existe un CT a plazo indeterminado.”¹⁶⁶

¹⁶³ Tomado de: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/lang-es/index.htm> 29/12/15

¹⁶⁴ NEVES, Javier. Op.cit. P. 46.

¹⁶⁵ 1193-2011-PA/TC Fundamento 5.

¹⁶⁶ TOYAMA, Jorge. Op.cit. P. 14. tomado de: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ValidezYEficaciaDelContratoDeTrabajo-5085221.pdf>

k) El Principio de Primacía de la Realidad:

““[E]l Principio de Primacía de la Realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22º); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23º) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato-realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación”.¹⁶⁷



¹⁶⁷ Cas. 2009-2006- Ucayali

VI. Objetivos

Objetivo principal

1. Determinar si se está aplicando formalmente la Recomendación 198 de la OIT para resolver los procesos de desnaturalización de las relaciones civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa.

Objetivos específicos

2. Establecer los criterios que están utilizando los Jueces de Trabajo de Arequipa para determinar la existencia de una relación laboral.
3. Definir si los criterios utilizados por los Jueces de Trabajo de Arequipa se subsumen en los establecidos por la Recomendación 198 de la OIT.
4. Determinar si los criterios que ha establecido la jurisprudencia nacional para la determinación de la existencia de una relación laboral se subsumen en los establecidos en la Recomendación 198 de la OIT.
5. Determinar si los Jueces de Trabajo de Arequipa afectan el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales al resolver los casos de desnaturalización de las relaciones civiles.

VII. Antecedentes investigativos

De la revisión realizada en la biblioteca Universidad Católica de Santa María, en sus unidades de pre y posgrado, en la biblioteca de la Universidad Nacional de San Agustín; sitios web la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas; en la internet y en la bibliografía de la doctrina más autorizada en el país, se han encontrado estudios referidos a los desnaturalización de los contratos civiles, no obstante no se refieren a la aplicación del instrumento internacional de la Recomendación 198 de la OIT por los Jueces nacionales. De esta manera, la doctrina y los investigadores se han avocado a conocer otro tipo de problemática relacionada a este tipo de contrato más no la arista de este problema de investigación.

VIII. Hipótesis

Dado que:

1. La Recomendación 198 de la OIT establece los indicios a considerar por los países miembros para determinar la existencia de una relación de trabajo.
2. Los altos niveles de informalidad en el trabajo en el país, que suponen el encubrimiento de las relaciones laborales para evitar costos.
3. Con frecuencia se demanda la desnaturalización de las relaciones de naturaleza civil para determinar la existencia de una relación de trabajo.
4. La obligatoriedad de los países miembros, como el Perú, de informar sobre el estado de la legislación y la práctica de las Recomendaciones de la OIT se encuentra establecida en el artículo 19, numeral 6, literal d), de la Constitución de la OIT.

Es probable que:

Que no se esté aplicando expresamente la Recomendación 198 de la OIT, como fuente de indicios de laboralidad, por los Jueces de Trabajo de Arequipa, con lo que existe diversidad de criterios para determinar la existencia de una relación de naturaleza laboral, lo que afecta el principio de predictibilidad de las resoluciones judiciales, haciéndose necesaria la inclusión de tales indicios de laboralidad en el sistema jurídico nacional y su puesta en práctica.

IX. Planteamiento Operacional

9.1. Técnicas e instrumentos

9.1.1. Variable independiente

Análisis de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT

Técnica:

- a) Observación documental

Instrumentos:

- a) Ficha bibliográfica
- b) Ficha documental
- c) Matriz de registro.

8.1.2. Variable dependiente

Los procesos de desnaturalización de relaciones civiles en los Juzgados de trabajo de Arequipa

Técnica:

- a) Observación documental
- b) Cuestionario

Instrumentos:

- a) Ficha bibliográfica
- b) Ficha documental
- c) Matriz de registro
- d) Cédula de preguntas

CUADRO DE SISTEMATIZACIÓN DE TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

Variables	Indicadores	Subindicadores	Técnicas	Instrumentos
VARIABLE INDEPENDIENTE Análisis de la aplicación de la Recomendación 198 de la OIT.	El Derecho Laboral	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Historia		
		Características		
		Fuentes		
	El Contrato de trabajo	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Características		
		Tipos de contratación		
		Legislación		
		Jurisprudencia		
	El Contrato civil	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Antecedentes		
		Características		
		Elementos		
		Tipos		
	La OIT	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Historia		
		Misión y objetivos		
	La Recomendación 198 de la OIT	Preámbulo	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Finalidad		
		Recomendaciones		
Los rasgos o indicios de laboralidad	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental	
	Elementos			
	Derecho comparado			
	Jurisprudencia	Cuestionario	Cédula de preguntas	
	Tratados			
VARIABLE DEPENDIENTE Los procesos de desnaturalización de las relaciones Civiles en los Juzgados de Trabajo de Arequipa.	El contrato de Locación de servicios	Definición	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental
		Elementos		
		Características		
		Legislación		
	Desnaturalización de los contratos civiles	Derecho Comparado	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental Matriz de registro
		Definición de desnaturalización		
		Jurisprudencia		
	El Principio de Primacía de la Realidad	Legislación	Observación documental	Ficha bibliográfica Ficha documental Matriz de registro
		Doctrina		
		Jurisprudencia	Cuestionario	Cédula de preguntas
		Legislación		

9.2. Campo de verificación

9.2.1. Ubicación espacial de la investigación

Se realizará en el territorio del distrito, provincia y región de Arequipa.

9.2.2. Ubicación temporal de la investigación

Se realizará sobre la información de los años 2015 y 2016.

9.2.3. Universo y muestra

La presente investigación tiene como parte de su hipótesis que los Jueces no vienen aplicando la Recomendación referida. Para esto se hace necesaria la revisión de las resoluciones expedidas por los Jueces de Trabajo de Arequipa que aplican la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en la materia de desnaturalización de relaciones civiles o de desnaturalización de contrato de locación de servicios, a fin de verificar los criterios adoptados.

De esta manera, se tomará como muestra los expedientes del Primero, Segundo, Tercero Transitorio, Séptimo y Octavo Juzgado de Trabajo de Arequipa de la Nueva Ley Procesal del Trabajo de Arequipa. Estos Juzgados tiene aproximadamente 500 procesos en curso cada uno, de los cuales tomaremos una muestra a fin de determinar la incidencia de los procesos de desnaturalización de los contratos civiles. Así, estimamos que una muestra razonable que permitirá realizar nuestra investigación con objetividad será la de 100 expedientes de la materia, 20 por cada Juzgado; dado que revisar una cantidad mayor de expedientes sería materialmente imposible por el esfuerzo y tiempo que tomaría.

Respecto a la aplicación de la técnica del cuestionario este será aplicado a todos los Jueces de los Juzgados de Trabajo de Arequipa sin distinción.

9.3. Estrategia de recolección de datos

Para la recolección de datos el maestrista requerirá de la ayuda de una persona. Para esto, esta persona cumplirá la función de apersonarse al Módulo Laboral o Mesa de Partes de la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa y revisará personalmente los expedientes que se tomarán como muestra utilizando los instrumentos de investigación. Esta labor tomará un tiempo aproximado que será consignado en el cronograma de trabajo del presente proyecto.

Respecto a la investigación bibliográfica, esta será realizada personalmente por el maestrista, para lo que concurrirá a las bibliotecas de las Universidades representativas de Arequipa, como son la Universidad Nacional de San Agustín, Universidad Católica de Santa María y Universidad Católica San Pablo; además se visitará la biblioteca del Colegio de Abogados de Arequipa. Para esta actividad de recolección de datos se utilizará igualmente el instrumento pertinente establecido en el cuadro de sistematización de técnicas e instrumentos. De la misma manera, se utilizará la herramienta de la Internet para la recopilación de información.

De otro lado, se requerirá aplicar el cuestionario a los Jueces de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa con la finalidad de recabar la información correspondiente. Esta tarea se encomendará a la misma persona que se encargará de la revisión de los expedientes judiciales en cuanto termine con esta labor.

La recopilación y tabulación de la información recabada requerirá de ciertos materiales, como son el papel en el que se imprimirá el requerido instrumento de investigación y además la utilización de un medio de escritura. La actividad intelectual de la tabulación de la información será realizada exclusivamente por el maestrista.

CUADRO DE RECURSOS HUMANOS

Grupo	Número de personas	Profesión u ocupación
01	02	Estudiantes y/o Profesionales

CUADRO DE RECURSOS MATERIALES

Recursos	Cantidad
Papel	Dos millares
Tinta	Dos cartuchos de tóner
Computadoras	Dos
Alimentación	Tres semanas
Transporte	Tres semanas
Útiles de escritorio	06 lapiceros, 06 lápices y 06 borradores

CUADRO DE RECURSOS ECONÓMICOS

Recurso	Costo S/
Materiales	2,500.00
Personales	2,000.00
Imprevistos	200.00
Total	4,700.00

CRONOGRAMA DE TRABAJO

Tiempo	Marzo 2016		Abr.		Mayo		Jun.		Jul.		Ago.		Sep.		Oct.		Nov.		Dic.		Ene. 2017	
	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2	1	2
Elaboración del proyecto																						
Recolección de la información																						
Análisis de la información																						
Elaboración del informe																						
Sustentación de la tesis																						



BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

1. AQUINO, Mery. Derecho Laboral. UPLA. Tomado de: http://www.cacvirtual.upla.edu.pe/distancia/as_cf.php/06/DERECHO%20LABORAL.pdf
2. DE LAMA, Manuel. Precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional en materia laboral. Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2011. Lima.
3. GARCÍA, Álvaro. ¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2010. Lima.
4. GONZALES, Luis y otro. Desnaturalización en las relaciones Laborales. Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2010. Lima.
5. GONZALES, Luis. Modalidades de Contratación Laboral. Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2013. Lima.
6. GONZALES, Luis. Primacía de la Realidad y Medios Probatorios. Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2013. Lima.
7. NEVES, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Segunda edición. Fondo Editorial PUCP. 2012.
8. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias jurídicas políticas y sociales. Edit. Heliasta. Vigésimo quinta edición. 1998. Buenos Aires.
9. REYES, Libia. Derecho Laboral. Primera Edición. 2012. México. Tomado de: http://www.aliat.org.mx/BibliotecasDigitales/derecho_y_ciencias_sociales/Derecho_laboral.pdf
10. RODRIGUEZ, Javier. Los contratos Bancarios Modernos. Edit. Grijley. Segunda edición. 1995. Arequipa. Tomado de: http://www.rodriguezvelarde.com.pe/pdf/libro1_parte1_cap2.pdf
11. TOYAMA, Jorge. Validez y eficacia del contrato de trabajo. Tomado de: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5085221.pdf>
12. TOYAMA, Jorge. El derecho individual del Trabajo en el Perú. Editorial Gaceta Jurídica. Primera edición. 2015. Lima.
13. VINATEA, Luis. Análisis y Comentarios de la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Edit. Gaceta Jurídica. Primera edición. 2012. Lima.

INFORMATOGRAFÍA

1. <http://www.ilo.org>

8.9. ESQUEMA DEL CONTENIDO DE LA TESIS

INTRODUCCIÓN

RESUMEN (Abstract)

CAPÍTULO I

ASPECTOS GENERALES

6. El Derecho Laboral.
 - 6.1. Definición
 - 6.2. Principios de Derecho Laboral
 - 6.3. Fuentes del Derecho Laboral
7. El contrato de trabajo.
 - 7.1. Definición
 - 7.2. Elementos
 - 7.3. Características
8. La Estabilidad Laboral
9. El contrato civil.
 - 9.1. Definición
 - 9.2. Elementos
 - 9.3. Características
10. El Contrato de Locación de Servicios.
 - 10.1. Definición
 - 10.2. Elementos
 - 10.3. Características

CAPÍTULO II

LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS CIVILES

6. Motivos del encubrimiento de las relaciones laborales.
7. Análisis económico de la legislación laboral peruana.
8. La desnaturalización de las relaciones civiles.
9. El Principio de Primacía de la Realidad.

CAPÍTULO III

LA OIT Y LOS INDICIOS DE LABORALIDAD

2. La OIT.
3. Instrumentos de la OIT.
4. Los indicios en el Derecho Procesal.
5. Los indicios o rasgos de laboralidad.
6. Jurisprudencia Nacional sobre los indicios de laboralidad.
7. Derecho comparado sobre indicios de laboralidad.
8. La Recomendación 198 de la OIT.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS DE LA INESTIGACIÓN DE CAMPO

3. Tablas
4. Cuadros y gráficos.

CONCLUSIONES

SUGERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS





ANEXOS

FICHA BIBLIOGRÁFICA

Nombre del autor:

Título de la obra:

Editorial:

Edición:

Lugar y año:

Número de páginas:

MATERIA:

Número de ficha:



FICHA DOCUMENTAL

Nombre de la obra:

Tema:

Resumen:

Número de Ficha:



FICHA MATRIZ DE REGISTRO

EXPEDIENTES SEGUIDOS ANTE LOS JUZGADOS DE TRABAJO DE AREQUIPA

Número de expediente:

Juzgado:

Materia:

Hechos relevantes:

Posición de la parte demandante:

Posición de la parte demandada:

Resumen del fallo y criterio:

CUESTIONARIO

El presente cuestionario, está dirigido a usted como Juez de Trabajo. Le pedimos se sirva responder de manera breve las preguntas que a continuación le hacemos marcando con una "X" su respuesta o encerrándola en un círculo o escribiendo en las preguntas de desarrollo de ser el caso; agradeciendo de antemano su colaboración con la investigación.

1. ¿Qué tan frecuente, considera usted, que se presentan casos con la pretensión de desnaturalización de relaciones civiles?

.....
.....

2. ¿Tiene usted algún referente normativo, jurisprudencial, de derecho comparado u otro que tome como referencia para resolver en este tipo de casos? ¿Cuál o cuáles son?

.....
.....

3. ¿Ha aplicado usted alguna vez los criterios establecidos en la Recomendación 198 de la OIT

Sí

No

4. De ser positiva su respuesta en la pregunta 3, ¿considera adecuados estos indicios y generalizables a todos los casos de desnaturalización de relaciones civiles?

.....
.....
.....

5. ¿Cuáles son los indicios o rasgos de laboralidad que usted observa el momento de fallar?

.....
.....
.....
.....
.....

6. ¿Considera usted diversos los criterios que utilizan los Jueces para determinar la existencia de una relación laboral?

Sí

No

¿Por qué?

.....
.....
.....

7. ¿Cómo considera usted (bajo qué forma), que los rasgos o indicios de laboralidad a tomarse en consideración para determinar la existencia de una relación de trabajo, deban establecerse en el sistema jurídico?

.....
.....

8. De ser positiva su respuesta a la pregunta 6, ¿Considera usted que esta diversidad de criterios vulnera el principio de predictibilidad del fallo?

.....
.....
.....
.....

MUCHAS GRACIAS

