

23.2 > 4

**A PROPÓSITO DE LA PRESUNCIÓN DE
LABORALIDAD REGULADA EN LA NUEVA LEY
PROCESAL DEL TRABAJO, LEY N° 29497**

**EXTENDIENDO EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN
DEL DERECHO DEL TRABAJO**

WILLY MONZÓN ZEVALLOS⁽¹⁾

I. RESUMEN

La Ley N° 29497⁽²⁾ modificó el anterior diseño procesal laboral, y en su artículo 23.2 incluyó una nueva presunción de laboralidad, la cual va más allá de los parámetros establecidos por el artículo 4 de la norma sustantiva⁽³⁾; ya que presume

(1) Abogado Asociado al Área Laboral y de Seguridad Social del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya.

Exdocente universitario en las asignaturas de Derecho Individual del Trabajo y Derecho Procesal del Trabajo en la Universidad Andina de Cusco.

(2) Nueva Ley Procesal del Trabajo entró en vigencia el 15/07/2010 en el Distrito Judicial de Tacna, y se implementó en los demás distritos judiciales de Perú en forma progresiva de acuerdo a las siguientes Resoluciones Administrativas: N° 232-2010-CE-PJ, N° 141-2010-CE-PJ, N° 182-2010-CE-PJ, N° 124-2011-CE-PJ y N°023-2012-CE-PJ.

(3) D.S. N° 003-97-TR. Texto Único Ordenado del D.Leg. N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado, únicamente si se acredita la prestación personal de servicios, hecho que genera contradicción respecto de los elementos que deben concurrir para la configuración de la relación laboral, e indirectamente, amplía el ámbito de protección del derecho del trabajo a prestaciones no laborales, protección que no está prevista en la norma sustantiva laboral.

II. INTRODUCCIÓN

A partir de la vigencia de la Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT) se estableció en su artículo 23.2, la presunción de laboralidad, que únicamente considera necesario que el prestador de servicios que demande el reconocimiento de vínculo laboral acredite previamente solo la ejecución de la prestación personal de servicios, lo cual demuestra que la norma procesal va más allá de lo establecido por la norma sustantiva, contraviniendo el mandato del artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), el cual establece que se configura el contrato de trabajo a plazo indeterminado cuando se ejecuta la prestación de servicios de manera personal, remunerada y principalmente subordinada.

La norma sustantiva laboral vigente es enfática al precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada únicamente cuando además de la prestación personal del servicio y la remuneración se acredita la configuración de la subordinación como elemento diferenciador de los servicios laborales, frente a cualquier otra clase de servicios; la norma legal sustantiva se refiere a la configuración de la subordinación personal (subordinación jurídica), mas no así a la subordinación funcional, motivo por el cual resulta bastante singular que una norma adjetiva incluya vía presunción un supuesto por el cual se configure la relación laboral, hecho que obviamente amplía la protección del derecho del trabajo.

III. EL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS ELEMENTOS (ART. 4 DE LA LPCL)

EL Código Civil peruano en su artículo 1532 define al contrato en general, como una de las principales fuentes de las obligaciones. Por su parte, el profesor Cabanellas precisa que el contrato “es todo pacto, ajuste o convenio estipulado

entre partes que se obligan a dar, hacer, o no hacer una cosa”⁽⁴⁾; es así que en el contrato de trabajo, las obligaciones que se generan para las partes son de dar o de hacer; sin embargo, considero que también se generan obligaciones de no hacer; por ejemplo, cuando las partes acuerdan que el trabajador queda prohibido de brindar información del empleador, a la cual acceda por la naturaleza de sus servicios o cuando se pacta la exclusividad de la prestación.

Por su parte Etcheberry Parés considera que el contrato de trabajo es una convención: “esto es un acuerdo de voluntades, libre y espontáneo, que crea derechos y obligaciones para ambas partes”⁽⁵⁾; el referido autor distingue dos obligaciones básicas: i) la prestación de servicios personales y ii) el pago de la remuneración. Adicionalmente, precisa que también se generan “obligaciones materiales, como éticas, que deben cumplirse en la ejecución del contrato de trabajo configurando a criterio del autor el contenido ético-jurídico del contrato de trabajo entre las que podemos mencionar el deber de confidencialidad, la obligación de seguridad, la obligación de obediencia, de respeto mutuo, entre otras”⁽⁶⁾.

En consecuencia, es a raíz de la celebración del contrato de trabajo, ya sea en forma verbal o escrita cuando así lo establece la ley, que nace la relación laboral. Sin embargo, si revisamos nuestra legislación laboral vigente, no existe norma expresa que defina al contrato de trabajo, la única norma legal que contiene una precisión al respecto incluso como presunción, es el artículo 4 de la LPCL, que dice: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. El artículo citado, si bien no define el contrato de manera expresa, establece sus tres elementos constitutivos.

La LPCL, de manera detallada, trata de definir los elementos del contrato de trabajo. Es así que en su artículo 5⁽⁷⁾ precisa como debe ejecutarse la prestación personal, en su artículo 6⁽⁸⁾ precisa cuando el pago por los servicios prestados configura remuneración y en su artículo 9 establece los alcances que la subordinación genera en la prestación de los servicios remunerados. Por tanto, no

(4) CABANELLAS, Guillermo. *Derecho del trabajo y sus contratos*. Talleres Gráficos Enrique L. Frigerio e Hijo, Buenos Aires, 1945, p. 257.

(5) ETCHEBERRY PARÉS, Francois. *Derecho individual del Trabajo*. 2ª edición revisada y actualizada, Abeledo-Perrot Legal Publishing Chile, 2011, p. 65.

(6) *Ibíd.*, p. 66.

(7) Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural.

(8) Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera que sea su denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición.

queda duda que de acuerdo a la LPCL únicamente existirá contrato de trabajo, y por tanto relación laboral, cuando de manera conjunta concurren los tres elementos descritos en el artículo 4, principalmente la subordinación, ya que de lo contrario estaríamos ante una relación de trabajo independiente.

IV. SUBORDINACIÓN, ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Teniendo en cuenta que el artículo 9 de la LPCL determina los efectos de la subordinación y a su vez los alcances del poder de dirección del empleador, es evidente que la subordinación como elemento objetivo del contrato de trabajo es una nota característica y fundamental para la configuración de este negocio jurídico, ya que sin este elemento, que distingue el contrato de trabajo de otros contratos de prestación de servicios, podríamos encontrarnos ante relaciones de naturaleza no laboral, siendo necesario que exista por parte del empleador un poder jurídico de mando frente a un deber de obediencia por parte del prestador de servicios.

Como referimos líneas anteriores, el artículo 4 de la LPCL establece la presunción de existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado cuando concurren los tres elementos ya citados; siguiendo a De Buen, “la intención del precepto es obvia. Se trata de conceder a quien presta un servicio personal una ventaja: salvo que el patrón demuestre lo contrario, toda prestación de servicio será laboral”⁽⁹⁾. En consecuencia, para que esta presunción configure un hecho cierto, necesariamente el prestador de servicios deberá acreditar que estos fueron ejecutados bajo subordinación, ya que de lo contrario podríamos encontrarnos ante una relación de naturaleza autónoma independiente.

Respecto la subordinación, Ugarte Cataldo refiere que en “el origen de la legislación social –antecedente inmediato del Derecho del Trabajo– no aparece nada ni en las normas ni en los que hablan sobre las normas que se llame subordinación o dependencia jurídica”⁽¹⁰⁾ el autor manifiesta que “la segunda revolución industrial, intentando mejorar a específicos grupos de trabajadores (...) tienen en común la explotación de que son objeto”⁽¹¹⁾. Es así que se formula la siguiente

(9) DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajo*. Segundo tomo, Vigésima segunda edición actualizada, Editorial Porrúa, México, 2010, p. 42.

(10) UGARTE CATALDO, José Luis. *El nuevo Derecho del Trabajo*. 3ª edición. Abeledo-Perrot Legal Publishing Chile, 2011, p. 21.

(11) *Ibidem*, p. 21.

pregunta: ¿cómo llega, en ese escenario, la subordinación a transformarse en la noción cardinal del Derecho del Trabajo?

La respuesta del mismo autor es sencilla: “No llega, sino que nace con el Derecho del Trabajo. Mientras no aparece aquella tampoco existe aquel”⁽¹²⁾; la subordinación cumple la función de dotar de autonomía al Derecho del Trabajo. El autor cita a Rivas que explica: “Mientras que lo característico de la *locatio operis* era el dar *aliquid faciendum* del trabajador que se obligaba a la ejecución de una obra, pudiéndose tratar de una cosa o un servicio (custodia o transporte de cosas o personas, así como en particular las *operae liberaes*) la *locatio operarum*, se caracteriza por la disponibilidad de la fuerza de trabajo del trabajador a favor del empleador, es decir, por la actividad laboral en sí misma”⁽¹³⁾.

Sin perder de vista lo anterior, Supiot, al referirse a la subordinación, considera que “Subordinado es aquel que se halla sometido a una orden. Sin embargo, esto no dice nada acerca de la naturaleza de dicha orden. La orden puede ser la estructura que identifica una organización y que le permite perdurar en su seno. Pero la orden puede ser también el mando, la expresión de una voluntad que se impone a otro. En el primer sentido la subordinación designa un vínculo de pertenencia; en el segundo, un vínculo de obediencia (...). El contrato de trabajo fue siempre el punto de tensión entre estos dos aspectos de la subordinación”⁽¹⁴⁾.

Con relación a la subordinación, es importante tener en cuenta el criterio de Supiot, quien considera que este elemento consigna: i) un vínculo de dependencia (subordinación funcional resultante de la integración a una organización) y ii) también un vínculo de obediencia (subordinación personal resultante de la sumisión a otro) por el cual se genera la subordinación jurídica “(...) que caracteriza al asalariado por su sumisión personal a las órdenes y directivas del empleador”⁽¹⁵⁾. Es en atención a estas formas de subordinación, que más adelante precisaremos la subordinación que reconoce la norma procesal laboral al regular la pretensión de laboralidad objeto de análisis.

Oscar Ermida Uriarte y Oscar Hernández Álvarez precisan que “el concepto de subordinación como factor fundamental para la determinación del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, fue propuesto (...) por Ludovico Barassi⁽¹⁶⁾ en

(12) *Ibidem*, p. 21

(13) *Ibidem*, p. 23.

(14) SUPIOT, Alain. *Derecho del Trabajo*. 1ª edición, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pp. 70-71.

(15) *Ibidem*, p. 72.

(16) Abogado, jurista y laboralista italiano cuya obra es considerada importante tanto en el desarrollo del Derecho del Trabajo como en el Derecho Civil. Barassi introdujo la idea de que las leyes laborales eran aplicables

su libro *Il Contratto di Lavoro nel Diritto Positivo Italiano* (...). Barissi definió la subordinación como la sujeción plena y exclusiva del trabajador al poder directo y de control del empleador⁽¹⁷⁾. Sin embargo, consideran que también son determinantes para la aplicación del derecho del trabajo la ajenidad, la inserción del trabajador en la organización empresarial la subordinación económica, la parasubordinación y la autonomía colectiva.

De las figuras referidas me interesa ahondar en la subordinación económica (funcional), concepto que según Ermida y Hernández ya fue tratado por autores clásicos como Capitant, Durand, Deveali, De la Cueva y Caldera. Asimismo, Ermida y Hernández señalan que la subordinación jurídica es el "(...) elemento más característico, dentro del cuadro de las relaciones de derecho del trabajo"; por su parte Caldera precisa que: "hay situaciones en que, siendo difícil demostrar su existencia, el caso se resuelve fácilmente hallando la dependencia económica, siempre que la remuneración que la determina se perciba como contraprestación de una típica y simple prestación personal de servicios"⁽¹⁸⁾.

Si bien los mismos autores reconocen la existencia de la dependencia económica (funcional), también manifiestan que esta no puede por sí sola y en forma absoluta ser un criterio para determinar el ámbito de aplicación del derecho del trabajo; por tanto, pese a las innovaciones tecnológicas y a las nuevas formas de prestación de servicios personales; nuestra legislación sustantiva laboral, por el momento, exige para la configuración de un contrato de trabajo, que concorra de forma imprescindible la subordinación personal (jurídica) como elemento diferenciador del contrato de trabajo frente a cualquier otra forma de prestación de servicios.

En atención a las precisiones que sobre la subordinación se analizaron, es evidente que la LPCL en su artículo 9 adopta la subordinación personal, la cual se consagra en la subordinación jurídica, que se caracteriza porque el trabajador se encuentra sometido en forma personal a las órdenes que imparte el empleador en ejercicio de su poder de dirección. Este criterio lo podemos encontrar incluso en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Poder Judicial y el Tribunal Fiscal, organismos que acogen la subordinación jurídica, por ejemplo en:

al trabajo subordinado y que debían estar bajo la dirección del dador del trabajo, en contraposición a la organización del trabajo por el propio trabajador, que caracteriza el trabajo autónomo.

- (17) ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. "Crítica a la subordinación". En: *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano* [en línea] (2013) en Biblioteca Jurídica Virtual UNAM: Consulta: 3 setiembre 2013. p. 272 <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1090/16.pdf>>.
- (18) CALDERA, Rafael. Citado por ERMIDA URIARTE, Oscar y HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Oscar. Ob. cit. p. 288.

STC N° 1944-2002-AA/TC, Casación N° 1760-97-Libertad, Casación N° 1507-2004-Lima, RTF N° 00157-2-2002 y RTF N° 01023-4-2005.

V. EL DERECHO Y OBLIGACIÓN DE PROBAR

Teniendo en cuenta que el artículo 4 de la LPCL precisa los elementos que configuran el contrato de trabajo, en la práctica muchas veces se encubren prestaciones de servicios dependientes bajo distintas figuras que se encuentran fuera del ámbito de protección del derecho del trabajo; es entonces que el prestador de servicios (en realidad trabajador dependiente) se ve en la necesidad de acudir ante el órgano jurisdiccional para que a través de un proceso judicial se declare que la prestación de sus servicios personales en realidad es o fue subordinada; por lo cual, en observancia de la norma referida, se hace indispensable que aquel pruebe la configuración de los elementos del contrato de trabajo.

Nuestra Constitución en su artículo 139 reconoce la garantía al debido proceso; es así que, entre otras, se enmarca dentro de la garantía referida el derecho a probar en juicio; por tanto, toda persona que solicite al órgano jurisdiccional que se declare a su favor una determinada pretensión, con la finalidad de demostrar sus afirmaciones se encuentra plenamente facultada para ofrecer los medios de prueba que estime convenientes, los cuales deberán ser debidamente valorados por el juzgador, sirviendo estos de sustento a su decisión; el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a probar en las SSTC N°s 2333-2005-HC⁽¹⁹⁾ y 6712-2005-HC⁽²⁰⁾; entre otras.

Teniendo en cuenta que el derecho a probar configura una garantía constitucional, las normas procesales también establecen que a efectos de un proceso es una obligación probar los hechos que sustentan una pretensión o la contradicción de esta, es así que el artículo 196 del Código Procesal Civil (en adelante CPC) establece expresamente que: "Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos". Por lo tanto, la norma procesal general

- (19) F.J. 25. [E]l derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, que como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho.
- (20) F.J. 15. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

ya determina la exigencia de la carga de la prueba, y sanciona la improbanza de la pretensión declarando infundada la demanda⁽²¹⁾.

Respecto la carga de la prueba, Pasco Lizárraga cita a Arévalo Vela, quien expone con claridad que: “La carga de la prueba es la obligación que tienen las partes de proporcionar al proceso los elementos necesarios que permitan al juez adquirir convicción, basada en la cual declare el derecho controvertido, para de inmediato agregar la primera y capital regla probatoria genérica, pero acompañada de una también importante característica del proceso laboral (...) sin embargo, en materia procesal laboral esta regla se invierte en ciertos casos, en que el empleador es quien debe probar los hechos en que ha fundado su decisión, tal como es el caso de la causa de despido”⁽²²⁾.

De esa manera, la norma procesal laboral exige también la ejecución de la carga de la prueba como una obligación de las partes que intervienen en un proceso, y establece: “La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos (...)”. Adicionalmente, la NLPT establece reglas especiales de distribución de la carga probatoria entre la cuales se encuentra la regulada en el artículo 23.2 por la cual se traslada la carga de la prueba al empleador demandado para desacreditar la presunción de existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado ante la sola acreditación de la prestación personal de servicios.

VI. LAS PRESUNCIONES EN MATERIA PROBATORIA

Se entienden por presunciones al hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado, el CPC en su artículo 275 regula los sucedáneos de los medios probatorios y precisa que: “Son auxilios establecidos por la ley o sumidos por el juez para lograr la finalidad de los medios probatorios, corroborando, complementando o sustituyendo el calor o alcance de estos”. Ledesma Narváez, por su parte, precisa que “Los sucedáneos de los medios probatorios son mecanismos auxiliares para lograr la finalidad de los medios probatorios. Operan cuando el

(21) Artículo 200 CPC. “Si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada”.

(22) PASCO LIZÁRRAGA, Mario. “La carga de la prueba y las presunciones en la nueva ley procesal de trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, marzo 2010, pp. 63-64.

conocimiento de los hechos no puede alcanzarse a través de un medio de prueba directo que los constata por sí mismo sino indirectamente (...)”⁽²³⁾.

Avalos Jara cita a Sagástegui Urteaga, quien refiere que la presunción es “el razonamiento jurídico-lógico o inferencia que permite conocer de un hecho conocido otro desconocido. Consecuentemente, la palabra presunción no alude al hecho conocido ni al hecho desconocido”⁽²⁴⁾. Avalos también refiere que la “presunción alude siempre a un conocimiento anticipado y por eso incompleto, se usa para significar precisamente un conocimiento aproximado y se requieren elementos varios por cuanto uno solo no bastaría para proporcionar la prueba indiciaria”⁽²⁵⁾. Sin embargo, no se debe perder de vista que las presunciones llevan implícitas los sucedáneos de los medios probatorios.

Entre los sucedáneos de los medios probatorios tenemos las presunciones legales *iuris tantum* y *iure et de jure*. Según Devis Echandía, citado por Ledesma, estas presunciones “hacen innecesaria la prueba del hecho presumido, y la certeza sobre la existencia o inexistencia de un hecho que interese al proceso, por ausencia o deficiencia de la prueba”⁽²⁶⁾. De acuerdo a Alva Canales, “la presunciones *iure et de jure* son aquellas que no aceptan prueba en contrario, mientras que las segundas son asumidas como ciertas hasta que no se pruebe lo contrario (...) que al no surgir como hechos incuestionables, y que eventualmente son pasibles de ser rebatidas”⁽²⁷⁾.

Es en atención a las presunciones que el artículo 27 de la Ley N° 26636 (anterior Ley Procesal de Trabajo) exigía expresamente al prestador de servicios demandante probar la existencia de vínculo laboral, hecho que en algunas oportunidades resultaba bastante difícil; es por ello que la NLPT establece que el deber de probar se sujetará a determinadas reglas especiales de distribución en la carga probatoria, por lo cual esta última norma introdujo como una innovación la presunción de laboralidad, que se encuentra regulada en el artículo 23.2, figura legal que analizaré a continuación.

(23) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, 1ª edición, Gaceta Jurídica, 2008, p. 967.

(24) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor. *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Jurista Editores, 2011, p. 333.

(25) *Ibidem*, p. 334.

(26) LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Ob. cit.*, p. 968.

(27) ALVA CANALES, Armando. “Las presunciones en la nueva ley procesal del trabajo”. En: *Soluciones Laborales*. Gaceta Jurídica, abril 2010, p. 65.

VII. LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD (ART. 23.2 DE LA NLPT)

De acuerdo a la legislación laboral vigente, principalmente la LPCL, se establece la primera presunción de laboralidad en el artículo 4 de la referida norma; sin embargo, esta presunción se configura cuando concurren los elementos del contrato de trabajo y se presume la existencia de un contrato a plazo indeterminado. Al respecto ya decía De Buen que: “el legislador aún refiere la presunción a la existencia del ‘contrato’, cuando en rigor, bastaría hacerlo solo respecto de la relación”⁽²⁸⁾; coincido con esta observación, sin embargo la LPCL presume la existencia del contrato como fuente de las relaciones de trabajo.

Como manifesté líneas anteriores, la NLPT innova la carga probatoria en materia procesal laboral y establece una nueva presunción de laboralidad bastante distinta a la regulada en el artículo 4 de la LPCL; esta presunción *iuris tantum*, de acuerdo a la redacción de la norma procesal, se configura, salvo prueba en contrario, cuando únicamente se acredite la prestación de servicios (entiéndase de manera personal); es así que esta presunción relativa traslada la carga de probar que el prestador no era trabajador dependiente y subordinado a quien encarga la prestación personal del servicio, lo cual genera una inversión de la carga probatoria en beneficio absoluto del prestador demandante.

La redacción de la nueva presunción reconocida en la NLPT establece que para presumir la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado no se requiere que la prestación sea personal, remunerada y subordinada (en forma conjunta), ampliando esa redacción los alcances de la protección del derecho del trabajo, lo cual genera que ante la sola acreditación de la prestación de servicios el demandado tenga que probar que esa prestación se desarrolló en el marco de una relación jurídica de naturaleza distinta a la laboral, ya sea civil, comercial, formativa, etc., lo cual invierte la limitación que anteriormente generaba al trabajador el artículo 27 de la Ley N° 26636.

VIII. NORMA SUSTANTIVA (LPCL) VS. NORMA ADJETIVA (NLPT)

Teniendo en cuenta los puntos tratados precedentemente, podemos advertir que nos encontramos ante una situación particular, es decir, nuestra norma sustantiva laboral (LPCL) determina de manera categórica cuando se presume la

(28) DE BUEN, Néstor. Ob. cit., p. 42.

existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada, para lo cual exige la concurrencia conjunta de sus tres elementos, principalmente la subordinación, que de acuerdo a Neves Mujica “es un vínculo jurídico entre el acreedor y el deudor del trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla”⁽²⁹⁾, criterio que es modificado sustancialmente por la norma adjetiva a través del artículo 23.2 de la NLPT.

Este cambio de criterio con relación a la configuración de la presunción de laboralidad parece inclinarse hacia el criterio de la subordinación funcional a la que se refiere Supiot al citar a Paul Cuche, autor que propuso que la dependencia económica fuera un criterio del contrato de trabajo, de tal manera que “se extiende la aplicación de los seguros sociales a todos los trabajadores económicamente endeblés, frente a quienes sacan provecho de su trabajo”⁽³⁰⁾; es así que el autor considera que se estaría volviendo a un derecho profesional, siendo la prueba del ejercicio del oficio, a decir de Supiot, prueba suficiente para ser beneficiado por la protección del derecho del trabajo.

Si bien el artículo 23.2 de la NLPT no hace mayor referencia a la subordinación, es evidente que al excluir este elemento para configurar la presunción de laboralidad, claramente se enmarca ya no en la subordinación personal (jurídica) que regula el artículo 9 de la LPCL, sino en la subordinación funcional, lo que puede generar serios inconvenientes e incluso parecería intentar ampliar el ámbito de protección del derecho del trabajo a servicios comerciales, civiles o autónomos, supuesto que no fue objeto de previsión por parte de la norma laboral sustantiva, la cual tiene como finalidad proteger principalmente a los trabajadores bajo relación de dependencia y subordinación.

Por lo manifestado, resulta necesario preguntarnos si esta nueva presunción de laboralidad contenida en la NLPT en realidad busca generar una ventaja a favor del prestador de servicios frente a la situación de asimetría en la que se encuentra respecto su posible acreedor de servicios, o en realidad de manera directa pretende ampliar y extender la protección del Derecho Laboral a todo trabajador, sin importar, si este se encuentra bajo subordinación jurídica o no, lo cual podría generar que muchos prestadores de servicios no laborales obtengan indebida ventaja con solo la acreditación de la prestación de sus servicios.

(29) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 2ª edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p. 36.

(30) SUPIOT, Alain. Ob. cit., p. 72.

IX. REFLEXIÓN FINAL

Si bien la NLPT es absolutamente innovadora, oral, moderna, busca la celeridad, la predictibilidad y la igualdad de las partes, no se debe perder de vista que la LPCL establece las instituciones y los derechos que genera una relación de trabajo, la cual se distingue de una relación civil o comercial porque para el nacimiento de una relación laboral exige necesariamente que la prestación del servicio reciba como contraprestación una remuneración y que esta prestación necesariamente sea subordinada jurídicamente, motivo por el cual presumir la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado con solo la prestación del servicio excede los límites que la norma sustantiva ha previsto.

Si bien la Recomendación N° 198 de la OIT precisa la necesidad de proteger mediante la legislación los supuestos de indeterminación de la existencia de una relación laboral o las dificultades para determinarla, definiendo los criterios para la determinación de una relación de trabajo y aplicando presunciones cuando se configuren ciertos indicios, utilizando además el principio de primacía de la realidad, no deja de considerar a la subordinación y dependencia como el elemento determinante de la relación laboral; sin embargo, no precisa que la subordinación sea jurídica, lo cual pareciera dejar abierta la posibilidad de incluir la subordinación funcional (económica) a efectos de determinar la relación laboral.

Sin perjuicio de lo manifestado, es importante precisar que incluso el Proyecto de la Ley General de Trabajo recoge el criterio de la subordinación jurídica y no de la subordinación funcional; es así que su artículo 1 establece que “por el contrato de trabajo, el trabajador se obliga a prestar personalmente servicios para un empleador, bajo subordinación, a cambio de una remuneración”. Por tanto, para presumir la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado únicamente acreditando la prestación del servicio se requiere previamente que la norma sustantiva establezca la subordinación funcional (económica) como elemento constitutivo del contrato de trabajo a plazo indeterminado.

Si bien es cierto, la Ley N° 26636 establecía que correspondía la carga de la prueba al trabajador respecto la existencia del vínculo laboral, en muchos casos en la práctica se hacía bastante complicado para el prestador de servicios probar tal vínculo, ello debido a la asimetría (económica, de acceso a la información, documental, etc.) que existe entre el prestador y el acreedor de sus servicios; es en atención a esa dificultad que en la NLPT, al invertir la carga de la prueba con relación al carácter laboral o no de los servicios prestados, pasa de un extremo al otro, lo cual si bien beneficia al prestador cuyo vínculo laboral podría estar encubierto

bajo otro régimen no laboral, también podría generar una aplicación indebida de esa presunción.

Como referí precedentemente, esta nueva presunción de laboralidad, indebidamente utilizada por el prestador de servicios no laborales y no analizada adecuadamente por el juzgador, puede generar que se incluya dentro del ámbito de protección del derecho del trabajo a prestadores que se encuentren vinculados con el acreedor de sus servicios a través de contratos civiles o mercantiles. Y ante la dificultad que ahora podría tener su acreedor, para ejecutar la carga de la prueba con relación a la naturaleza no laboral de sus servicios es evidente que prevalecería la presunción de laboralidad de la NLPT⁽³¹⁾ frente a la presunción regulada por la LPCL⁽³²⁾; por tanto, en ese escenario, procesalmente, 23.2 > 4.

(31) Artículo 23.2 de la Ley N° 29497.- “Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

(32) Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (D.S. N° 003-97-TR).- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)”.