SOLUCIONES LABORALES
SISTEMA INTEGRAL DE INFORMACIÓN
PARA ABOGADOS, JEFES DE RECURSOS HUMANOS, ADMINISTRADORES Y GERENTES

**DIRECTORES**
Jorge Toyama Miyagusuku
Luis Vinatea Recoba

AÑO 13 | NÚMERO 155 | NOVIEMBRE 2020

*Especial*

# Análisis de la Nueva Ley Procesal del Trabajo a diez años de su vigencia

Consultas frecuentes sobre la compensación por tiempo de servicios

La legítima defensa como eximente del despido por actos de violencia

Análisis de la carga de la prueba en la impugnación del despido

Análisis jurídico de la presunción de laboralidad

La presunción de laboralidad en las plataformas digitales

Alcances del control difuso en materia laboral

Subsidio por incapacidad temporal para pacientes con COVID-19

Responsabilidad empresarial frente a los accidentes de trabajo

**ENTREVISTA**

**Luis Vinatea Recoba**

"La NLPT ha representado un cambio importante y una reforma en el modo de administrar justicia"



GACETA JURIDICA
27 AÑOS DE LIDERAZGO

# A diez años de la regulación de la presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

**César** PUNTRIANO ROSAS*

En el presente artículo, el autor realiza un estudio sobre la presunción de laboralidad, para lo cual analiza los alcances de la subordinación como elemento esencial por excelencia de la relación laboral. Asimismo, aborda las razones que justifican su regulación; su tratamiento por la jurisprudencia de la Corte Suprema, para finalmente esbozar algunas reflexiones sobre el particular.

**PALABRAS CLAVE:** Nueva Ley Procesal del Trabajo / Contrato de trabajo / Subordinación / Carga probatoria / Presunción de laboralidad.

**Recibido :** *05/11/2020*
**Aprobado :** *06/11/2020*

## INTRODUCCIÓN

El 15 de enero de 2010 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Ley Nº 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) la que, de acuerdo con lo establecido en su Novena Disposición Complementaria entró en vigencia a los seis meses de su publicación, es decir, el 15 de julio de 2010. Esta norma derogó a la Ley Procesal del Trabajo (LPT), Ley Nº 26636.

El distrito judicial de Tacna fue el primero en el que se implementó y, desde entonces, empezó a regir progresivamente en distintas Cortes Superiores hasta entrar vigente en 27 de los 34 distritos judiciales. Aún queda pendiente que inicie su vigencia en Amazonas, Apurímac, Huancavelica, Huaura, Madre de Dios, Pasco y San Martín[1].

El cambio en la concepción del proceso laboral que ha supuesto la entrada en vigor de la NLPT ha sido trascendental, porque no solo ha supuesto una modificación meramente normativa sino, fundamentalmente, una variación estructural en el sistema del litigio. La norma procesal ha introducido la oralidad al proceso laboral, es decir, otorgado un rol muy activo al magistrado a efectos de que se involucre totalmente con el expediente y sea el director del proceso y procure que los procesos sean más ágiles y se resuelvan en el menor tiempo posible. En suma, la tendencia en esta última década ha sido modernizar nuestra justicia laboral y

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Docente universitario. Miembro del Consejo Editorial de *Soluciones Laborales*.

1 Según la Resolución Administrativa N° 148-2019-CE-PJ, este 2020 debería entrar en vigencia en las Cortes Superiores de Justicia de Huancavelica, Pasco, Apurímac y Huaura, y el 2021 en Madre de Dios, Amazonas y San Martín.

colocarla a la altura de los ordenamientos procesales de otros países de nuestra región.

Lo anterior ha implicado que tanto las partes, sus abogados y los magistrados afronten de manera distinta el proceso laboral, con mayor compromiso y dedicación, dejando de lado el recurso del documento por la palabra, obviando formalismos innecesarios, con la finalidad de agilizar la resolución de los casos y hacer realidad el derecho a la tutela judicial efectiva, pues muchas veces la excesiva demora de los procesos judiciales ha tornado en irreparable el daño restando total efectividad a nuestro sistema de justicia.

En estricto, como lo afirmó Priori (2010) en su momento, ha supuesto "un cambio en la cultura del litigio que ha imperado en el Perú en los últimos años".

A diez años de su entrada en vigor notamos un gran avance en el desarrollo del proceso laboral, en particular en lo relativo a la celeridad, al involucramiento de los magistrados en los expedientes y la mayor preparación de las partes para defender sus causas. Ahora bien, no es menos cierto que la proclividad por el litigio existente en nuestra cultura hace que se acumulen más expedientes y que el tiempo de resolución de casos se incremente. No llegamos a lo que ocurría con la Ley N° 26636 pero parece que vamos en camino a ello.

Además de este gran cambio en lo que venimos entendiendo como proceso laboral en el país, la NLPT trae consigo una serie de innovaciones jurídicas como la presunción de laboralidad contemplada en su artículo 23.2, y que analizaremos en este trabajo[2].

El artículo 23.2 señala que, "acredita la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario". Este artículo viene a revolucionar el sistema probatorio imperante en el proceso laboral peruano, pues con la Ley Procesal del Trabajo (Ley 26636) se exigía al trabajador probar la existencia del vínculo laboral, lo cual requería acreditar principalmente que sus servicios han sido de naturaleza subordinada[3].

En las líneas que siguen estudiaremos la presunción de laboralidad desde una óptica jurídica, para lo cual analizaremos los alcances de la subordinación como elemento esencial por excelencia de la relación laboral, luego lo cual abordaremos las razones para regular la presunción de laboralidad, su tratamiento por la jurisprudencia de la Corte Suprema, y, finalmente esbozaremos algunas reflexiones sobre el particular.

## I. LA SUBORDINACIÓN COMO NOTA ESENCIAL AÚN VIGENTE DE LA RELACIÓN LABORAL

La exaltación capitalista de los primeros liberales condujo a resultados lamentables en perjuicio de la clase trabajadora, como jornadas de trabajo "de sol a sol", condiciones laborales precarias, ambientes insalubres, explotación del trabajo femenino, de niños y adolescentes. "Se había llegado, en suma, a la explotación sistemática del proletariado industrial, que veía socialmente amenazado su propio mantenimiento histórico como grupo social diferenciado" (Palomeque y Álvarez, 1995, p. 57).

2 Con ocasión de la entrada en vigor de la Nueva Ley Procesal del Trabajo analizamos la mencionada presunción (cfr. Puntriano, 2010). Diez años después de su entrada en vigor, comentaremos en este artículo como se ha venido aplicando por los magistrados.

3 Es importante comentar que el Anteproyecto de Ley General de Trabajo también contempló una presunción de laboralidad en su Título Preliminar. Lamentablemente dicha norma aún no es una realidad.

Esta cuestión social tuvo como respuesta por un lado la organización y movilización del proletariado industrial a partir de una "conciencia de clase" y por otro lado la intervención estatal mediante la dación de una legislación protectora del trabajo asalariado.

La problemática social imperante y las respuestas a la misma son hitos a tener en cuenta en el surgimiento el Derecho Laboral, el cual en palabras de Palomeque, tiene su fundamento histórico, su razón de ser, en "(...) servir al proceso de juridificación del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital" (Palomeque y Álvarez, 1995, p. 63).

Es así que se inicia un fenómeno intervencionista por parte de los Estados en las relaciones de producción, el cual se materializa en una legislación obrera que reconoce ciertos derechos a la clase trabajadora, debido a la constatación de que la igualdad de las partes en la relación laboral proclamada por la ley no era tal en la realidad, donde se presentaba un marcado desequilibrio a favor del capitalista, cuya voluntad predominaba de manera absoluta en la relación de trabajo.

"En las primeras leyes obreras de la mitad del siglo XIX se percibe, ya con nitidez, el germen esencial de ese cuerpo unitario de normas y principios que con el tiempo habría de llegar a ser el Derecho del Trabajo" (Palomeque y Álvarez, 1995, p. 67).

Esta intromisión estatal, en relaciones interpersonales, cuyos rasgos marcados eran la existencia de una prestación personal del trabajo, una subordinación del trabajador hacia su patrón y el pago de una remuneración por los servicios prestados alcanza su clímax en la constitucionalización de los derechos de los trabajadores, punto máximo de desarrollo proteccionista que surge en el contexto del desarrollo del constitucionalismo social.

El Derecho del Trabajo entonces, se basa en un conjunto de principios rectores y normas positivas que buscan proteger a una de las partes, el trabajador, para alcanzar una igualdad sustantiva entre las mismas. De los referidos principios podemos resaltar al Principio Protector, que en palabras del Plá (1998), "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" (p. 23).

En ese sentido, para que la prestación personal remunerada se sitúe bajo la égida del Derecho del Trabajo es necesario que dicha prestación sea de tipo laboral, es decir que se encuentre presente la subordinación. La subordinación se constituye en el elemento calificador de una relación jurídica personal como laboral.

Sin embargo, la subordinación no ha sido ajena a cuestionamientos desde antaño, por un lado, buscando proponer otros criterios como calificadores de una relación como laboral (ajenidad, inserción en organización empresarial, etc.), o nuevos cuestionamientos que no tienen por objeto proponer otra herramienta que reemplace a la subordinación son más bien cuestionar al Derecho del Trabajo en su conjunto.

Como afirman Ermida y Hernández (2003), algunas de estas tendencias que cuestionan a la subordinación son la fuga del derecho del trabajo, los efectos de la educación y la formación, la reducción del tiempo de trabajo y las nuevas formas de organización del trabajo.

En cuanto a la denominada fuga o huida del derecho del trabajo, Ermida sostiene que se entiende que el Derecho del Trabajo se fuga o huye cuando se presentan figuras que buscan ocultar la subordinación o se relaciona dicha dependencia inocultable

con otro empleador (Ermida y Hernández, 2003, p. 278).

Ejemplos de situaciones fugadas o excluidas de la subordinación, y por ende, del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, proporcionados por Ermida, son las siguientes:

(i) La utilización del contrato de arrendamiento de servicios, conocido en nuestro medio como contrato de locación de servicios, cuya validez supone que la prestación personal se efectúe en forma autónoma. Muchas veces se verifica en la realidad una utilización fraudulenta de este tipo de contrato que da lugar a que la relación aparentemente autónoma sea calificada por la autoridad[4] como subordinada y por ende, laboral.

(ii) La constitución de trabajadores como empresas unipersonales, que celebran contratos de servicios civiles o mercantiles con el empleador. Esta situación es legalmente válida si el servicio es realmente empresarial y no existe subordinación. El trabajador, titular de la empresa unipersonal, deberá incorporar en planillas a la fuerza laboral que considere necesaria para el cumplimiento de los servicios contratados con el empleador, pudiendo acogerse al régimen especial de las micro y pequeñas empresas, el cual otorga facilidades administrativas, tributarias y laborales[5]

(iii) La constitución de cooperativas que contratan con el empleador, que según lo señalan Ermida y Hernández (2003):

> [P]uede ser lícita y objetivamente fundada o no, pero que revela su finalidad de desresponsabilizar al empleador cuando dichos servicios son permanentes y propios del giro de la empresa empleadora y más aún, cuando la cooperativa se constituye con ex trabajadores subordinados de la empresa (….) (p. 282)

Recordemos que en nuestro país la regulación de la provisión de personal para actividades principales y permanentes de la empresa usuaria pasó de una amplia permisividad, pudiendo llegar a ser el 50 % del total del personal de la misma, a una prohibición expresa, pues la Ley Nº 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores señala expresamente en su artículo 3º que "los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa".

(iv) La subcontratación, siempre vista con desconfianza por el Derecho del Trabajo, y la contratación a través de empresas de trabajo temporal. Que en nuestro ordenamiento contienen una regulación en el primero de los casos flexible en virtud a una ilegal norma reglamentaria y en el segundo totalmente restrictiva.

(v) El *staff-leasing* y el pay-rolling, formas degenerativas de los servicios prestados por empresas de trabajo temporal que consisten en la colocación de trabajadores en la planilla de trabajo de otra empresa, cuya única función es la asunción del pago de remuneraciones

4 En el término genérico de "autoridad", se encuentra comprendido el Poder Judicial (Jueces Laborales y Constitucionales), la Autoridad Administrativa de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), el Tribunal Fiscal, y el Instituto de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi).

5 Régimen previsto en la Ley Nº 28015, modificada por el Decreto Legislativo Nº 1086.

y demás obligaciones derivadas de la relación laboral, que se entabla en forma directa entre el trabajador y la empresa principal.

(vi) El teletrabajo, definido por Thibault (2000) como "una forma de organización y/o ejecución del trabajo realizado en gran parte o principalmente a distancia, y mediante el uso intensivo de técnicas informáticas y/o de telecomunicación" (p. 24), el cual plantea serias dudas en torno a su inclusión bajo el ámbito del Derecho del Trabajo.

Un fenómeno reciente, cuyo uso se ha masificado a nivel mundial, y que viene a suponer un reto para el Derecho del Trabajo, y en particular para la subordinación, es el de las plataformas de servicios. Esta modalidad supone la desaparición de la noción de empleador y su reemplazo por la de emprendedores que prestan servicios a través de plataformas virtuales que ponen en contacto a la oferta y la demanda. Las plataformas niegan la condición de empleador de los emprendedores y se definen como intermediarias entre los proveedores de servicios y sus clientes (consumidores finales). Esta condición es denominada *on demand* o *Gig economy*. La doctrina estadounidense denomina a este nuevo modelo de negocio como *uber economy* o *crowdwork offline* específico, el cual implica que un servicio clásica o típicamente ejecutado por un trabajador sea asignado hacia un gran número de individuos en forma de llamamiento o convocatoria (Todolí, 2015). Los negocios en los que se presentan estas plataformas de servicios, son entre otros, los siguientes: Uber[6], Cabify[7] (transporte de pasajeros), Glovo[8] (reparto de comida, servicio de courier), Uber eats[9] (reparto de comida), Rappi[10] (reparto de comida, correspondencia, bienes en general). Deliveroo[11] (reparto de comida), FlyCleaners[12] (lavandería), Sharing academy[13] (profesores particulares), entre otros casos. La pregunta que surge en este caso, y en todos aquellos en los que nos encontramos ante plataformas de servicios es si la actividad que realizan los "proveedores" es autónoma o debe considerarse como subordinada y por ende laboral. Como señalamos anteriormente, el paradigma clásico para determinar la existencia de una relación laboral no resulta en absoluto aplicable a esta actividad.

Vemos pues que las formas antes descritas, entre otras, evidencian como primera impresión relaciones jurídicas carentes de tutela por el Derecho del Trabajo o en algunos casos una tutela disminuida que se deriva de una relación laboral con el contratista y no con el empleador principal.

Respecto a la educación en general y la formación profesional en particular, Ermida sostiene que el trabajador educado y calificado ve aminorada su dependencia fáctica. Ello es cierto pues se advierte que si el trabajador es un empleado clave en la organización el ejercicio del poder de dirección por parte del empleador será menor hacia él. Como lo señala Sanguineti (2000) "la estricta

6 https://www.uber.com/
7 https://cabify.com/es
8 https://glovoapp.com/
9 https://www.ubereats.com/en-US/
10 https://www.rappi.com/
11 https://deliveroo.co.uk/
12 http://flycleaners.com/
13 https://sharingacademy.com/en/

dirección técnica solamente acompaña a la subordinación jurídica cuando se trata de labores manuales que requieren poco o ningún nivel de preparación (…) Conforme se intelectualiza la labor, se va diluyendo la subordinación" (p. 131).

En relación con la reducción del tiempo de trabajo, añade Ermida, que la misma provocará "liberación de tiempo hasta entonces dedicado al trabajo o tiempo de dependencia o subordinación jurídica del empleador, disminuyendo, así, el alcance cuantitativo de la subordinación" (Ermida y Hernández, 2003, p. 279).

Sobre las nuevas formas de organización del trabajo, qué duda cabe que los advenimientos tecnológicos y uso intensivo en el seno de la empresa generan cambios a la configuración del clásico binomio taylorista trabajador-empleador, por el cual el primero se encontraba supervisado en forma inmediata, cuasi presencial, por el segundo, laboraba a tiempo indefinido, en el centro de trabajo y durante una jornada completa. Ahora los trabajadores laboran con mayor autonomía funcional, pudiendo hacerlo fuera del centro de trabajo, por horas o en forma parcial. Esta mayor presencia del factor tecnológico ha ocasionado, a nuestro entender, un cambio en el paradigma de la relación de trabajo, generando una inversión en lo que hasta hace un tiempo era considerada como la relación de trabajo típica versus aquella atípica. Lo típico ahora lo constituye lo semiautónomo, remoto, por horas y flexible, y lo atípico es lo rígido, lo clásico. Una evidencia palpable es lo que viene ocurriendo en el mundo con el uso masivo del trabajo remoto, no siendo nuestro país ajeno a dicho fenómeno.

Ahora bien, sin dejar de afirmar que estas figuras han cuestionado a la subordinación en sus cimientos, creemos, como dice Ermida, que dicho pilar de nuestra disciplina continúa siendo una pauta válida para aplicar la tutela laboral clásica, si la misma se interpreta en forma amplia, agresiva y creativa (Ermida y Hernández, 2003, p. 297). En efecto, el Derecho del Trabajo es una disciplina viva que se transforma y que se adapta ala realidad cambiante, por lo que resulta esencial que la subordinación también se adapte a los cambios.

Es importante poner de relieve que nuestra disciplina cuenta con una herramienta fundamental como el principio de primacía de la realidad para detectar la existencia de una relación laboral pese a que en la forma se presente como una relación jurídica distinta. La aplicación de dicho principio supone verificar la presencia de los elementos esenciales de la relación laboral, y en particular, la subordinación.

Dicho principio, de acuerdo con el profesor Américo Plá (1998), supone que "en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o acuerdos suscritos entre las partes, debe otorgarse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (p. 243).

Para que opere el mencionado principio resulta importante acreditar en los hechos que la relación que vincula a las partes es laboral. Tengamos en cuenta que la misma presupone la existencia de tres elementos esenciales, a saber, los siguientes:

(i) **Prestación personal**.- Según Sanguineti (2000, p. 117), la prestación de servicios es la obligación del trabajador de poner a disposición del empleador su propia actividad laborativa la cual es inseparable de su personalidad, y no un resultado de su aplicación que se independice de la misma.

(ii) **Remuneración**.- Atendiendo al carácter oneroso del contrato de trabajo, podemos definir a la remuneración como la obligación del empleador de abonar al trabajador una contraprestación,

generalmente en dinero, a cambio de la actividad que éste pone a su disposición.

(iii) **Subordinación**.- Neves (2018, p. 35) se refiere a la subordinación como un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor del trabajo, en virtud del cual el primero 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.

Así, cuando nos encontremos frente a una relación contractual en la cual se presenten estos elementos, podremos concluir, en aplicación del citado principio, que la misma es de naturaleza laboral, independientemente de la denominación que le hayan dado las partes.

Ahora bien, no es menos cierto que en el análisis casuístico para identificar si nos encontramos frente a una relación laboral los elementos esenciales de la misma no se presentan de manera evidente, situación que se agudiza y dificulta nuestra calificación cuando alguna de las partes, generalmente el empleador, pretende encubrir la existencia del vínculo laboral para evitar el cumplimiento de sus obligaciones frente al trabajador.

En estos casos, la doctrina sugiere recurrir a los rasgos sintomáticos de la relación laboral.

Los rasgos sintomáticos podrían ser definidos como:

> [U]n conjunto de elementos de hecho de lo más diversos, que permiten decidir a quien efectúa la calificación, muchas veces indirectamente y por vía de presunción, sobre la existencia de un vínculo de subordinación jurídica, no necesariamente porque sean evidencia de un mando efectivo, sino indicios de la presencia del derecho de mandar y la obligación de obedecer" (Sanguineti, 2000, p. 115 y ss.).

Algunos de estos rasgos sintomáticos son:

- La incorporación del trabajador en el proceso productivo de la empresa, es decir, estar incorporado en la organización del empleador.
- El lugar de ejecución del contrato, siendo un indicio de subordinación que el servicio se preste en las instalaciones del empleador.
- El cumplimiento de un horario de trabajo.
- La exclusividad, es decir, que solamente preste servicios a una sola persona.
- El control efectivo del trabajador.
- La continuidad y la permanencia.

Es posible como lo señala Sanguineti (2000) que uno solo de estos rasgos sintomáticos no revelen necesariamente la existencia de un contrato de trabajo, ya que la mayoría podría explicarse dentro del contexto de una relación autónoma (el cumplimiento de la prestación se efectúa dentro del horario de trabajo porque es necesario el contacto con los trabajadores de la empresa, por ejemplo, en el caso de un auditor independiente, o una relación continua puede ser manifestación de un contrato de locación de servicios).

> «El principio de **primacía de la realidad** constituye una **herramienta** jurídica fundamental para **levantar** el velo formal que cubre una determinada **relación contractual** y atender a lo que sucede en el terreno de los **hechos**».

En buena cuenta, la conjunción de algunos de estos rasgos puede servir para determinar la existencia o no de una relación de

como autoridad central del sistema inspectivo[16], la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat) y el Tribunal Fiscal[17] en el marco de sus atribuciones para recaudar y fiscalizar el oportuno y correcto pago de la contribución a EsSalud, y el Indecopi al calificar los créditos laborales[18].

16 La Ley Nº 28806, Ley General de Inspección del Trabajo dispone en su artículo 2º que el principio de primacía de la realidad constituye un principio ordenador del Sistema de Inspección del Trabajo. La Ley señala que, "en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados". La redacción del principio nos invita a reflexionar de que la pauta para su aplicación es lo que el inspector laboral constate en la diligencia inspectiva y no lo que indiquen las partes involucradas.

El Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo, el Decreto Supremo Nº 009-2006-TR reitera que el principio bajo comentario rige el funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección de Trabajo, así como de los servidores públicos que lo integran.

17 Mediante Ley N° 27334 del año 2000 se ampliaron las facultades de la Sunat encargándole también la administración de la contribución a EsSalud y de los aportes al Sistema Nacional de Pensiones, los cuales como sabemos gravan a las remuneraciones.

Debido a lo anterior, el ente recaudador fiscal se encuentra facultado para recaudar los tributos antes indicados, pudiendo efectuar fiscalizaciones a los empleadores para determinar si vienen cumpliendo con sus obligaciones tributario-laborales. En el caso de la contribución a EsSalud, recordemos, que el empleador debe abonar directamente un aporte equivalente al 9 % de las remuneraciones que pague a su personal (Ley 26790), mientras que para el Sistema Nacional de Pensiones, deberá retener el 13 % de las remuneraciones que abone a sus trabajadores y trasladar dicho monto a la Oficina de Normalización Previsional (ONP).

La aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de este ente recaudador, que en el Código Tributario se encuentra regulado como el principio de la realidad económica (Norma VIII), se da cuando se detecta que el empleador contrata indebidamente locadores de servicios (autónomos) que en los hechos se encuentran subordinados a aquél. En estos casos la Sunat considerará que existe una relación laboral y requerirá al empresario el pago del tributo omitido, más intereses legales, imponiendo las multas correspondientes.

Debemos precisar que esta actuación de la Sunat es la que ha servido como un mayor incentivo para que las empresas dejen de lado conductas informales con relación a la contratación de personal. Los empleadores son conscientes que es más probable que los visite un inspector de Sunat que uno de la Autoridad Administrativa de Trabajo, debido a los mayores recursos con los que cuenta la entidad tributaria, así como al temor de que, si se descubre la informalidad relativa a la contratación laboral, se inicie una auditoría general en materia de tributos que gravan las rentas empresariales (Impuesto a la Renta) o las ventas (IGV).

Es interesante comentar que el Tribunal Fiscal, al resolver las apelaciones de los administrados contra pronunciamientos de SUNAT que aplicaban el principio de la realidad económica, haya reconocido que la subordinación es un elemento determinante de la relación laboral (Resolución 342-1-98 del 6 de Mayo de 1998), y que existe la necesidad que SUNAT acredite en forma fehaciente y caso por caso la existencia de una relación laboral (Resolución 6433-93 de 22 de octubre de 1997, 881-4-97 de 14 de agosto de 1997, 1561-5-96 de 22 de agosto de 1996 y 919-5-97).

18 (El Indecopi también ha aplicado el principio bajo estudio, a partir de pronunciamientos del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, en casos relativos al reconocimiento de crédito laboral derivado de contrato de locación de servicios.

Por ejemplo, en la Resolución Nº 0342-2010/TDC-INDECOPI del 16 de agosto de 2000, procedimiento seguido por Antonio Miguel Cantuarias Carlevarino y Alifia Antonieta Aliaga Tovar contra Hogar S.A., señaló lo siguiente:

"A criterio de la Sala, precisamente sobre la base del principio de primacía de la realidad, podría justificarse el reconocimiento de créditos laborales por parte de la autoridad concursal sin que el órgano jurisdiccional deba intervenir para ello. Este caso se podría presentar cuando la autoridad concursal tenga la evidencia suficiente de la existencia de una relación de naturaleza laboral.

En ese sentido, contrariamente a lo argumentado por la Comisión, esta Sala considera que la autoridad concursal puede reconocer créditos de origen laboral en aplicación del principio de primacía de la realidad (según el cual cuando existe discordancia entre lo real y lo formal debe prevalecer lo real), por lo que si bien existe documentación que podría sostener la apariencia de una relación de naturaleza civil en el presente caso (recibos por honorarios profesionales, constancia de servicios, certificado de retención a cuenta del Impuesto a la Renta de Cuarta Categoría) , las pruebas que acreditan la naturaleza laboral de la relación deben merituarse preferentemente, pues evidencian una realidad manifiesta propia de las actividades desempeñadas por los solicitantes a favor de la insolvente .

Pronunciamientos similares pueden encontrarse en la Resolución 0224-2000/TDC-INDECOPI del 7 de Junio de 2000, 380-2000/TDC-INDECOPI del 6 de Setiembre de 2000.

De lo expuesto en el presente acápite podemos concluir que el principio de primacía de la realidad constituye una herramienta jurídica fundamental para levantar el velo formal que cubre una determinada relación contractual y atender a lo que sucede en el terreno de los hechos. Para su aplicación, qué duda cabe, deberá demostrarse a subordinación, ya sea a través de una prueba plena o indiciaria. Este principio ha sido y viene siendo ampliamente utilizado en nuestro país por su coherencia lógica y contundencia argumentativa.

Ahora bien, nuestra reflexión va un paso más allá, ¿qué sucede con quienes no pueden acreditar la existencia de subordinación, sea a través de una prueba plena o de indicios? ¿Acaso están condenados a carecer de protección por parte del Derecho del Trabajo? A estas interrogantes respondemos analizando la legitimidad de la introducción de la presunción de laboralidad en nuestro país.

## II. EL PRINCIPIO PROTECTOR Y LAS RAZONES DE UNA PRESUNCIÓN QUE DEJA DE LADO LA EXIGENCIA DE PROBANZA DE LA SUBORDINACIÓN

El artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge la presunción de laboralidad al señalar que: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario."

En este numeral estudiaremos las razones que, a nuestro entender, justifican dicha presunción, sus alcances y la prueba en contrario.

### 1. Acción del principio protector en el proceso laboral como sustento jurídico de la presunción de laboralidad

Nuestro texto constitucional en su artículo 1 señala que: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado".

Según lo entiende Rubio (1999), este artículo es un principio hermenéutico para todo nuestro sistema jurídico, pues sirve

> [P]ara que allí donde no haya significados claros en las normas, o donde debamos sustituir una laguna del Derecho con una regla, la primacía de la persona humana sea un elemento determinante en los contenidos a diseñar y, también, en la metodología que se utilice para solucionar el problema jurídico de que se trate. (p. 115)

En ese sentido, el significado del artículo glosado anteriormente, apunta a consagrar que la sociedad en general debe defensa y respeto a la dignidad de la persona, la misma que consiste, en esencia sostiene Rubio (1999), "en que cada uno es igual al otro por su condición de ser humano, y más allá de cualquiera de las múltiples diferencias que hay entre una y otra persona" (p. 114).

La dignidad humana es concebida como un principio y un límite a la actuación del Estado, particulares y la sociedad en general, como un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (Fernández, 1996, p. 32).

Finalmente, conviene aclarar que la Ley de Reestructuración Patrimonial (Decreto Legislativo 845) no contenía una disposición expresa que habilitar a las Comisiones o al Tribunal del Indecopi a aplicar el principio de primacía de la realidad, por lo que el desarrollo del mismo es jurisprudencial como se habrá podido advertir. A diferencia de ello, la vigente Ley General del Sistema Concursal (Ley 27809) si lo recoge en su artículo 40.

En cuanto a la relación entre dignidad y derechos fundamentales, tenemos que la dignidad es la razón de ser, fin y límite de los mismos, operando como un derecho individual sino también como un derecho objetivo, sirviendo de límite a los derechos fundamentales, lo cual se traduce en el deber general de respetar derechos ajenos y propios (Alegre, citado en Landa, 2000, p. 20). La dignidad humana es un valor, fuente de todos los derechos independientemente de su naturaleza, que provienen de esa dignidad inherente a todo ser humano (Fernández, 1996, p. 33).

Esta expresión de la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales y como exigencia al Estado de asegurar la vigencia de los mismos supone, tratándose del derecho al trabajo y en el seno del proceso, del derecho a la tutela judicial efectiva, que el Estado genere mecanismos de especial tutela a la parte débil de la relación laboral, el trabajador, facilitando su tránsito por el proceso laboral en atención a la desigualdad existente, con medidas como las presunciones reguladas a su favor por ejemplo.

El reconocimiento de la dignidad como pilar de nuestro Estado, aunado a la Cláusula Social del Estado recogida en el artículo 43 de nuestra Constitución, abona a favor de la tesis enunciada.

En efecto, como lo señala Gonzales (2004) el sistema jurídico en el Estado Social de Derecho trasciende la nueva regulación formal.

> El Derecho es un conjunto normativo, pero tiene connotaciones sociales; es decir, se entiende que el Derecho, en especial los Derechos Fundamentales, no sólo implican su vigencia formal, sino también las condiciones materiales para permitir un ejercicio efectivo del Derecho.

Justamente un Estado Social de Derecho garantiza la vigencia efectiva de la dignidad humana como pilar de los derechos fundamentales, entre los que se encuentran aquellos de naturaleza laboral.

Vinatea (2004), cuya opinión compartimos, afirma que:

> [La] cautela de esos derechos fundamentales sugiere, en el proceso laboral, por lo menos la intención de equilibrar las desigualdades existentes con respecto al acceso y a la obtención de tutela judicial efectiva, y ello no se contradice con el conjunto normativo laboral y constitucional. En efecto, dentro del marco de la Constitución, las garantías de la administración de justicia de vinculan con la defensa de la persona y el respeto de su dignidad como fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1º de la Constitución). Ello expresa un contenido social insoslayable (…). (p. 104)

Esa expresión de la acción estatal para equiparar lo desigual, plasmada en el principio protector, se ve recogida, qué duda cabe, en la presunción de laboralidad contemplada en el artículo 23.2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Así pues, el Estado asume un papel interventor cuyos fines se asimilan al principio protector, reflejándose el mismo en la definición de normas, en su aplicación o interpretación y en la propia actuación del juez laboral (Vinatea, 2004). En otras palabras, es el juez laboral el llamado a aplicar el principio protector recogiendo las instituciones normativas del Derecho Procesal Laboral, como la presunción que comentamos y también a través de una visión crítica de los hechos sometidos a su conocimiento.

En esa medida, consideramos que el principio protector se deriva de la esencia de nuestro ordenamiento constitucional, siendo una legítima expresión del mismo el reconocimiento de la presunción de

laboralidad por la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

## 2. El recurrente fraude laboral como sustento fáctico de la presunción de laboralidad

La presunción de laboralidad contenida en el artículo 23.2 de la NLPT supone el alivio probatorio al trabajador o ex trabajador demandante en un proceso laboral pues se facilita la demostración de la existencia de su relación laboral con su empleador o ex empleador demandado. A diferencia de la regulación actual que exige al trabajador acreditar la existencia de la relación laboral, lo cual al final pasa por demostrar que su actividad fue subordinada, con la presunción únicamente se espera que acredite, aunque sea en forma indiciaria que prestó servicios en forma personal al demandado.

Esta facilitación o alivio, como vimos en la sección anterior tiene su sustento jurídico en el despliegue del principio protector al proceso laboral. Sin embargo, no debemos evitar tener en cuenta que la realidad imperante en nuestro país en lo que a contratación laboral se refiere, constituye un sustento adicional para la regulación de la presunción. En efecto, la existencia de trabajadores precarios que no tienen acceso a derechos laborales básicos ni a protección social, debido a un uso fraudulento del contrato de locación de servicios (falsos autónomos) genera la necesidad de regular este auxilio judicial.

El fraude a la ley, como lo señala el profesor Neves (2018), consiste en "eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura)". En el caso que nos ampara, la ley defraudada sería la que regula la contratación laboral mientras que la ley de cobertura sería la regulación sobre el contrato de locación de servicios (Código Civil).

En nuestro ejercicio profesional nos hemos topado con una realidad que aún impera en nuestro país, la contratación de falsos trabajadores autónomos, bajo el absurdo argumento de ahorrar el costo laboral que supone su incorporación en planillas. Inicialmente las empresas exigían que estos "locadores de servicios" se inscribieran en el Registro Único de Contribuyentes, a cargo de Sunat, obtuvieran un número de registro y tramitaran sus recibos por honorarios, los cuales servían como sustento de la retribución abonada. Los falsos autónomos, reunían sus recibos consecutivos, lo cual acreditaba continuidad en el servicio, así como un *fotocheck*, una tarjeta de asistencia, un memorándum o algún indicio más y ya tenían sustento suficiente para plantear su demanda laboral a efectos de ser reconocidos como trabajadores de su cliente.

Actualmente estamos experimentando una sofisticación en el tratamiento de los falsos autónomos pues la imaginación perversa de algunos malos empleadores los lleva a exigir recibos por honorarios de terceros, o pagar el dinero mediante un sobre sin registro alguno, así como evitar la creación de indicios de subordinación, con la finalidad de dejar sin sustento cualquier demanda laboral. Inclusive, ante la presencia de inspectores laborales, se ha generado la costumbre de desalojar a los falsos autónomos por puertas traseras, o esconderlos en los baños de los centros de trabajo.

> «La presunción resulta apropiada en razón de la necesidad de facilitar la actuación probatoria del trabajador o ex trabajador demandante debido a la desigualdad natural de la relación laboral».

Frente a ello consideramos que resulta necesaria una medida como la presunción laboral para evitar que verdaderos trabajadores se encuentren extramuros del Derecho del Trabajo frustrándose la finalidad protectora del mismo, al no poder demostrar la existencia de una relación laboral (Sanguineti, 2003, p. 43).

Como acertadamente opina Sanguineti (2003):

> (...) la denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconveniente, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo (…). (p. 43)

Ahora bien, la facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza, por lo que el demandante deberá al menos aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. Este principio de prueba constituye en la demostración de la prestación de servicios a beneficio de quien es pretendidamente el empleador (Sanguineti, 2003, p. 44).

Esta exigencia indiciaria evidencia que la presunción no supone una inversión en la carga probatoria sino más bien una alteración del contenido de la prueba, "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 esta última (hecho base de la presunción)" (Sanguineti, 2003, p. 45).

En cuanto a la operatividad práctica de la presunción de laboralidad en un proceso laboral, creemos que el demandante deberá acreditar entonces, la prestación personal de servicios, pudiendo su demostración ser en forma indiciaria, utilizando por ejemplo, recibos por honorarios, correos electrónicos, cartas a proveedores, comunicaciones de terceros dirigidas a la empresa pero a la atención del demandante, entre otros.

Lo anterior supondrá demostrar desde cuándo inició sus servicios, para fijar una fecha inicial para efectos de la determinación de los beneficios laborales adeudados por el empleador, pues a partir de ahí la presunción entiende que los mismos han sido indeterminados. Quedará a cargo del empleador demostrar el pago de los beneficios laborales y el estado del vínculo laboral, es decir, si se encuentra vigente o si ya concluyó, y en este último caso la causa del despido o el motivo del cese.

Desde luego, la regulación de esta presunción genera una gran responsabilidad en el magistrado pues el juez deberá estar atento a cualquier conducta procesal del demandante que evidencie su mala fe procesal, pues si bien la presunción se recoge con la finalidad de tutelar a la parte débil de la relación laboral, no es menos cierto que podrían presentarse reales autónomos pretendiendo sacar partido de un beneficio procesal como lo es la presunción de laboralidad.

Por ende, somos de la opinión, que la presunción resulta apropiada en razón de la necesidad de facilitar la actuación probatoria del trabajador o ex trabajador demandante debido a la desigualdad natural de la relación laboral aunada a la informalidad existente en nuestro país que se traduce en un uso fraudulento de la contratación independiente con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales cuya probanza resulta difícil para el trabajador.

### 3. Compatibilidad entre la presunción de laboralidad y la presunción contenida en el artículo 4 de la LPCL

El artículo 4 de la LPCL establece textualmente que, "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

Por su parte, como vimos, el artículo 23. 2 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo recoge una presunción de laboralidad al señalar que: "Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".

La pregunta inmediata que surge ante la presunción del artículo 4 de la LPCL es si realmente opera como tal. Si analizamos con cuidado la redacción de esta advertiremos que el supuesto en que se coloca es aquel en el que el demandante demuestra que sus servicios han sido personales, subordinados y remunerados, es decir, cumple con acreditar los elementos esenciales de la relación laboral, en cuyo caso, el efecto lógico es concluir que la relación es de trabajo y no independiente.

En otras palabras lo que presumiría este artículo no es la existencia de una relación laboral sino que la misma es a plazo indeterminado. Se da por sentada que toda relación jurídica de carácter personal que sea onerosa y principalmente subordinada es laboral no siendo necesario para arribar a dicha conclusión el utilizar una presunción[19].

En esa medida, el artículo 4 de la LPCL resulta útil para determinar la naturaleza indefinida del vínculo laboral cuando se presentan los elementos de la relación laboral, trasladando la prueba en contrario al empleador.

Sobre la presunción del artículo 4 de la norma citada, Sanguineti (2003) considera que:

> (...) tampoco hay nada que se presuma en esta fórmula, cuya estructura parece calcada de la del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores español, como no sea, una vez más, el consentimiento de las partes para obligarse la preferencia del legislador 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. (pp. 54-55).

Teniendo en cuenta que ambos enunciados presumen la existencia de un contrato de trabajo indefinido, la diferencia entre ambos radicaría en que la presunción contenida en el artículo 23.2 de la NLPT es aplicable únicamente en el ámbito del proceso laboral y en este escenario englobaría a la presunción a favor del contrato indeterminado comprendida en el artículo 4 de la LPCL, el cual podría emplearse en situaciones ajenas al proceso laboral. Tengamos en cuenta que el artículo 4 de la LPCL, a nuestro entender recoge al principio de primacía de la realidad, cuyo ámbito de aplicación comprende toda situación en la que nos encontremos ante un discordancia entre la formas los hechos que pueda tener incidencia en una relación de trabajo.

19 Este argumento podría verse objetado con las relaciones excluidas del Derecho del Trabajo por norma legal expresa pese a reunir los elementos esenciales antes mencionados como es el caso de las modalidades formativas laborales o en el Estado el Contrato Administrativo de Servicios (CAS). Sin embargo, creemos que, salvo este fenómeno excepcional de la exclusión, toda relación jurídica en la que se presenten los elementos esenciales deberá ser calificada como laboral.

> «Es el **demandado** (…) quien debe **acreditar** que la **presunción** carece de sustento, no bastando sus solas **afirmaciones**, sino también requiriéndose un acervo **probatorio** concluyente».

Por lo expuesto, consideramos que las presunciones glosadas en este acápite no resultarían incompatibles entre sí, y que inclusive debería recogerse la presunción de laboralidad de la NLPT en una norma laboral general como la LPCL, o una Ley General de Trabajo.

### 4. La "destrucción" de la presunción a cargo del demandado

La presunción de laboralidad bajo comentario califica como una presunción *juris tantum,* pues puede ser enervada mediante la acreditación del demandado de que, o bien la prestación de servicios es inexistente, que es a plazo determinado, o que la misma ha sido de carácter autónomo.

En esa medida, al admitirse prueba en contrario, se encontrará a cargo del empleador demandado no solamente negar la existencia de una relación laboral sino demostrarlo, pues, si no cumple con su carga probatoria entonces el resultado del proceso le será desfavorable, viéndose condenado al pago de los beneficios sociales reclamados por el demandante.

Si el demandado pretende rebatir la presunción relativa la naturaleza indeterminada de la relación laboral, deberá acreditar la celebración de contratos sujetos a modalidad (plazo fijo), debida y objetivamente justificados (causados) y demostrar que cumplió con las formalidades previstas por el ordenamiento laboral.

Entonces, es el demandado, normalmente empleador o exempleador, quien debe acreditar que la presunción carece de sustento, no bastando sus solas afirmaciones, sino también requiriéndose un acervo probatorio concluyente. Tengamos en cuenta que la ruptura de una presunción exigirá desplegar una actividad probatoria consistente, no siendo suficiente pretender su quiebre a través de una prueba indiciaria.

## III. LA JURISPRUDENCIA FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD

Como veremos en este acápite, la Corte Suprema no ha adoptado una posición uniforme frente a la presunción de laboralidad.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en la Casación Laboral N° 14440-2013-LIMA dispuso, en cuanto a la presunción de laboralidad, que "dicha facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión".

En esta sentencia, la Corte Suprema se aparta de la literalidad del artículo 23.2 de la NLPT, el cual no exige el aporte de indicios racionales de la relación laboral sino únicamente la prestación personal de servicios. La racionalidad, en nuestra opinión, la debe aportar el juez al evaluar las pruebas presentadas por el demandante a efectos de determinar si actúa o no de buena fe.

Luego, en la Casación Laboral N° 16105-2013-LIMA, del 17 de noviembre de 2014, los jueces supremos concluyeron que:

> (…) el carácter iuris tantum de la presunción de laboralidad, en virtud del cual se admite prueba en contrario, lo cual se traduce en la posibilidad de ser

> enervada, ya sea mediante la acreditación de la parte contraria sindicada como empleador, de que el hecho que opera como base de la misma (prestación personal de servicios) es falso o inexistente, o bien de que existen otros hechos que impiden o anulan la protección del hecho presunto, como la gratuidad o la autonomía de la prestación de servicios, entre otros; o también, en supuestos excepcionales, cuando de la misma prueba ofrecida por el pretensor, se vislumbran tales hechos anulatorios (…).

Vemos que la Corte ya no exige que el demandante realice actuación probatoria adicional a la exigida por la NLPT, lo cual se condice con la naturaleza jurídica de la presunción.

Lo anterior fue ratificado en la Casación N° 11821-2015-LIMA, habiendo la Corte Suprema sostenido que la presunción de laboralidad:

> (...) no supone dispensar al demandante que alega el vínculo laboral de toda carga probatoria. En efecto, al sujeto que invoca la laboralidad no le cabe el deber de acreditar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo, sino la existencia de la prestación de servicios; empero esta presunción es iuris tantum, es decir, que puede ser enervada en base a prueba o indicios de que tal prestación de servicios no existió o que éstas fueron ejecutadas sin el elemento de la subordinación (…).

Posteriormente, en la Casación N° 608-2017-LIMA, la Corte Suprema vuelve a su criterio primigenio al cuestionar en su Cuarto considerando lo resuelto en la primera instancia sosteniendo que los medios probatorios:

> (…) no han sido debidamente analizados por la juzgadora ya que no se verifica análisis respecto a que si en la prestación de los servicios prestados por el demandante en favor de la demandada, concurrió el elemento de la subordinación (…)", añadiendo que "(…) la juzgadora ha basado su decisión en el contenido de los correos electrónicos emitidos por la demandada, documentos que según refiere determinarían la prestación personal de los servicios brindados por el actor y con ello la concurrencia del elemento de la subordinación en la prestación de los servicios, sin emitir mayor análisis respecto al contenido y alcances de los citados correos. Decisión que ha sido confirmada por el Colegiado Superior de la Cuarta Sala Laboral de Lima (…)".

Luego, el alto Tribunal dispone que:

> (…) resulta necesario que la juez de la causa, no solo verifique el elemento de la prestación personal de los servicios, sino además la presencia del elemento de la subordinación en la relación contractual mantenida entre las partes, componente laboral que se encuentra previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (…).

Resulta bastante polémico este criterio pues la presunción de laboralidad no exige al juzgador verificar la existencia de subordinación, por el contrario, la facilitación probatoria introducida en el artículo 23.2 de la NLPT dispensa al demandante de dicha carga probatoria.

## CONCLUSIONES

- Siendo la subordinación la nota esencial de la relación laboral, el uso de medidas cada vez más sofisticadas para evitar que despliegue sus efectos por parte de malos empleadores

complica las posibilidades del trabajador de recurrir a los órganos jurisdiccionales en busca de la tutela judicial efectiva a partir del reconocimiento de su condición de tal.

- Esta realidad innegable constituye, a nuestro entender, una justificación para considerar la regulación en la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la presunción de laboralidad, la cual constituye una facilitación probatoria para aquel trabajador que se ve perjudicado por el "ingenio" de su empleador al ocultar la subordinación. La Nueva Ley Procesal señala que bastará con acreditar la prestación personal de servicios para que se presuma la existencia de un contrato indeterminado, salvo prueba en contrario del empleador.

- Esta presunción, que se sustenta jurídicamente en el principio protector, resulta a nuestro entender oportuna, operando como un mecanismo de tutela al trabajador que se encuentra imposibilitado de probar la subordinación.

- Ahora bien, no debemos negar que pueden ocurrir situaciones en las que algún litigante de mala fe, que en la realidad de los hechos es autónomo, pretenda valerse de la presunción para obtener algún beneficio patrimonial a costa del empleador.

- Estos casos, que esperamos sean detectados en virtud de una mayor cercanía del magistrado a las partes y al expediente en el proceso laboral, deberán llevar a la sanción de este litigante[20] pues resulta absurdo activar la maquinaria jurisdiccional con la única finalidad de obtener dinero mediante un empleo indebido de las instituciones de tutela del trabajador previstas en el ordenamiento procesal como la presunción de laboralidad.

- No negamos que la regulación de la presunción de laboralidad podría prestarse a conductas como las descritas en el párrafo precedente (mala fe, uso abusivo) pero creemos que las mismas no constituyen la regla y no deberían justificar el rechazo a esta institución; por el contrario, su razón de ser descansa en el ya comentado fraude laboral en la contratación de personal. En efecto, existen empleadores que consideran que resulta más barato contratar al personal fuera de planillas pues se "ahorran" costos laborales que pueden ascender hasta el 50 %[21], razonamiento que consideramos equivocado.

- El contratar irregularmente a una persona, no reconociéndole el acceso a derechos laborales y protección social genera al empleador más perjuicios que beneficios, pues podrá ser objeto de inspecciones e imposición de multas por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la Sunat, de sendas demandas laborales que sean interpuestas por el trabajador que se ve perjudicado por dicha situación, y lo que creemos más importante, tendrá un trabajador desmotivado, no comprometido con los objetivos empresariales, que no se "ponga la camiseta" de la empresa. Todo

20 La Nueva Ley Procesal del Trabajo en su artículo 15 establece la facultad de los Jueces de multar a aquellos litigantes que actúen con temeridad o mala fe procesal.

21 Estos costos laborales no salariales son, el pago de la Compensación por Tiempo de Servicios, las gratificaciones, vacaciones, contribución a EsSalud, aportes al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, etc.

ello a la larga, reiteramos, genera más perjuicios que beneficios, por lo que rechazamos el absurdo razonamiento a favor de la irregular contratación de trabajadores fuera de planillas.

- Si lo que se quiere es reducir el impacto de la contratación en clave de costos laborales, lo recomendable desde el punto de vista jurídico será planificar una estrategia de contratación flexible que incluya un componente salarial no remunerativo, dentro del marco de la ley, y no negar la condición de trabajador de la persona que se contrate para realizar una labor subordinada.

- En ese escenario equivocado en que el empleador considera que es mejor contratar fuera de planillas, retribuir el salario directamente y sin recibos de por medio, es decir, encontrarse en la total informalidad, la presunción de laboralidad entra a tallar facilitando la actividad probatoria del trabajador, quien deberá aportar un mínimo de prueba, a través de indicios por ejemplo, que sus servicios fueron prestados en forma personal. Estos indicios podrán ser documentos internos que haya generado con ocasión de sus labores, manifestaciones de compañeros de trabajo, verificaciones de la Autoridad Administrativa de Trabajo, etc., y en general, cualquier sucedáneo de prueba lícito que le permita demostrar que prestó servicios al empleador por un tiempo determinado.

- La regulación de la presunción de laboralidad exige entonces una actitud responsable por parte de los asesores legales de estos trabajadores, quienes deberán evitar su uso indebido cuando sean conscientes de que la relación jurídica es verdaderamente autónoma, de lo contrario y si pese a ello insisten en plantear reclamaciones judiciales, deberán ser sancionados por la autoridad.

- La presunción también requerirá que los jueces actúen sesudamente en su aplicación, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle dicha actividad, por lo que se esperará que este demuestre haber prestado servicios al demandado, activándose seguidamente la carga probatoria del empleador que pasa por romper la presunción o, si no lo puede hacer, demostrar que cumplió con sus obligaciones como tal, y si el vínculo se encuentra vigente o no, y la causa de su terminación. No se trata de exigir la prueba de subordinación como equivocadamente lo ha interpretado la Corte Suprema en algunas sentencias, sino la acreditación de la prestación de servicios.

- No queremos dejar de comentar que al final del día la presunción de laboralidad supuso materializar lo que en la práctica venía muchas veces ocurriendo en los Tribunales cuando se encontraba en rigor la Ley Procesal del Trabajo (Ley N° 26636), esto es, la existencia de fallos a favor de demandantes con la sola demostración de la prestación personal pese a que dicha norma requería acreditar la subordinación. Esta situación, criticable para algunos, se sustenta en la necesidad de otorgar tutela al trabajador desvalido de medios de prueba, de ahí que, con la presunción se otorga respaldo normativo a dicho criterio jurisdiccional.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ermida Uriarte, O. y Hernández Álvarez, O. (2003). Crítica de la subordinación. En: *Libro Homenaje a*

*Néstor de Buen Lozano*. Recuperado de: http://www.bibliojuridica.org/

Fernández Segado, F. (1996). La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico. *Derecho PUCP* (50), 11-45.

Gonzales Ojeda, M. (2008). El Estado Social y Democrático de Derecho y el Estado Peruano. *Revista Derecho y Sociedad* (23). Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/item/24656

Landa Arroyo, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius et Veritas* (21), 10-25.

Palomeque López, C. y Álvarez De la Rosa, M. (1995). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.

Plá Rodriguez, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: De Palma.

Priori Posada, G. (2010). *Las tareas pendientes para la aplicación de la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Recuperado de http://www.enfoquederecho.com/?q=node/3069

Puntriano Rosas, C. (2010). La presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. En: *Doctrina y análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: Academia de la Magistratura del Perú.

Rubio Correa, M. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sanguineti Raymond, W. (2000). *El contrato de locación de servicios*. 2da. Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

Sanguineti Raymond, W. (2003). La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú. *Laborem* (3).

Thibault Aranda, J. (2000). *El Teletrabajo*. Madrid: Consejo Económico y Social.

Todoli Signes, A. (2015). El Impacto de la 'Uber Economy' en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo (Uber Economy Impact on the Industrial Relationships: The Effect of the Virtual Platforms on the Employment Contract Concept). *IUS Labor,* diciembre. Recuperado de: <https://ssrn.com/abstract=2705538>.

Vinatea Recoba, L. (2004). Los principios del derecho del trabajo y el proceso laboral. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.