

## LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD: ¿ANACRONISMO JURÍDICO O PIEZA CLAVE PARA LA RECUPERACIÓN DE LA EFICACIA DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ?

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND \*

### Resumen:

La «crisis de eficacia» que afecta en la actualidad al Derecho del Trabajo en el Perú constituye el telón de fondo sobre el que se construye el presente trabajo, cuyo propósito es reflexionar sobre la utilidad de la denominada «presunción de laboralidad», institución de naturaleza eminentemente procesal dirigida a facilitar la prueba de la existencia del contrato de trabajo en supuestos dudosos, para superar tal estado de cosas. Para ello se trae a colación el debate que esta peculiar institución ha suscitado desde sus orígenes hasta nuestros días y se presta atención a las propuestas que últimamente han puesto sobre el tapete la posibilidad de su introducción dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

**Palabras clave:** Presunción de Laboralidad - Derecho del Trabajo - Recomendación - Acciones defraudatorias.

### Abstract:

The «crisis of effectiveness» that now affects the Labor Law in Peru, constitutes the frame on which this work is done, the intention is to reflect on the utility of the denominated «presumption of labor relationship», institution of procedural nature directed to facilitate the proof of the existence of the contract of work in doubtful situations to surpass such state of things. For that reason we will consider the debate that this peculiar institution has subscribed from its origins to the present time and we will also pay special attention to the proposals that lately have put on the spotlight the possibility of its introduction within our legal ordering.

**Key words:** Employment Presumption - Labor law - Recommendation - Defrauding actions.

### Sumario:

1. Origen y fundamento de la presunción de laboralidad. 2. El debate reciente sobre la presunción de laboralidad. 3. La difícil situación del Derecho del Trabajo en el Perú y el papel de la presunción de laboralidad.

---

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo. Catedrático Habilitado, Universidad de Salamanca – España.

## 1. ORIGEN Y FUNDAMENTO DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

La inclusión de mecanismos dirigidos a asegurar la aplicación efectiva de las normas laborales ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos reconocidos a los trabajadores por las normas laborales, que permite negar validez a los acuerdos suscritos con propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten su consentimiento; y la afirmación de la prevalencia, a la hora de determinar la existencia de un contrato de trabajo, de la concurrencia en los hechos de sus presupuestos sustantivos sobre la aparente suscripción de un contrato de naturaleza civil o mercantil.

Rápidamente, sin embargo, se advertiría la insuficiencia de estos dos mecanismos defensivos para hacer frente de forma exitosa al fenómeno del fraude en la contratación laboral. La razón de ello no es difícil de discernir. Basta con tomar conciencia de que ambos sólo resultan aplicables en la medida en que el sujeto que demanda su inclusión en el ámbito de la laboralidad consiga demostrar que ha tenido lugar una renuncia indebida a la tutela ofrecida por las normas laborales o un incumplimiento de los mandatos en ellas contenidas, por reunir su prestación todas las condiciones exigidas para su aplicación imperativa. Con ello se termina por dejar intacto el problema de fondo, que suele ser en estos casos, precisamente, el de la prueba por parte del afectado de la concurrencia de los presupuestos del contrato de trabajo. Esta es una dificultad que, si ya tratándose de situaciones no afectadas por ninguna maniobra elusiva puede resultar a veces difícil de superar, se torna más ardua cuando tales elementos –y en especial la subordinación– han sido encubiertos para dificultar su apreciación. Se abre así la posibilidad de que verdaderos trabajadores permanezcan extramuros del Derecho del Trabajo debido a la imposibilidad de demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

La denominada presunción de laboralidad<sup>1</sup> constituye, precisamente, el instrumento diseñado por numerosos ordenamientos laborales, ya desde su etapa germinal, con el fin de solventar estos inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo. El origen de este instrumento se encuentra en el Derecho del Trabajo español histórico. En concreto, en la Ley de Tribunales Industriales, aprobada el 19 de mayo de 1908, cuyo artículo 5.2 dispuso que “el contrato de trabajo se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo

y el que lo presta”. Esta formulación pasará luego, con pocas variaciones, tanto al Código de Trabajo de 1926 y las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, como a las legislaciones de diversos países americanos y europeos, hasta llegar a convertirse en uno de los componentes típico de esta disciplina<sup>2</sup>.

La instauración de dicha presunción por parte de numerosos ordenamientos laborales a partir de principios del siglo XX constituye una manifestación más del carácter tutelar de la disciplina jurídica en ciernes. Una orientación que, aplicada al ámbito de la prueba de la existencia del contrato de trabajo, aconseja aligerar al trabajador, en tanto parte débil de la relación y potencial sujeto pasivo de presiones dirigidas a apartarlo de la laboralidad, la demostración de su presencia. El fin último que anima la introducción de la presunción de laboralidad es, de este modo, el de tratar de garantizar la aplicación efectiva de las normas laborales en todas aquellas situaciones en las que, debido al intento malicioso de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar, asegurando así la tutela por ellas prevista a sus destinatarios<sup>3</sup>.

Naturalmente, el hecho de que lo que se encuentre en discusión aquí sea la atribución al demandante de tutela de la condición de trabajador, determina que la presunción no pueda operar sino a partir de la aportación por el mismo de al menos un principio de prueba, que proporcione al menos indicios racionales del carácter laboral de la relación. Este principio de prueba ha estado constituido, desde la creación de la institución, por la demostración de la prestación del trabajo o los servicios en provecho del sujeto al que se pretende atribuir la condición de empleador.

Esta opción se apoya en una doble batería de consideraciones de orden fáctico. La primera de ellas está constituida por la constatación de la mayor dificultad que supone la demostración de la presencia del elemento subordinación frente a la sola prueba de la existencia de una prestación personal de servicios. A esta se añade la convicción del legislador en torno a la superior frecuencia con la que los servicios son prestados bajo el poder de disposición ajeno y no de forma autónoma. Lo que caracteriza a la presunción de laboralidad es, así pues, que da por cierta determinada afirmación (la presencia de todos los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra (la prestación de un servicio en beneficio de otro), de la que la primera puede ser deducida “en aplicación de las máximas de experiencia comunes” o “en virtud de las reglas del criterio humano”<sup>4</sup>.

Al contar con este sostén, la presunción en cuestión no ha tenido nunca la virtualidad de generar una inversión de la carga de la prueba en sentido estricto, capaz de dispensar al sujeto que alega la laboralidad del vínculo de todo gravamen probatorio. Antes bien, su efecto ha sido siempre el de alterar el contenido de la misma, sustituyendo el deber del sujeto de probar todas las notas que permiten afirmar el carácter laboral de la prestación de servicios (hecho presunto), por la exclusiva demostración de la existencia de ésta última (hecho base de la presunción)<sup>5</sup>. Del mismo modo, dado que “el hecho presumido no es una necesidad sino tan solo una probabilidad”<sup>6</sup>, esta presunción ha sido entendida invariablemente como una *juris tantum*, susceptible de ser enervada mediante la acreditación por quien niega para sí la condición de empleador, bien de que el hecho que opera como base de la misma (la prestación de servicios) es falso o inexistente (contraprueba), o bien de que existen otros hechos concurrentes (como su gratuidad o la ausencia de subordinación) que impiden o anulan la producción del hecho presunto (prueba en contrario)<sup>7</sup>.

Ahora bien, aunque la presunción de laboralidad es una institución de naturaleza eminentemente procesal, cuya función es la de dar lugar a un medio alternativo o supletorio de prueba, posee también una indiscutible proyección en el plano sustantivo. Esto es así en la medida en que su aplicación convierte a la prestación de servicios, al margen de toda consideración sobre sus caracteres, en el único presupuesto indispensable para afirmar la presencia de un contrato de trabajo, con el consiguiente desplazamiento de los demás, y en especial de la subordinación, cuya prueba solamente resulta necesaria en caso de que el presunto empleador consiga aportar indicios de autonomía capaces de alterar el juego normal de la presunción.

Esta es una solución que fomenta la *vis* atractiva del Derecho del Trabajo en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles. De allí que la presunción de laboralidad haya sido considerada como una herramienta “al servicio de la fuerza expansiva del Derecho del Trabajo”, a través de la cual se “consigna el cambio operado en las relaciones entre el Derecho Privado y el Derecho del Trabajo”, que ha conducido a éste a asumir la condición de “derecho común de las prestaciones de servicios”, relegando al primero al rol de “derecho de excepción”<sup>8</sup>. Esto es tan cierto como que, a partir de su incorporación a un ordenamiento dado, es posible afirmar que corresponde al sujeto que utiliza la energía de trabajo de otro, cuando crea que esa prestación no está gobernada por el Derecho del Trabajo, el deber de probar los presupuestos de su afirmación<sup>9</sup>. Reputándose, de no conseguirlo, que su naturaleza es laboral.

## 2. EL DEBATE RECIENTE SOBRE LA PRESUNCIÓN DE LA LABORALIDAD

En las últimas décadas asistimos a una contradictoria evolución en cuanto a las líneas de tratamiento del problema de la calificación de las relaciones que tienen por objeto una prestación de trabajo. Y en particular en lo que se refiere al papel que ha de corresponder a la institución que se viene analizado. Así, si bien el contexto imperante en los noventa no ha sido el más favorable para la pervivencia de la presunción de laboralidad, en los últimos tiempos se están generando condiciones para reabrir el debate en torno a la conveniencia de mantener este instrumento, recuperarlo o reintroducirlo en los distintos ordenamientos nacionales.

A. Un contexto inicial desfavorable a la presencia de mecanismos facilitadores de la prueba de la existencia del contrato de trabajo.

A partir de los años noventa, el tradicional interés por facilitar a quienes demandan su inclusión en el ámbito del Derecho del Trabajo la prueba de los requisitos exigidos para ello se vería sustituido por su contrario: la de no imponer trabas a quienes pretenden situarse fuera de él.

En la base de este cambio de perspectiva se sitúan transformaciones de importancia en la realidad productiva, que han terminado por favorecer en numerosos países, especialmente europeos, una reacción en contra de la vocación expansiva del Derecho del Trabajo <sup>10</sup>. Así, frente a la tendencia imparable a la asalarización imperante en las décadas pasadas, los años noventa han sido testigos de la expansión de modalidades desconocidas de trabajo autónomo, las cuales no tienen porqué ser consideradas necesariamente como mecanismos de elusión fraudulenta de la aplicación de las normas laborales, al ser expresión del recurso lícito a formas de organización de la producción distintas de las basadas en el ejercicio del poder de dirección, que deja así de ser el único instrumento a través del cual es posible garantizarse el resultado del trabajo ajeno <sup>11</sup>.

Pues bien, el afán de no poner trabas al desarrollo de estas formas lícitas de trabajo autónomo ha conducido en varios países europeos al legislador a neutralizar la presunción de laboralidad e incluso a introducir mecanismos de signo opuesto, ya se trate de presunciones en favor del trabajo autónomo o de procedimientos dirigidos a aportar mayor certeza y estabilidad a la calificación como no laboral de la relación.

Donde el retroceso de la presunción de laboralidad ha sido más claro y evidente es precisamente en España, el país de origen de la institución.

Dejando de lado la formulación adoptada por sus precedentes, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado en el año 1980, optó por indicar en su artículo 8.1 que el contrato de trabajo “se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”.

A través de esta fórmula se deja de lado cualquier presunción de laboralidad, toda vez que lo que se exige para su aplicación es la prueba directa de todos los elementos que son requeridos para la existencia de un contrato de trabajo. Nada hay, en consecuencia, que presumir aquí, como no sea la existencia del consentimiento de las partes para obligarse a través de un contrato de este tipo. De allí que se haya afirmado que la “lectura malévola e irónica” de este artículo lleva a la sorprendente conclusión de que “lo que se dice, más o menos, es que cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo”<sup>12</sup>.

Este mismo afán ha conducido también en algunos países europeos al legislador a dar un paso más. No ya para neutralizar la presunción de laboralidad, sino para introducir mecanismos de signo contrario.

La decisión de introducir una presunción inversa a la de laboralidad, fue adoptada en Francia a través de la Ley 94/126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y la empresa individual. Esta norma, conocida como Ley *Madelin*, introdujo una presunción *juris tantum* de inexistencia de contrato de trabajo respecto de las actividades desarrolladas por personas físicas que se encuentren inscritas en el registro de comercio y sociedades, en el repertorio de oficios o de agentes comerciales o en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Una pura formalidad, como es la existencia de alguna de las inscripciones indicadas, pasa a convertirse, de tal modo, en el elemento decisivo para la negación del carácter laboral de todas las actividades que pueda desarrollar en beneficio de otros el sujeto que haya recurrido a ella <sup>13</sup>.

En esta línea se inscribe también la creación en Italia, a través del Decreto Legislativo núm. 276, de 10 de septiembre, de un procedimiento de “certificación” de la calificación jurídica de las relaciones que tengan por objeto una prestación de trabajo, cuyo propósito es el de reducir la litigiosidad sobre la materia

mediante la aportación de certeza a la identificación del *nomen juris* del contrato realizada por las partes. Naturalmente, esta es una institución que únicamente tiene sentido si de lo que se trata es de “certificar” la corrección de la opción de partida de las mismas por figuras distintas del contrato de trabajo <sup>14</sup>.

Conviene no perder de vista, de todas formas, que la introducción de esta clase de instrumentos tiene en realidad un valor más simbólico que real. Así, por más que la regla introducida por la Ley *Madelin* pueda resultar llamativa por insólita, su repercusión sobre la cuestión de la prueba de la laboralidad resulta insustancial. Como se ha puesto de manifiesto, “si antes de la ley *Madelin* era el trabajador demandante de su condición de asalariado quien debía probar la existencia de la nota de dependencia”, ahora ocurre exactamente lo mismo: “seguirá siendo la parte que pretenda la naturaleza laboral de la relación quien habrá de destruir la presunción mediante la acreditación del carácter subordinado del trabajo” <sup>15</sup>. Es más, quizá sea por esta razón que, finalmente, la presunción introducida por esta ley terminaría siendo derogada en el año 2000.

Otro tanto ocurre con los resultados del procedimiento de “certificación” creado por el legislador italiano. En este caso, la indisponibilidad del tipo contractual impide al legislador atribuir eficacia constitutiva a la “certificación” adoptada por los órganos habilitados al efecto. De allí que éste se haya cuidado de aclarar que las decisiones de dichos órganos pueden ser recurridas en juicio “por errónea calificación del contrato o bien por *difformità* entre el programa negocial certificado y su efectiva ejecución”. La certificación del carácter no laboral del vínculo termina, de este modo, por resultar irrelevante desde el punto de vista probatorio <sup>16</sup>.

B. La recuperación de la preocupación por la adecuada calificación de las relaciones de trabajo encubiertas.

Es importante advertir que, al carácter limitado de los intentos de neutralizar la posibilidad de recalificar como laborales de relaciones inicialmente rotuladas como civiles o mercantiles, se vienen uniendo en los últimos tiempos señales de una evolución en sentido inverso.

Expresión privilegiada de esta tendencia ha sido la aprobación por la 95ª Conferencia Internacional del Trabajo de la “Recomendación sobre la Relación de Trabajo”. Este instrumento parte de una preocupación diferente –y hasta opuesta– a la que a lo largo de la década pasada ha orientado la evolución de algunos ordenamientos laborales europeos.

En efecto, el propósito que ha animado la aprobación de esta Recomendación es el de proponer a los Estados miembros la introducción de instrumentos dirigidos a hacer frente, en el contexto actual, a “las dificultades que supone la determinación de la existencia de una relación laboral”. A estos efectos, la Conferencia entiende que dichas dificultades “pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad”. Los cuales deben solventados mediante de la introducción de mecanismos que garanticen “la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”.

La Recomendación asume, de este modo, una clara orientación tutelar, toda vez que lo que busca es asegurar la aplicación de la legislación laboral a todas las personas que cumplan los requisitos para ello <sup>17</sup>. Aunque esta idea no aparece en su texto, es evidente que a su adopción subyace la constatación de que el fenómeno del fraude en la contratación no sólo no ha remitido en las últimas décadas, sino que ha ganado en extensión y complejidad como consecuencia de la exacerbación de la competencia global y las transformaciones de los modos de producir. No se trata ya, en consecuencia, tanto de limitar un supuesto el “imperialismo” del Derecho del Trabajo, como de adoptar medidas que pongan freno a la “huida” del mismo que el contexto actual viene favoreciendo.

Es por esta razón que la “política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo”, cuya adopción se recomienda a los Estados, debe incluir la introducción de medidas tendentes a “luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas”, entendiendo por tales aquellas en las que “un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica”, privando al mismo de la protección “a la que tiene derecho” (apartado 4).

¿Qué medidas son éstas? La Recomendación no incluye ningún mecanismo novedoso. Antes bien, se remite a varias técnicas de vieja raigambre en del Derecho del Trabajo, cuya vigencia y utilidad queda, en todo caso, reafirmada y reforzada.

Este es el caso del principio de primacía de la realidad, al que alude el apartado 9 de la Recomendación señalando que la existencia de una relación de trabajo “debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario”. Esta referencia viene acompañada de indicaciones en torno a la conveniencia de



que los Estados consideren “la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo”, y en especial las que caracterizan a “la subordinación o la dependencia” (apartado 12). Así como sobre la utilidad de que los mismos valoren “la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo” (apartado 13). A esta recomendación se añade un inventario bastante amplio de tales indicios, que distingue los que se relacionan con la existencia de una prestación subordinada de servicios de los que se vinculan con la presencia de una retribución, que recoge la rica experiencia comparada sobre la cuestión <sup>18</sup>. El método de indicios, universalmente utilizado como técnica para la determinación de la existencia de una relación de trabajo, aparece de tal modo también validado mediante su recepción en este importante instrumento.

Con todo, lo más importante es que, al lado de lo anterior, la Recomendación propone a los Estados que consideren la posibilidad introducir instrumentos dirigidos a “facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo”. Y es aquí donde aparece, seguramente para sorpresa de muchos, la recomendación de “consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo si se dan uno o varios indicios”.

La presunción de laboralidad recibe con ello, cuando la evolución de los ordenamientos laborales avanzados parecían condenarla a su desaparición, el espaldarazo de su reconocimiento como una herramienta útil para garantizar la efectiva aplicación de las normas laborales en un documento de trascendencia mundial como es esta Recomendación.

Este hecho, como el contenido general de la Recomendación, parecen ser expresión de un cambio de tendencia. Como se ha apuntado, no es baladí que luego de casi tres décadas de de “fuga” o “expulsión” de trabajadores del ámbito laboral, la OIT apruebe un instrumento en el que, además de reafirmarse la vigencia del principio de primacía de la realidad, el papel capital de la subordinación y el método realista de determinación de su existencia, se insta a los legisladores a introducir instrumentos que faciliten la prueba de la existencia de una relación de trabajo <sup>19</sup>. Con ello, la Recomendación parece sumarse a otros indicadores del agotamiento del modelo de liberalización que ejerció gran influencia sobre los ordenamientos laborales en las últimas décadas. Es decir, del ingreso a una etapa de “postneoliberalismo” en materia laboral <sup>20</sup>.

Volverse a plantear a partir de aquí algunos de los debates introducidos en los últimos años, incluido el relativo a la inconveniencia de la existencia de la presunción de laboralidad, no parece descabellado. Naturalmente, el resultado no tiene por qué ser una respuesta positiva. Pero al menos sí una reexámen de la pertinencia de este instrumento a la luz de nuevas las realidades gestadas en las últimas décadas.

### C. ¿Tiene futuro de la presunción de laboralidad?

Es obvio que, a pesar de su raigambre histórica, la presunción de laboralidad no forma parte del grupo de instituciones que integran el “código genético” del Derecho del Trabajo. Como tal, puede estar o no presente en un ordenamiento concreto sin que ello tenga por qué afectar a la identidad del mismo. La decisión de introducir o mantener esta presunción responde, desde esta perspectiva, a una decisión de política legislativa <sup>21</sup>, que puede ser adoptada –o no– a partir de un juicio de oportunidad en torno a la conveniencia de recurrir a ella para reforzar los mecanismos ordinarios de exigibilidad de la aplicación de las normas laborales <sup>22</sup>.

Lo anterior supone que la inserción de dicha presunción en un sistema concreto resulta más o menos aconsejable dependiendo del grado de aplicación efectiva que dentro del mismo posean las normas laborales. Es por ello que, aunque su presencia ha podido ser considerada innecesaria o distorsionadora en algunos ordenamientos en los que se registra una tendencia a recurrir a formas no necesariamente ilícitas de trabajo autónomo, su inclusión puede seguir siendo una necesidad en aquellos que se ven afectados por un volumen elevado de defraudación.

La necesidad de recurrir o no a la presunción laboral constituye, desde esta perspectiva, un indicio del grado de madurez alcanzado por el Derecho del Trabajo en un país determinado. Así, mientras que el hecho de que siga siendo preciso hacer uso de ella para asegurar la efectividad de las normas laborales puede ser considerado expresión de la falta de aceptación de su aplicación, la circunstancia de que en un momento dado se estime innecesario recurrir a ella es una clara manifestación de la madurez alcanzada por esta disciplina, cuyas normas pueden aplicarse con fluidez a partir de sus mecanismos ordinarios de exigencia <sup>23</sup>.

De todas formas, lo que no puede ponerse en duda es que, pese a las transformaciones experimentadas, el presupuesto fáctico sobre el que descansa

la presunción de laboralidad sigue estando vigente. En la actualidad, pese a la tan ponderada expansión del trabajo autónomo, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además indicios de que este rol pueda verse alterado en un futuro mediato. La posibilidad de recurrir a ella, por tanto, sigue en manos del legislador, que es quien debe llevar a cabo el juicio de oportunidad antes mencionado.

### **3. LA DIFÍCIL SITUACIÓN DEL DERECHO DEL TRABAJO EN EL PERÚ Y EL PAPEL DE LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD**

Si hubiese que elegir un ejemplo claro de una situación en la que resulta aconsejable, debido a la escasa aplicación de las normas laborales, la introducción de la presunción de laboralidad, podría optarse por la que atraviesa el Derecho del Trabajo en el Perú.

#### **A. El problema crónico de la falta de eficacia de las normas laborales**

Si algo caracteriza al Derecho del Trabajo en nuestro país es su falta de virtualidad. Una falta de virtualidad de la que es expresión el elevadísimo número de personas que desarrollan labores de carácter dependiente sin que les sean reconocidos los beneficios establecidos en su favor. Si bien la estimación de la magnitud de esta “bolsa de incumplimiento” no es tarea fácil debido al carácter clandestino de estas prácticas, una ponderación no muy arriesgada de su volumen induce a pensar que ésta podría estar próxima a afectar a la mitad de los trabajadores <sup>24</sup>.

Si se profundiza en el examen de la composición de este importante segmento de la población laboral peruana, resulta posible apreciar que la inmensa mayoría de los que lo integran está constituida por los denominados trabajadores “sin contrato”. Una categoría de auténticos parias jurídicos a los que no suele reconocerse ningún beneficio laboral <sup>25</sup>, cuyas filas no han dejado de crecer en el Perú en los últimos años. Este tipo de trabajadores se concentra, por lo demás, en las empresas de reducidas dimensiones, en las que los costos esperados de incumplimiento de la legislación laboral son más bajos, debido a que su elevado número y reducido volumen hacen que las probabilidades de detección sean escasas.

Las situaciones de este tipo no son privativas, con todo, de la pequeña empresa. También muchas sociedades medianas y grandes han optado en los últimos años por recurrir a maniobras elusivas para reducir sus costos de personal. La dinámica defraudatoria, no obstante, no es en estos casos la misma. El hecho de que estas empresas estén expuestas a un control más intenso, ha determinado que se hayan visto en la necesidad de recurrir a maniobras más complejas que el mero incumplimiento para conseguir ese resultado. En concreto, a instrumentos capaces de aportar a las maniobras elusivas al menos una apariencia de licitud, que dificulte su examen por las autoridades. La figura más empleada aquí, ha sido el contrato de locación de servicios. Como es de sobra conocido, el recurso a éste como mecanismo defraudatorio, ha sido en los últimos años masivo, singularmente tratándose de los técnicos y profesionales.

Es evidente que, ante un estado de cosas como éste, cualquier programa de intervención en las relaciones laborales ha de plantearse, como primer objetivo, garantizar la aplicación de la normativa expedida por el Estado a quienes reúnen los requisitos exigidos para ello. El Derecho del Trabajo se encuentra necesitado hoy en el Perú, antes incluso que de una reforma de sus contenidos, de un auténtico rearme institucional, que reivindique para casi la mitad de los trabajadores la condición de sujeto de derechos que las prácticas ilícitas descritas les niegan. La recuperación de la “ciudadanía laboral” se constituye, desde esta perspectiva, en la principal prioridad de la política social en el Perú <sup>26</sup>.

B. La conveniencia del establecimiento de la presunción de laboralidad como mecanismo de garantía de la aplicación de la legislación laboral.

A pesar de lo expuesto, la legislación peruana no incluye mecanismo alguno dirigido a facilitar la prueba de la existencia de una relación laboral. La equívoca redacción del artículo 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, de acuerdo con la cual “en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”, no debe inducir a confusión. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que los tres elementos exigidos por el legislador para “presumir” la existencia de un vínculo laboral (prestación de servicios, remuneración y subordinación) coinciden con los que conforman su individualidad. Tampoco hay, en consecuencia, nada que presuma esta fórmula, cuya estructura parece calcada del artículo 8.1 del Estatuto de los

Trabajadores español, como no sea, una vez más, el consentimiento de las partes en para obligarse y la preferencia por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil.

Esta es una insuficiencia que, vista la situación actual, debe ser superada con carácter urgente, mediante la introducción de una batería completa de medidas dirigidas garantizar un mayor cumplimiento de la legislación laboral por el sector empresarial peruano.

Naturalmente, entre dichas medidas debería ocupar un lugar de relieve la introducción de una presunción de laboralidad, que facilite y favorezca la “recuperación” para el terreno de la legalidad de aquella inmensa “bolsa” de relaciones laborales encubiertas o clandestinas a la que se ha hecho referencia. Ello contribuiría, además, a poner fin al clima de impunidad en el que se mueven quienes realizan estas prácticas, transmitiéndoles un mensaje claro y contundente: cualquier persona que se incorpore a la producción ha de ser considerada trabajador dependiente si no se demuestra que esa condición no le corresponde en Derecho.

A la luz de estas consideraciones, no puede ser considerada sino como un acierto la decisión de los autores del Proyecto de Ley General de Trabajo de incluir en el artículo V de su Título Preliminar una presunción de laboralidad. Esta decisión es expresión de su inequívoca voluntad de contribuir a la superación del actual estado de postración en el que se debate el Derecho del Trabajo en el Perú mediante el diseño mecanismos que fomenten su aplicación efectiva.

El texto del artículo V destaca, por lo demás, por introducir algunas innovaciones respecto de las formulaciones más tradicionales de la presunción presentes en diversos ordenamientos. La más importante de ellas está constituida la duplicación de los supuestos en los que la misma resulta operativa. En efecto, lo que a través de dicho artículo se introduce no es una única presunción de laboralidad sino dos, en principio independientes entre sí. Así, si en su parte inicial el precepto señala que “se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada”, esta aseveración viene complementada después por la indicación de que, “asimismo”, “se presume” que “entre quien presta un servicio al interior de un

centro de trabajo y quien lo aprovecha” existe “un vínculo laboral”. El tratamiento unitario de “ambos supuestos” se limita exclusivamente a la subsiguiente indicación de que “la carga de la prueba” corresponde siempre al empleador.

La lectura del contenido de este artículo induce a pensar que lo que los autores del Proyecto han buscado a través de la introducción de esta novedosa “doble presunción de laboralidad” es adaptar la formulación tradicional de la institución a la particular tipología de actuaciones defraudatorias que se registran en nuestro medio. Desde esta perspectiva, las dos presunciones estarían dirigidas a hacer frente a las actuaciones elusivas más extendidas en nuestras relaciones laborales: la celebración de contratos de locación de servicios para la atención de labores dependientes y la constitución de relaciones de hecho arbitrariamente excluidas de la legalidad. La primera de las presunciones serviría, así, para desmontar la validez de la suscripción fraudulenta de los citados contratos civiles recurriendo al expediente de entender probada, a partir de la prestación de los servicios, la existencia de subordinación, que es el elemento diferencial cuya presencia se niega en estos casos. La segunda, en cambio, buscaría encarar la singular problemática planteada por las relaciones de facto, sirviéndose de la realización de la labor “al interior de un centro de trabajo” para entender demostrada “la existencia de un vínculo laboral”.

Aunque la azarosa tramitación del Proyecto de Ley General de Trabajo no permite asegurar que su aprobación se producirá en un futuro inmediato, es de esperar que el camino marcado por éste al introducir esta peculiar formulación de la presunción de laboralidad termine, tarde o temprano, por ser recorrido por nuestro Derecho positivo.

Entre tanto, sólo una actitud atenta y vigilante de los jueces, a partir del uso ponderado de los mecanismos hoy a su disposición –y en especial del principio de primacía de la realidad– estará en condiciones de hacer frente al inquietante fenómeno de la falta de eficacia de las normas laborales imperante en nuestro país. Este artículo concluye, por ello, dado el espacio en el que está destinado a ver la luz, con una ferviente invocación en tal dirección.

- <sup>1</sup> Conocida también como “presunción laboral” o “presunción de existencia del contrato de trabajo”. El empleo de una u otra denominación es indistinto a nivel doctrinal y no parece encubrir diferencias en cuanto a la función o el sentido de la institución.
- <sup>2</sup> Sobre los orígenes de la presunción laboral en el Derecho del Trabajo español puede verse Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción de existencia del contrato de trabajo, Madrid, Civitas, 1994, págs. 61-74. Referencias a la recepción de esta institución por parte de las legislaciones históricas de México, Venezuela, El Salvador, Ecuador, Guatemala, Honduras, Panamá, Colombia, Costa Rica, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Gran Bretaña, Bélgica y Grecia pueden consultarse en De la Cueva, M. “La presunción laboral”, Derecho del Trabajo, 1959, T. XIX, pág. 622; Sanguinetti Raymond, W. El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo, Lima, Cultural Cuzco, 1ª edic., 1988, pág. 344, nota 51; y Luján Alcaraz, J. La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo, Madrid, MTSS, 1994, págs. 269-269, nota 26.
- <sup>3</sup> Vid., con carácter general, Rodríguez-Piñero Royo, M. op. cit., págs. 58-59. De allí que no pueda afirmarse que su presencia suponga una negación del libre juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes. Antes bien, es a la inversa: lo que a través de ella se persigue es potenciar la voluntad real y querida de las partes frente a la simulada, atribuyendo a la primera las consecuencias jurídicas que le corresponden, como apunta J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 272.
- <sup>4</sup> “La presunción de existencia del contrato de trabajo”, en AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo, Madrid, MTSS, 1990, pág. 795.
- <sup>5</sup> Luján Alcaraz, J. op. cit., págs. 265, 280.
- <sup>6</sup> De la Cueva, “La presunción ...”, cit., pág. 630.
- <sup>7</sup> Luján Alcaraz, J. op. cit., pág. 290.
- <sup>8</sup> “La presunción ...”, cit., pág. 618. En España la vinculación entre la presunción de laboralidad y la tendencia expansiva del ordenamiento laboral ha sido puesta de manifiesto, entre otros muchos autores, por Montoya Melgar, A. “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, en Cruz Villalón, J. (Coordinador), Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Madrid, Tecnos, 1999, pág. 65; y Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción ..., cit., págs. 114-116.
- <sup>9</sup> De la Cueva, loc. cit.
- <sup>10</sup> Para una descripción inicial del fenómeno, vid. por todos A. Supiot (Coordinador), Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, págs. 40-41.
- <sup>11</sup> Rodríguez-Piñero, M. y Bravo Ferrer, “La huida del Derecho del Trabajo”, Relaciones Laborales, 1992, núm. 12, pág. 7.
- <sup>12</sup> Alonso Olea, M. y Barreiro González, G. El Estatuto de los Trabajadores, Madrid, Civitas, 1991, 3ª edic., págs. 62-63.
- <sup>13</sup> Sobre esta norma vid. García Rubio, M. A. “Presunción de no laboralidad y promoción del trabajo independiente: la experiencia francesa”, Relaciones Laborales, 1996, T. II, págs. 269 y sigs.
- <sup>14</sup> Para un detenido estudio de este mecanismo, vid. Nogler, L. “La certificazione dei contratti di lavoro”, Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, 2004, núm. 2, págs. 203 y sigs.
- <sup>15</sup> García Rubio, M. A. op. cit., pág. 279.
- <sup>16</sup> Nogler, L. “Ancora su ‘tipo’ e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa”, Argomenti di Diritto del Lavoro, 2002, núm. 1, pág. 130, nota 81, recogiendo las observaciones críticas recibidas por la institución desde la doctrina italiana.
- <sup>17</sup> El “principio protector” aparece así, como observa O. Ermida Uriarte, “La Recomendación de la OIT sobre la Relación de Trabajo (2006)”, Derecho Laboral, 2006, núm. 223, pág. 677, “presidiendo e inspirando todo el dispositivo”.
- <sup>18</sup> El apartado 13 de la Recomendación señala que, “entre esos indicios podrían figurar” –se entiende que dependiendo del criterio del legislador nacional– los siguientes: a) el hecho de que el trabajo se realice 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, y 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”.

<sup>19</sup> Ermida Uriarte, O. “La recomendación ...”, cit., pág. 682.

<sup>20</sup> Ermida Uriarte, O. op. ult. cit., pág. 683.

<sup>21</sup> Luján Alcaraz, J. La contratación privada ..., cit., pág. 292.

<sup>22</sup> Así, desde una perspectiva general, Rodríguez-Piñero Royo, M. La presunción ..., cit., pág. 58-59.

<sup>23</sup> Rodríguez-Piñero Royo, M. op. cit., pág. 233, aunque en relación al hecho en sí de la exclusión de la presunción y no al juicio de oportunidad sobre su pertinencia, como se postula en el texto.

<sup>24</sup> Esta estimación constituye una proyección realizada a partir de la información recopilada para el estudio “Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del Código Civil”, que introduce la 2ª edic. de El contrato de locación de servicios, Lima, Gaceta Jurídica, 2000, págs.16-25.

<sup>25</sup> Según explica Pasco Cosmópolis, M. “Contrato de trabajo típico y contratos atípicos”, en V. Ferro Delgado (Coordinador), Balance de la reforma laboral peruana, Lima, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2001, pág. 137, a través de esta sorprendente categoría se alude en el Perú al trabajador contratado “en negro”, que “no tiene contrato escrito, no figura en planilla y no se le hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales”.

<sup>26</sup> Vid., con anterioridad, Sanguinetti Raymond, W. “Recuperar la ciudadanía laboral”, Boletín Legal Express, 2001, núm. 9, pág. 2; y “La recuperación de la ciudadanía laboral: prioridad de la política social”, Análisis Laboral, 2002, núm. 304, págs. 53-54.