La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú

Wilfredo Sanguineti Raymond
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Salamanca

I. Premisa

De entre las diversas novedades presentes en el Proyecto de Ley General de Trabajo, una de las más relevantes está constituida, sin lugar a dudas, por la inclusión de una regla dirigida a facilitar a quien alegue la existencia de un contrato de trabajo la prueba de la concurrencia de los elementos que lo caracterizan. Ésta se encuentra presente en el artículo V del Título preliminar, de acuerdo con el cual se presume "que toda prestación de servicios es subordinada" y también "la existencia de un vínculo laboral entre quien presta un servicio al interior de un centro de trabajo y quien lo aprovecha". El Proyecto introduce, de este modo, por vez primera en la historia del Derecho del Trabajo en el Perú, la denominada presunción de laboralidad[1], una institución de antigua raigambre dentro del Derecho del Trabajo a nivel comparado, pero que hasta el momento no había merecido la atención del legislador nacional .

El carácter novedoso de la introducción de esta institución, así como el hecho de que llegue a nuestro país con un retraso casi centenario respecto de otros ordenamientos, hacen necesario un examen detallado, tanto de su naturaleza y fundamento, como de la función que es capaz de cumplir en la etapa actual de la evolución del Derecho del Trabajo en el Perú. Del mismo modo, la originalidad con la que, como será posible constatar más adelante, ha sido formulada esta presunción dentro del Proyecto,

[1] Conocida también como "presunción laboral" o "presunción de existencia del contrato de trabajo". Se ha optado aquí por el empleo de la denominación que aparece en el texto por entender que es la que refleja con mayor fidelidad la función y el sentido de la institución.

aconseja dedicar una especial atención al esclarecimiento de su sentido y alcances. Las páginas que siguen están dirigidas a este triple propósito.

II. La presunción de laboralidad: ¿un anacronismo jurídico?

Como seguramente ocurre con la mayor parte de las instituciones jurídicas, la presunción de laboralidad solamente resulta inteligible si se la contempla en el marco de las necesidades que en un momento dado de la evolución del Derecho del Trabajo dieron lugar a su creación. Esta aproximación, sin embargo, resultaría incompleta si no se procediese a continuación a ponerla en contacto con las transformaciones en que los últimos años vienen afectando a la configuración institucional de esta disciplina, con el fin de establecer si las razones que entonces justificaron su incorporación al ordenamiento laboral mantienen en la actualidad vigencia y recomiendan su preservación.

A. Orígenes y fundamento de la institución

La inclusión de mecanismos dirigidos a garantizar la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en este ámbito pueden producirse, ha corrido paralela a la afirmación del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica. Expresión de este afán garantista han sido, desde antiguo, tanto 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 un mero propósito defraudatorio, aún cuando éstos cuenten con consentimiento expreso, como 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 formal y sólo aparente suscripción de un contrato de índole civil o mercantil.

Rápidamente, sin embargo, se advertiría la insuficiencia de la aplicación 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. Para hacerlo basta con tomar conciencia de que los mismos sólo resultan aplicables en la medida en que el sujeto que demanda su inclusión en el ámbito de la laboralidad consiga demostrar que se ha producido una renuncia indebida a la tutela ofrecida por las normas laborales o un incumplimiento de los mandatos en ellas contenidas, por reunir su prestación con todas las condiciones exigidas para

su aplicación imperativa. Con ello se termina por dejar intacto el problema de fondo, que no suele ser en estos casos otro que, precisamente, el de la prueba por parte del afectado de la concurrencia de los presupuestos sustantivos del contrato de trabajo. Esta es una dificultad que, si ya tratándose de situaciones no afectadas por ningún tipo de maniobra elusiva puede resultar harto difícil de superar, se torna aún más ardua cuando tales elementos –y en especial la subordinación– han sido artificiosamente encubiertos con el deliberado propósito de dificultar su apreciación. Se abre así la posibilidad de que verdaderos trabajadores permanezcan extramuros del Derecho del Trabajo, con la consiguiente frustración de su finalidad protectora, debido a la imposibilidad de demostrar la existencia de un contrato de trabajo.

La denominada presunción de laboralidad constituye, precisamente, el instrumento diseñado por los ordenamientos laborales, desde su etapa germinal, para solventar este tipo de inconvenientes, facilitando a quienes alegan su exclusión ilícita del terreno laboral la acreditación de la subsistencia de un vínculo de este tipo. Su origen se encuentra en la Ley de Tribunales Industriales de España, 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". Una formulación que pasará con más o menos variaciones formales, en especial en lo atinente a la sustitución de la genérica referencia a la prestación de trabajo por una más específica a la prestación de servicios, tanto al Código de Trabajo de 1926 y a las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, como a las legislaciones laborales de numerosos países americanos y europeos, hasta llegar a convertirse en uno de los componentes característicos de esta disciplina jurídica [2].

---

[2] Sobre los orígenes de la presunción laboral en el Derecho del Trabajo español puede verse M. Rodríguez-Piñero Royo, **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 M. De la Cueva, "La presunción laboral", **Derecho del Trabajo**, Buenos Aires, 1959, T. XIX, pág. 622; W. Sanguineti Raymond, **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 J. Luján Alcaraz, **La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo**, Madrid, MTSS, 1994, págs. 269-269, nota 26. En el caso del Perú, como se ha anticipado, no existen precedentes de esta institución. El texto del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no debe inducir a confusión, pese a su proximidad, puesto que lo que a través de él se contempla no realmente una presunción de existencia del contrato de trabajo, como habrá ocasión de razonar más adelante.

Es indudable que, con semejante configuración, la presunción de laboralidad instaurada por distintas legislaciones laborales nacionales a partir de los inicios del siglo anterior no puede ser considerada sino como una manifestación más del carácter tutelar del Derecho del Trabajo. Una orientación que, aplicada al plano de la prueba de la existencia del contrato que abre las puertas a su aplicación, aconseja, en garantía de la consecución de los fines equilibradores que informan la configuración de esta disciplina, aligerar al trabajador, en tanto parte débil de la relación y potencial sujeto pasivo de presiones dirigidas a apartarlo del terreno de la laboralidad, la demostración de su presencia. El fin último de la presunción de laboralidad es, de este modo, el de afirmar la efectividad de las normas laborales en todas aquellos situaciones en que, debido al intento malicioso de esquivar su aplicación, sus presupuestos sustantivos resultan difíciles de acreditar [3].

Naturalmente, el hecho de que lo que se encuentre en discusión en estos casos sea precisamente 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 parte del mismo de al menos un principio de prueba, que proporcione al intérprete indicios racionales del carácter laboral de la relación objeto de debate. Este principio de prueba ha estado constituido, desde la creación misma 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 no es arbitraria, sino que 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 o dependencia, definitorio para la afirmación de la laboralidad del vínculo, frente a la sola prueba de la existencia de una prestación personal de servicios. A ésta se añade, no obstante, 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. En la base de la presunción se sitúa, de esta forma, "una tabla de probabilidades derivada de la experiencia", que ha permitido poner de manifiesto que cuando las personas prestan sus servicios lo hacen en un elevado porcentaje de su-

[3] Vid., con carácter general, M. Rodríguez-Piñero Royo, op. cit., págs. 58-59, así como J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 271.

puestos en condiciones de subordinación[4]. Lo que caracteriza a la presunción de laboralidad es, así pues, que en ella, lo mismo en cualquier otra, se da por cierta determinada afirmación (en este caso, la existencia de un contrato de trabajo), a partir de la demostración de otra distinta (la prestación de un servicio), 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"[5].

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)[6]. Del mismo modo, dado que "el hecho presumido no es una necesidad sino tan sólo una probabilidad"[7], ésta 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, que opera como base de la misma (la prestación de servicios) es falso o inexistente (contraprueba), o existen otros hechos concurrentes (como su gratuidad o la ausencia de subordinación) que impiden o anulan la producción del hecho presunto (prueba en contrario)[8].

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 de la existencia de la relación de trabajo, posee también una clara e indiscutible proyección en el plano sustantivo. Esto es así en la medida en

---

[4] De la Cueva, op. cit., pág. 618. Con todo, aunque esta es la base sobre la que se ha apoyado la construcción de la presunción de laboralidad en la mayor parte de ordenamientos, no es ni mucho menos la única posible. De hecho, su aplicación puede ser sustentada también a partir de la afirmación de la existencia de una relación de mutua correspondencia entre los elementos prestación de servicios y subordinación, que impugna la posibilidad de que existan prestaciones de servicios que carezcan de este atributo, como he tenido la ocasión de destacar en la obra citada en la nota núm. 1, págs. 346-347 (págs. 231-232 de la 2ª edic.).

[5] Según la doble afirmación de S. González Ortega, "La presunción de existencia del contrato de trabajo", en AA.VV., **Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo**, Madrid, MTSS, 1990, pág. 795.

[6] Como afirma J. Luján Alcaraz, op. cit., págs. 265, 280.

[7] Dicho en palabras de De la Cueva, op. cit., pág. 630.

[8] Por todos, J. Luján Alcaraz, op. cit., pág. 290.

que, como no es difícil de suponer, su aplicación convierte a la pura y simple prestación de servicios, al margen de toda consideración sobre los caracteres que la adornan, en el único presupuesto sustantivo realmente 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. A fin de cuentas, como se ha afirmado, como consecuencia de su aplicación, es posible considerar que existe contrato de trabajo desde el momento en que se prestan servicios a otro, salvo que se pruebe que esa prestación de servicios no se hizo en las condiciones propias de la relación laboral [9].

Ésta es una solución que fomenta la *vis* atractiva del Derecho del Trabajo, es decir su tendencia a abarcar una porción cada vez mayor de las relaciones jurídicas cuyo objeto está constituido por el trabajo humano, en desmedro de la aplicación de las normas civiles y mercantiles sobre la materia. 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 mero "derecho de excepción"[10]. Esto es tan cierto como que, a partir de su incorporación a un ordenamiento dado, es posible afirmar que corresponde al sujeto que recibe o 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[11]. Reputándose, de no conseguirlo, que su naturaleza es laboral.

B. El retroceso de la tendencia expansiva del Derecho del Trabajo y la revalorización del trabajo autónomo como condicionantes de la permanencia de la presunción de laboralidad

Con todo, transformaciones recientes en la realidad productiva y las estrategias empresariales vienen favoreciendo en numerosos países, especialmente europeos,

---

[9] Nuevamente, J. Luján Alcaraz, op. cit., esta vez págs. 275-276.

[10] En la ya clásica observación de De la Cueva, "La presunción ...", cit., pág. 618.

[11] Loc. cit.

una reacción en contra de la hasta el momento inexorable vocación expansiva del Derecho del Trabajo y, por ende, también de la presunción de laboralidad en la que ésta se ha venido apoyando[12].

Frente a la tendencia a la asalarización de la fuerza de trabajo imperante en las décadas pasadas, los últimos años han sido testigos de la expansión de formas hasta el momento desconocidas o poco utilizadas de trabajo autónomo, las cuales no tienen por qué ser consideradas, al menos de forma necesaria, como simples instrumentos al servicio de una política de elusión fraudulenta de la aplicación de las normas laborales, como venía ocurriendo en el pasado. Antes bien, son expresión del recurso lícito a formas de organización de la producción distintas de las basadas en el ejercicio del poder de dirección, que ha dejado de ser en la fase actual de la evolución de las formas de organización de los sistemas productivos el único instrumento a través del cual es posible garantizarse el resultado del trabajo ajeno[13].

La constatación de este fenómeno ha conducido plantearse en muchos ordenamientos la conveniencia de poner freno a esa suerte de "imperialismo" que se encuentra en la base de la vocación expansiva del Derecho del Trabajo. Frente a ello, se postula la necesidad de, preservando siempre dentro del ámbito de la laboralidad todas aquellas relaciones que reúnan los requisitos para ello, respetar también el deseo de las partes de vincularse a través de un contrato distinto del de trabajo, siempre que su voluntad –real y no sólo formal– sea precisamente esa. Esta propensión "a la revalorización de la calificación contractual hecha por las partes", con la consiguiente "autocontención en la apreciación fraudulenta"[14], no sólo se ha expresado a través de un cambio en la orientación de la jurisprudencia, que se muestra en muchos países más proclive ahora que en el pasado a admitir la validez de lo estipulado, al menos cuando ello no haya quedado claramente desmentido por la observación de sus comportamientos[15]. El afán de poner trabas al desarrollo del trabajo autónomo ha

---

[12] Vid. 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.

[13] En general sobre este fenómeno, vid. W. Sanguineti Raymond, **Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos**, Lima, Ara, 1996, especialmente págs. 65 y sigs.

[14] Sobre las cuales llama la atención F. Pérez de los Cobos, "El trabajo subordinado como tipo contractual", **Documentación Laboral**, Madrid, 1993, núm. 39, pág. 47.

[15] Vid. A. Supiot, op. cit., pág. 41; y F. Pérez de los Cobos, loc. cit., con referencia a la jurisprudencia española e italiana.

conducido en varios países europeos también 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 donde nació esta institución. Dejando de lado la formulación adoptada por sus precedentes, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado en su versión original a través de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, ha optado 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". Como no es difícil de apreciar, 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, de acuerdo con el texto del artículo 1.1 del mencionado cuerpo legal, 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 a 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"[16]. Firmado de este modo el certificado de defunción de la presunción de laboralidad[17], la virtualidad del precepto en cuestión se resumiría, de un lado, en la presunción de la existencia de consentimiento de las partes en los supuestos en que éstas no han tenido ocasión de manifestar su voluntad de obligarse laboralmente[18], y, del otro, en la preferencia legal del contrato de trabajo frente a las demás formas de articulación de la prestación de trabajo subordinado admitidas por el ordenamiento jurídico español[19].

---

[16] M. Alonso Olea y G. Barreiro González, **El Estatuto de los Trabajadores**, Madrid, Civitas, 1991, 3ª edic., págs. 62-63.

[17] Como apunta J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 271.

[18] Como opina S. González Ortega, "La presunción ...", cit., especialmente pág. 808.

[19] Según entiende, de modo complementario, M. Rodríguez-Piñero Royo, **La presunción ...**, cit., pág. 138, con la atención puesta en el empleo público en régimen de Derecho Administrativo.

Hay ordenamientos que han llegado incluso más lejos, al optar por introducir presunciones de signo inverso, en un claro intento de acabar con cualquier restricción que por vía interpretativa pudiera ser impuesta al recurso al trabajo autónomo. Este es el caso de Francia, donde la Ley 94/126, de 11 de febrero de 1994, relativa a la iniciativa y la empresa individual, conocida como Ley *Madelín*, introdujo una presunción *juris tantum* de no laboralidad de las prestaciones o actividades desarrolladas por personas físicas 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 opción que ha sido valorada como una reacción "frente a lo que el legislador ha considerado calificaciones abusivas como laborales de relaciones fronterizas y dudosas, civiles y mercantiles, efectuadas por la jurisprudencia y por los órganos de la Seguridad Social"[20].

Finalmente, en esta línea se inscribe también la reciente delegación de facultades legislativas concedida al Gobierno italiano por la Ley núm. 30, de 14 de febrero de 2003, para la regulación de un procedimiento de "certificación" de la calificación jurídica de las relaciones que tengan por objeto una prestación de trabajo, cuya finalidad no es otra que la de reducir la litigiosidad sobre la materia mediante la aportación de certeza y transparencia a la identificación del *nomen juris* del contrato realizada inicialmente por las partes. Naturalmente, ésta es una institución que solamente tiene sentido si de lo que se trata es de "certificar" la corrección de la opción de partida por figuras distintas del contrato de trabajo[21].

3. ¿Tiene futuro la presunción de laboralidad?

¿Significa lo expuesto en el apartado anterior que la presunción de laboralidad constituye un auténtico anacronismo jurídico, destinado a ser borrado tarde o temprano de la faz de la mayor parte de los ordenamientos laborales?

---

[20] Por J. López Gandía, **Contrato de trabajo y figuras afines**, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pág. 38. Vid también, A Supiot, op. cit., pág. 41.

[21] Con todo, la norma delegante, como seguramente no podía ser de otro modo, permite la impugnación en juicio de la certificación efectuada "en caso de errónea calificación del programa negocial por parte del órgano establecido" a efecto o cuando no exista correspondencia entre "el programa negocial efectivamente realizado por las partes" y el concordado por ellas en sede de certificación. En general sobre el tema, vid. L. Nogler, "Il nuovo istituto de la 'certificazione' dei contratti di lavoro", **Massimario di Giurisprudenza del Lavoro**, Milano, 2003, núm. 3, págs. 110 y sigs.

Naturalmente, a pesar de su raigambre histórica, esta presunción no forma parte del selecto grupo de instituciones que integran lo que puede considerarse el "código genético" del Derecho del Trabajo. Como tal, puede estar o no presente en un ordenamiento concreto, como de hecho ha ocurrido en muchos casos, sin que ello tenga porqué afectar a la naturaleza, carácter o identidad del mismo. La decisión de introducir o mantener una presunción de este tipo responde, desde esta perspectiva, a una concreta opción de política legislativa [22], que puede ser adoptada a partir de la realización de un juicio de oportunidad acerca de la conveniencia de recurrir a ella con el objeto de reforzar la efectividad de las normas laborales [23].

Lo anterior supone que la inserción de la presunción de laboralidad en un sistema concreto, no siendo indispensable, 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 incluso distorsionadora en algunos ordenamientos en los que se registra una tendencia, antes que a la elusión de la legislación laboral, a recurrir a formas no necesariamente simuladas de trabajo autónomo en sustitución del contrato de trabajo, su inclusión puede seguir siendo considerada como una necesidad en aquellos que se ven afectados por un volumen elevado de defraudación abierta de la misma[24].

La necesidad de recurrir o no a la presunción de laboralidad constituye, desde esta perspectiva, un claro índice del grado de madurez alcanzado por el Derecho del Trabajo en un país determinado. Puede decirse, en este sentido, que 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 acepta-

---

[22] J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 292.

[23] Así, desde una perspectiva general, M. Rodríguez-Piñero Royo, **La presunción ...**, cit., pág. 58-59.

[24] De allí que buena parte de los cuestionamientos formulados a nivel doctrinal a la pertinencia de la inclusión de presunciones de este tipo encuentren explicación, antes que en la dogmática de la institución, en la peculiar situación registrada en un ordenamiento concreto. Como muestra de ello pueden verse las observaciones de L. Nogler, "Sull'unutilità delle presunzioni legali relative in tema di qualificazione dei rapporti di lavoro", **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, 1997, I, págs. 311 y sigs. a una propuesta de ley formulada en 1995 por M.'Antona para establecer en Italia una presunción de existencia del contrato de trabajo, a través de la cual no se hacía más que recoger consolidados criterios jurisprudenciales sobre la manera de proceder en la práctica a determinar la existencia de subordinación (ajenos por tanto, al menos en opinión de quien escribe, al establecimiento de una verdadera presunción de laboralidad). Estas observaciones son indesligables de la realidad italiana y la propuesta mencionada.

ción pacífica de su aplicación, así como de la falta de operatividad de los mecanismos tradicionales de exigencia del mismo para hacerle frente, la circunstancia de que en un momento dado se estime innecesario recurrir a ella constituye una manifestación de la fase de madurez alcanzada por esta disciplina, cuyas normas pueden aplicarse por sí mismas con fluidez y sin necesidad de recurrir a medidas de carácter extraordinario[25].

De todas formas, lo que no parece que pueda ponerse en duda es que, a pesar de las múltiples transformaciones experimentadas en las últimas décadas por las formas de organización del trabajo, el presupuesto fáctico sobre el que ha venido descansando la presunción de laboralidad se mantiene plenamente vigente. En la actualidad, a pesar de la tan ponderada expansión del trabajo autónomo y las modalidades flexibles de desarrollo de la actividad productiva, el trabajo subordinado sigue instalado en el corazón mismo del sistema de producción, representando la forma paradigmática de aprovechamiento de los frutos del esfuerzo ajeno, sin que existan además, al menos por el momento, indicios de que este rol pueda verse alterado de forma significativa 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.

II. La necesidad de un rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú y el papel de la presunción de laboralidad

Desvelados los alcances y la función de la presunción de laboralidad, es posible pasar a examinar el papel que ésta se encuentra en condiciones de jugar dentro del ordenamiento laboral peruano. Ello sólo es posible a partir de un balance de la situación por la que atraviesa el cumplimiento de las normas laborales en nuestro país.

A. La falta de eficacia de las normas laborales: un problema crónico del Derecho del Trabajo en el Perú

Si hubiese que elegir un ejemplo claro de una situación en la que resulta aconsejable, debido a la escasa aplicación de las normas laborales vigentes, la introduc-

[25] M. Rodríguez-Piñero Royo, 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.

ción de la presunción de laboralidad, podría optarse sin dudar por la que atraviesa en la actualidad el Derecho del Trabajo en el Perú.

En efecto, si algo caracteriza al presente estado de esta disciplina en nuestro país es, precisamente, su falta de virtualidad. Una falta de virtualidad de la cual es expresión el elevadísimo número de personas que desarrollan labores de indiscutible carácter dependiente sin que les sean reconocidos los beneficios establecidos en su favor por las normas legales y los convenios colectivos. Si bien la estimación de la magnitud de esta "bolsa de incumplimiento" no es una tarea fácil de realizar, debido justamente al carácter oculto o clandestino de estas prácticas, una ponderación no demasiado arriesgada de sus alcances a partir de las evidencias disponibles induce a pensar que, de haberse mantenido la tendencia puesta de manifiesto en los años anteriores, ésta podrá estar en condiciones alcanzar –o incluso superar– en la actualidad el cincuenta por cien de los trabajadores en activo[26].

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 las personas que lo integran está constituida por los denominados por las propias estadísticas laborales como trabajadores "sin contrato". Una categoría de auténticos parias jurídicos a los que no suele reconocerse ningún beneficio laboral[27], cuyas filas no han dejado de crecer en el Perú en los últimos años, al extremo de haberse llegado a afirmar que representa "el grupo más importante en la dotación de personal de la empresa" a lo largo de los mismos[28]. Este tipo de trabajadores se concentra, por lo demás, como era de esperar, especialmente en

---

[26] 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. La demás principales observaciones realizadas en este epígrafe se basan también en los resultados de esta investigación, que pueden ser consultados en las págs. 16-25 de la obra recién indicada.

[27] Según explica M. Pasco Cosmópolis, "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 la hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales".

[28] Así, J. Chacaltana , "Los costos laborales en el Perú", en V. Tokman y D. Martínez (Editores), **Inseguridad laboral y competitividad: modalidades de contratación**, Lima, OIT, 1999, pág. 255.

las empresas de reducidas dimensiones, en las que los costos esperados de incumplimiento de la legislación laboral resultan más bajos, debido a que su elevado número y reducido volumen, así como la situación de aislamiento de los trabajadores, determinan que las probabilidades de detección de las infracciones sean bastante reducidas.

Las situaciones de este tipo no son privativas, con todo, de la pequeña empresa. También muchas sociedades de mediana y gran dimensión han optado en los últimos años por recurrir a maniobras elusivas con el fin de reducir sus costos de personal y reforzar, al menos de forma inmediata, su competitividad. La dinámica defraudatoria, no obstante, no es en estos casos la misma. El hecho de que estas empresas se encuentren expuestas, a causa precisamente de su superior magnitud, a un control político y sindical más intenso, ha determinado que las mismas se hayan visto en la necesidad de recurrir a maniobras de más compleja factura que su mera instalación en el incumplimiento de la legislación laboral para conseguir ese mismo resultado. En concreto, a instrumentos capaces de aportar a las maniobras elusivas al menos una apariencia externa de licitud, que dificulte su examen por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Aquí, a pesar de la existencia a partir de la aprobación del Decreto Legislativo 728 de una amplia gama de modalidades atípicas de contratación susceptibles de ser utilizadas con ese fin (piénsese, por ejemplo, en los convenios para la capacitación en el trabajo, convenientemente deslaboralizados, o en las distintas modalidades de intermediación laboral, todas ellas sujetas a unas exigencias causales sumamente laxas), la figura más empleada ha sido el contrato de locación de servicios, denominado también, especialmente en el ámbito público, de prestación de "servicios no personales"[29]. El recurso a este contrato como mecanismo defraudatorio, tanto en el ámbito privado como en el del Estado, en este caso incluso con mayor magnitud, ha sido en los últimos años masivo, singularmente tratándose del trabajo de los técnicos y profesionales, que disponen de unos márgenes de autonomía organizativa y técnica para la ejecución de la labor susceptibles de ser instrumentalizados con el fin de aparentar la ausencia de subordinación característica de esta modalidad.

[29] Para un examen de las diferentes figuras susceptibles de cumplir esta función defraudatoria dentro de nuestro ordenamiento, vid. F. Elías Mantero, "La 'elusión' de los efectos del contrato de trabajo", **Actualidad Laboral**, Lima, 1988, núm. 268.

Ante un estado de cosas como el que se acaba de describir, resulta evidente cualquier programa de intervención en las relaciones laborales ha de plantearse, como primer y más relevante objetivo, la consecución de un resultado tan elemental e indispensable como es el de garantizar la aplicación de la normativa expedida por el Estado a quienes reúnen los requisitos exigidos para ello. Esto incluso al margen de la valoración que pueda hacerse sobre ella. 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 la mayoría de trabajadores peruanos la condición de sujeto de derechos que las prácticas ilícitas antes descritas han conseguido negarles. La recuperación de la "ciudadanía laboral" se constituye, desde esta perspectiva, como he tenido la ocasión de sustentar en otro lugar, en una de las prioridades básicas –sino la principal– de la política social en el Perú[30].

B. La conveniencia de la inclusión de la presunción de laboralidad como mecanismo de garantía de la aplicación efectiva de la legislación laboral

A pesar de lo expuesto, la legislación laboral peruana no incluye, al menos por el momento, mecanismo alguno dirigido a facilitar a la inmensa cantidad de afectados por actos como los descritos la prueba de la existencia de una relación laboral. La equívoca redacción del artículo 4 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 aquí a confusión. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a que los tres elementos exigidos aquí por el legislador para "presumir" la existencia de un vínculo laboral (prestación de servicios, remuneración y subordinación) coinciden plenamente con los que conforman su individualidad. Tampoco hay, en consecuencia, 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 y la preferencia del legislador por el contrato de trabajo frente a otros regímenes a los que puede estar sujeta la prestación

[30] Vid. "Recuperar la ciudadanía laboral", **Boletín Legal Express,** Lima, Gaceta Jurídica, 2001, núm. 9, pág. 2; y "La recuperación de la ciudadanía laboral: prioridad de la política social", **Análisis Laboral,** Lima, 2002, núm. 304, págs. 53-54.

subordinada de servicios en el Perú, como el de los servidores del Estado o el de los convenios de formación laboral juvenil[31].

Con todo, un importante paso en esta dirección, bien que no representativo de la introducción de una presunción de laboralidad en sentido estricto, ha sido dado por el anterior Gobierno de Transición con ocasión de la aprobación del Decreto Supremo 020-2001-TR. En efecto, consciente de la difícil situación en la que se debatía ya entonces del Derecho del Trabajo en el Perú, el Ejecutivo aprovechó la ocasión abierta por la aprobación a través de esta norma del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo para regular de la manera más expansiva posible los alcances del principio de "primacía de la realidad", consagrado por esta última. Para ello dispuso en su artículo 9 que, en aplicación del mismo, la existencia de un vínculo laboral debía ser presumida *juris tantum* por quienes desarrollan la función inspectora en cualquiera de las siguientes cuatro situaciones: a) cuando el trabajador realiza una labor o presta servicios en un cargo similar o equivalente al de otro trabajador que si aparece registrado como tal en las planillas de pagos de la empresa; b) cuando el practicante o joven contratado en régimen de formación laboral juvenil continúa realizando la misma labor que desempeñaba con anterioridad una vez vencida la duración de la relación especial de carácter formativo; c) cuando el trabajador desarrolla labores propias de un puesto de trabajo que ha sido calificado como laboral o de carácter subordinado por norma expresa; y d) cuando se perciben los elementos esenciales de un contrato de trabajo, y en especial la subordinación, a través de signos exteriores visibles, como la existencia de un horario, el dictado de órdenes o la imposición de sanciones.

Sin negar la inmensa utilidad que posee esta disposición para el combate a la evasión fraudulenta de la legislación laboral, debe observarse inmediatamente que la misma no introduce en realidad presunción alguna vinculada con la laboralidad de las relaciones a las que asigna esta calificación. Ello resulta meridianamente claro tratándose del cuarto y último de los supuestos mencionados, en la medida en que lo que por su intermedio se declara es el carácter laboral de aquellas relaciones

[31] Además de este tímido efecto presuntivo, el precepto posee una finalidad extraña a la materia que nos ocupa, en tanto que vinculada con el reforzamiento de la exigencia de forma escrita para la válida celebración de los contratos de trabajo "sujetos a modalidad" contenida en el artículo 72 del mismo cuerpo legal. Esta se instrumenta a través de la simultánea indicación de que, a falta de señalamiento expreso en contra a través de documento escrito, el contrato de trabajo se presume celebrado "a plazo indeterminado".

en las que, aunque de forma indirecta y a través de la presencia de elementos indiciarios especialmente significativos, es posible apreciar de todas formas la concurrencia de la totalidad de los elementos necesarios para la existencia de un contrato de trabajo, incluida la subordinación. Algo semejante puede decirse, de todos modos, de las demás situaciones contempladas por el precepto. Así, la primera y la tercera no constituyen sino dos supuestos más de determinación de la presencia de las notas características de la laboralidad, solamente que a través de la apreciación de la identidad de la labor o los servicios desarrollados por el trabajador respecto de otras relaciones a las que el propio empleador o el legislador han conferido de forma expresa esa calificación. En la segunda, en cambio, lo que ocurre es que nos encontramos en realidad ante la conversión *ex lege* de un contrato al que inicialmente se ha atribuido naturaleza formativa en otro de trabajo, por haber superado la prestación de servicios el período máximo dentro del cual se admite su exclusión del terreno de la laboralidad por tal razón.

En ninguno de los cuatro casos examinados, pues, se considera probada la relación de trabajo en ausencia de referentes claros y concluyentes, por más indirectos que pudieran ser, de su existencia. Es decir, a partir de un mero juicio de probabilidad abstracta a partir de un solo indicio, como es preciso que ocurra para poder hablar de una auténtica presunción de laboralidad. La relación de situaciones contenida en el artículo 9 del Decreto Supremo 020-2001-TR resulta, por ende, útil para hacer frente a los casos más claros –e incluso puede decirse que descarados– de evasión de la legislación laboral. Pero no permite, en cambio, solventar aquellas hipótesis más complejas y sibilinas de fraude en la contratación, cuya dificultad radica, precisamente, en que no existe la posibilidad, ni de recurrir a los tradicionales indicios de la existencia de subordinación, ni de ampararse en la calificación "auténtica" conferida a situaciones similares por el empleador o la ley[32].

Es para hacer frente a este tipo de hipótesis que resulta de la máxima importancia proceder, de forma paralela a la introducción de una serie de medidas de distinto signo dirigidas a fomentar un mayor cumplimiento de la legislación laboral por el sector empresarial peruano, a incluir en nuestro ordenamiento jurídico una presunción de laboralidad. Ello contribuiría además a poner fin al clima de impunidad en

[32] La virtualidad del artículo 9 del Decreto Supremo 020-2001-TR termina por ser, de este modo, esencialmente la de identificar aquellos supuestos en los que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, cabe entender que concurren los elementos propios del contrato de trabajo, así la relación no haya sido calificada de ese modo por las partes o han merecido una calificación distinta.

el que en la actualidad se mueven quienes llevan a cabo este tipo de prácticas elusivas, transmitiéndoles un mensaje claro y contundente: cualquier persona que sea incorporada a la producción ha de ser considerada trabajador dependiente si no se consigue demostrar de forma fehaciente que esa condición no le corresponde en Derecho.

III. La presunción de laboralidad en el Proyecto de Ley General de Trabajo

A la luz de las consideraciones que se acaban de formular, 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 la inequívoca voluntad de los mismos 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 de diversos mecanismos de fomento de su aplicación efectiva. La presunción de laboralidad no es sino la punta de lanza de todos ellos.

A. La preocupación del Título Preliminar por la efectividad de las normas laborales y sus distintas manifestaciones

La redacción del Título Preliminar del Proyecto de Ley General de Trabajo trasluce una clara voluntad de promover por diversas vías el acatamiento de la legislación laboral.

Esta voluntad se manifiesta, antes que nada, a través de la consagración expresa del principio de primacía de la realidad, tanto por el artículo XI, que lo incluye entre los denominados "principios del ordenamiento laboral", añadiendo que el mismo obliga a "preferir los hechos sobre las formas y las apariencias", como por el artículo I, que proclama la aplicación de esta norma al conjunto de "prestaciones personales, subordinadas y remuneradas de servicios, nacidas de un contrato verbal o escrito, cualquiera fuera la denominación o modalidad de éste".

El propósito de hacer prevalecer el comportamiento de las partes sobre los documentos suscritos por éstas, que es tanto como primar su voluntad real frente a la simulada[33], se ve acompañado de la introducción de algunas precisiones norma-

[33] Como afirma J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit, pág. 272.

tivas relacionadas con la naturaleza y el contenido de los elementos esenciales del contrato de trabajo, cuya presencia contribuye de forma relevante a facilitar la demostración de su existencia.

Especialmente significativa a estos efectos resulta la caracterización de las prestaciones subordinadas de servicios como "aquellas en las que el trabajador se desenvuelve dentro del ámbito de organización y dirección del empleador", que es llevada a cabo por el artículo III. Mediante el empleo de esta fórmula, cuya fuente se encuentra en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores de España, se desecha la posibilidad de proporcionar un concepto jurídico acabado de la subordinación jurídica característica del contrato de trabajo, cuya exhaustividad se vería seguramente desmentida por la realidad, y se opta por acudir a una noción meramente descriptiva y referencial de este elemento, basada en su configuración como un poder jurídico y no de hecho, que se ejerce normalmente en un marco organizativo global y no de forma aislada. Ello permite superar la concepción rígida y dogmática, basada en el ejercicio inmediato y directo de los poderes disciplinario y de dirección, presente en la actualidad en el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuya aplicación irreflexiva es capaz de conducir a una marcada restricción del espacio de actuación de la legislación laboral.

A ello se suma la aclaración expresa de que la presencia de ciertos elementos de hecho, como "la duración de la relación laboral, la concurrencia al centro de trabajo, la extensión de la jornada de trabajo o el número de empleadores" no constituyen "elementos esenciales para calificar una relación como laboral", aunque puedan servir "como indicios de su existencia", que es llevada a cabo a continuación por el artículo IV. Con ello no sólo quedan definitivamente desplazadas viejas tesis que vieron en tales circunstancias requisitos para la existencia del contrato de trabajo, sino que se apuntala la idea de que el razonamiento que hay que realizar para determinar la presencia de un vínculo laboral es uno de carácter tipológico y no de subsunción conceptual[34].

Finalmente, la preocupación por la efectividad del Derecho del Trabajo se aprecia en la declaración por el artículo XI.8, como otro de los "principios del ordenamiento laboral", del denominado de "fomento de la formalidad", en aplicación del cual

[34] Sobre el método tipológico y la consideración de la subordinación como un tipo contractual, vid. F. Pérez de los Cobos, "El trabajo subordinado ...", cit., págs. 37-42; y L. Nogler, "Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato", **Rivista Italiana di Diritto del Lavoro**, 1990, I, págs. 18 y sigs. Asimismo, en la doctrina latinoamericana, D. Rivas, **La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo**, Montevideo, FCU, 1999, págs. 173–179.

se "permite al Estado verificar el cumplimiento de lo previsto por el ordenamiento laboral, como requisito para contratar con el sector público o acceder a determinados beneficios, incentivos o licencias". Un principio que propicia la introducción de medidas de carácter público complementarias a las puramente laborales, que incrementen el costo de oportunidad del incumplimiento de la legislación de trabajo y sirvan a la vez de aliciente y recompensa para quienes las acatan.

Pero el mecanismo de promoción de la formalización de las relaciones laborales por excelencia introducido por el Proyecto está constituido por la presunción de laboralidad, de cuyos alcances nos ocuparemos inmediatamente.

B. ¿No una sino dos presunciones de laboralidad? La conveniencia de unificar los dos supuestos previstos por el artículo V

El texto del artículo V del Proyecto introduce algunas innovaciones de importancia respecto de las formulaciones más tradicionales de la presunción de laboralidad presentes en diversos ordenamientos. La más importante de todas está constituida por la duplicación de los supuestos en los que la misma resulta operativa. En efecto, como es fácil de advertir, lo que a través de dicho artículo se introduce no es una única presunción de laboralidad sino dos, independientes en principio una de la otra. Así, si en su parte inicial la norma señala que "se presume que toda prestación personal y remunerada de servicios es subordinada", ésta aseveración viene complementada inmediatamente después por la expresa 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", como los denomina el propio artículo V, se limita exclusivamente a la indicación, que es hecha a continuación, de que "la carga de la prueba" corresponde siempre al empleador.

Una primera lectura del contenido de este artículo induciría 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 configuración ordinaria de la institución a la singular tipología de actuaciones defraudatorias que se registran en nuestro medio, de la cual se ha dado cuenta en el acápite precedente. Desde esta perspectiva, las dos presunciones antes referidas estarían dirigidas a hacer frente a los dos tipos de actuaciones elusivas de la laboralidad más extendidos en la realidad de nuestras relaciones laborales: la celebración de contratos de locación de servicios para la atención de labores de carácter dependiente y la constitución de relaciones laborales de hecho, a las que excluye de forma arbitraria de la legalidad.

La primera de las presunciones serviría para desmontar la validez de la suscripción fraudulenta de los contratos civiles recién mencionados, recurriendo para ello al expediente de entender probada, a partir de la mera prestación de los servicios, la existencia de subordinación, que es el elemento diferencial del contrato de trabajo cuya presencia es negada en estos casos. La segunda, en cambio, estaría dirigida a encarar la singular problemática planteada por las relaciones de facto, valiéndose de la realización de la labor "al interior de un centro de trabajo" para entender demostrada la celebración de un contrato de trabajo o –en palabras de la norma– "la existencia de un vínculo laboral".

De ser correcta esta lectura de la norma, nos encontraríamos delante de dos presunciones de laboralidad totalmente diferentes, en la medida en que, partiendo de presupuestos fácticos distintos (la prueba de una "prestación personal y remunerada de servicios", en un caso, y de la prestación de "un servicio al interior de un centro de trabajo, en el otro), llegan a consecuencias también disímiles (la consideración de la prestación de servicios como "subordinada", sin pronunciamiento alguno en torno al vínculo existente entre las partes, y la existencia de un contrato de trabajo, respectivamente).

Esta bienintencionada interpretación tropieza, empero, con un decisivo inconveniente. Si se pasa revista con atención a la formulación de los hechos base de ambas presunciones, es posible advertir que el previsto para la primera abarca, en su amplitud, al incluido en la segunda. Es decir, la "prestación de un servicio al interior de un centro de trabajo" prevista como condición para presumir la existencia de un "vínculo laboral" constituye un supuesto claro de "prestación personal de servicios". Y, como tal, resulta incardinable en el espacio de la presunción de existencia de subordinación. La única diferencia entre ambos supuestos radicaría en la presencia de una remuneración, que no es exigida, al menos de forma expresa, por la segunda de las presunciones. Este elemento, sin embargo, se encuentra sin duda implícito en la onerosidad que acompaña a la idea misma de prestación de servicios al interior de un centro de trabajo prevista por el legislador[35].

Si lo anterior es exacto, cabría preguntarse cuál es el sentido –y la utilidad– de la segunda presunción, toda vez que ya las prestaciones de servicios aludidas por ella pueden ser consideradas, en aplicación de la primera, como prestaciones de

[35] Como es evidente, el ámbito en el que con menores dosis de razonabilidad podemos presumir la existencia de servicios benévolos o prestaciones de carácter familiar es el del trabajo en la empresa.

servicios dotadas del decisivo atributo de la subordinación[36]. En principio, aplicando el texto del precepto, ese efecto sería el de presumir la existencia de un vínculo laboral. Es decir, la existencia de un contrato de trabajo. No obstante, siendo posible considerar probados de antemano, en virtud de la primera, todos los elementos esenciales del mismo, el único efecto real –y la única utilidad– de esta presunción sería la de considerar presente el consentimiento para obligarse a través de una relación cuyo carácter laboral ha quedado definido por aplicación de otros preceptos.

La virtualidad de demostrar que los servicios se prestan al interior de un centro de trabajo no sería, de este modo, más que la de acreditar la existencia de consentimiento. Y, además, sólo en el caso de que se trate de una relación laboral puramente fáctica o de hecho, que hiciese necesario presumir que éste se ha manifestado de forma tácita. En cambio, si lo que existiese fuese la simulación de una relación contractual de naturaleza civil o mercantil para ocultar la voluntad real de celebrar un contrato de trabajo, el efecto de la presunción sería nulo, toda vez que, demostrada la existencia de una prestación subordinada de servicios, la existencia de un contrato de trabajo se deduciría, sin necesidad de presunción alguna, de la aplicación de la regla del artículo I del Proyecto, que proclama la aplicación de la legislación laboral a las prestaciones de este tipo, "cualquiera fuera la denominación o modalidad" del contrato que éstas hubieran podido celebrar.

A la luz de lo expuesto, no es posible dejar de preguntarse si no hubiese sido más adecuado a los efectos tutelares perseguidos por el precepto proceder a unir directamente el hecho base de la primera presunción (la existencia de una prestación personal de servicios) con la consecuencia asumida por la segunda (la existencia de un contrato de trabajo o relación laboral), al estilo de las formulaciones

[36] Otra posibilidad interpretativa sería la de entender que existen diferencias entre la "prestación de servicios" –en plural– a la que se refiere la primera presunción, y la "prestación de un servicio" –en singular– aludida por la segunda. Por ejemplo, por vincularse la primera con una prestación de actividad y la segunda con una de resultado. O por tener la primera expresión alcance general y la segunda ser específica. Semejante interpretación debe ser descartada de plano. Antes que nada porque contradice la formulación del artículo 1 del propio Proyecto, según el cual es objeto del contrato de trabajo la "prestación de un servicio". Esto no puede significar otra cosa que, usando el singular o el plural, la intención del legislador ha sido la de hacer referencia siempre a una prestación de actividad y no de resultado, y además no necesariamente acotada en cuanto a su objeto. Es más, si a lo que se aludiese en el segundo caso fuese a una prestación de resultado, la presunción misma perdería todo sentido, al pasar a ser claramente "contrafáctica". En consecuencia, al margen de su ligeramente distinta formulación, no es posible entender sino que el Proyecto se refiere al mismo tipo de prestación en los dos casos examinados.

clásicas de la institución[37]. Presumir con carácter general respecto de las prestaciones de actividad la existencia de subordinación, limitando a continuación la deducción de la existencia de un contrato de trabajo sólo a un sector de aquellas, pese a que en realidad esto último no es sino una consecuencia de lo primero, no sólo parece artificioso sino que pudiera incluso llegar a resultar distorsionador.

C. La controvertible relevancia del carácter remunerado de los servicios

En estrecha conexión con lo que se acaba de señalar, debe indicarse también que la presencia dentro del hecho base de la presunción de la exigencia de que la prestación de servicios, además de personal, sea "remunerada" puede resultar contraproducente a los efectos perseguidos por la norma. Ello, antes que por cualquier otra razón, debido a la "distinta condición del elemento retributivo" respecto de los demás que integran el contrato de trabajo[38]. Mientras la demostración de la existencia de una prestación de servicios e incluso de la propia subordinación son en última instancia, como se ha afirmado, "cuestiones de hecho, que se producen o no", la presencia de retribución es más bien una consecuencia de las anteriores, de forma tal que la circunstancia de que no se haya dado en la realidad no impide que pueda existir el derecho a la misma[39]. Es por ello que, conforme he tenido la ocasión de indicar en otro lugar, para determinar la presencia del elemento retribución indispensable para poder hablar de un contrato de trabajo, no debe prestarse atención necesariamente al hecho de su percepción efectiva, sino al carácter con el que los servicios son prestados, debiéndose entendérsela presente cada vez que los mismos sean prestados a título oneroso y no de forma desinteresada o en virtud de un nexo de distinta naturaleza al laboral[40]. Si concurren, pues, los demás elementos

---

[37] Un buen ejemplo de ello está representado por el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo argentina, de acuerdo con el cual "el hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de contrato de trabajo, salvo que por las circunstancias, las relaciones o las causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales para caracterizar el contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado calificar de empresario al trabajador". Una propuesta basada en este diseño, puede verse en W. Sanguineti Raymond, **El contrato de locación de servicios ...**, cit., 1ª edic., pág. 348. Vid. también "La presunción legal para la defensa de los derechos del trabajo", **Cuadernos Laborales**, Lima, 1987, núm. 43, págs. 26-27.

[38] Sobre la cual llama la atención González Ortega, "La presunción ...", cit., pág. 806.

[39] González Ortega, loc. cit.

[40] Vid, con mayor amplitud, **El contrato de locación ...** , cit., 2ª edic., pág. 118.

del contrato de trabajo, la retribución ha de prestarse, salvo que se pruebe que ésta no es obligada por existir un ánimo de donación del trabajo o servicio[41].

Frente a ello, la exigencia de la presencia de la retribución parece dar a entender que su falta de pago por incumplimiento del sujeto obligado implica o determina la inexistencia de una relación laboral. Una consecuencia que, además de absurda y con toda seguridad no querida por los autores de la norma, "contraviene el espíritu de una auténtica presunción de laboralidad", cuya función es la de "posibilitar que quien desee alcanzar el reconocimiento judicial de la existencia de un contrato de trabajo pueda obtenerlo probando la veracidad de su trabajo para otro, en la medida en que éste último no consiga desvirtuar la presunción"[42]. De allí que lo más conveniente parezca suprimirla, recurriendo una vez más a las formulaciones tradicionales de la presunción de laboralidad, que prescinden de ella.

D. La necesidad de disciplinar los alcances de la prueba en contrario

A ésta caracterización convendría que fuese añadida, finalmente, una referencia más precisa al contenido de la prueba en contrario a aportar por el sujeto al que se haya atribuido de forma presunta la condición de empleador. Ésta es una cuestión que no es abordada sino de forma genérica por el artículo V, que se limita a indicar, como ya se ha visto, que "la carga de la prueba en ambos supuestos corresponde al empleador".

Optar por una redacción tan abierta de los medios de defensa frente a la presunción trae consigo un riesgo importante de que su efectividad pueda verse disminuida o incluso desvirtuada mediante la admisión incontrolada de cualquier tipo de prueba en contra, basada en la alegación del carácter formalmente no subordinado de los servicios cuya prestación se ha conseguido probar. Este riesgo podría ser en buena medida conjurado si se optase por suministrar al juez y al intérprete indicaciones más precisas en torno al sentido de la prueba en contra a la que puede recurrirse en estos casos. Ello no es en el fondo difícil de realizar, toda vez que, demostrado el supuesto base de la presunción, la defensa de quien niega para sí la calificación de empleador no puede si no apoyarse, aparte en su falta de veracidad, en una de las dos siguientes circunstancias: o que los servicios no han sido presta-

[41] Ibídem, pág. 897.

[42] J. Luján Alcaraz, **La contratación privada ...**, cit., pág. 285.

dos a título oneroso, por tratarse en realidad de servicios benévolos o de carácter familiar, o que el sujeto que los desarrolla es en realidad un trabajador autónomo, que lleva a cabo su actividad profesional o productiva –por emplear la redacción del artículo III del Proyecto– fuera –en lugar de "dentro"– del "ámbito de organización y dirección" del presunto empleador, contando para ello con una organización de medios propios y asumiendo el riesgo y ventura de su actividad[43].

La especificación de estas circunstancias contribuiría a dotar de mayor objetividad a la aplicación de la presunción, "blindándola" frente a posibles interpretaciones distorsionadoras y contribuyendo con ello a que su finalidad pueda verse alcanzada.

[43] Más preciso sería, al menos para quien escribe, indicar también que el trabajador se compromete en estos casos a proporcionar un resultado –o una serie de resultados– de su actividad en lugar de esta misma. Ello en razón de la ligazón esencial que, entiendo, existe entre los elementos autonomía y ejecución de obra (lo mismo que entre prestación de servicios y subordinación, como indique en *supra* nota 4). Esta caracterización del contenido de la promesa de trabajo no es la que informa, sin embargo, el contenido global del Proyecto, por lo que no parece razonable postular su transpolación aislada aquí.