

La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo

Martín Fajardo Mori*

Resumen:

El presente artículo se enfoca en el análisis y usos de las instituciones que se utilizan en el nuevo proceso laboral con el fin de dar un tutela efectiva a aquellos trabajadores dentro de un proceso a quienes se les impone un deber mínimo de probanza, y, a su vez, sirva para combatir el fraude en la contratación laboral.

Palabras clave:

Presunción – Laboralidad – Legalidad – Derecho al trabajo – Nuevo Proceso Laboral

Abstract:

This article focuses on the analysis and use of the institutions that are used in the new work process in order to give effective protection to workers in a process who were imposes a minimum duty of proof, and in turn, serve to combat fraud in hiring .

Keywords:

Presumption – Working patterns – Legality – Right to work – New Labor Process

Sumario:

1. Introducción – 2. Las presunciones – 3. La destrucción de la presunción de laboralidad – 4. A manera de conclusión

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y, Título de Segunda Especialidad en Procesal Laboral por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Curso Avanzado en Derecho del Trabajo para Postgraduados por la Universidad de Sevilla. Curso de Especialización para Expertos Latinoamericanos en Relaciones Laborales por la Universidad de Castilla-La Mancha. Egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

1. Introducción

Nadie duda de la importancia de la presunción de laboralidad para el Derecho del Trabajo. Pero a pesar del tiempo y de los estudios existentes sobre la materia, la realidad nos demuestra que ella aún sigue dando problemas a los operadores jurídicos cuando se enfrentan con la tarea de dar cuenta su uso. Casi podemos decir que es una de esas cosas que creemos saber lo que son y cómo operan, hasta que nos lo preguntan.

Es por ello que, el presente artículo busca simplemente tener una utilidad práctica desde la óptica procesal, siendo nuestros principales objetivos el aclarar la estructura de la presunción de laboralidad, sus consecuencias jurídicas y la manera cómo puede ser destruida.

2. Las presunciones

2.1 Noción

Ante todo, debemos dejar en claro que un adecuado conocimiento de las instituciones del proceso laboral debe tener como punto de partida el entendimiento de los estudios que sobre las mismas realiza la disciplina procesal. Sólo después de conocido lo que el derecho procesal concluye o viene estudiando respecto de cada una de ellas se podrá comprender luego las particularidades que esas instituciones puedan tener en el derecho procesal laboral¹. Lamentablemente, la práctica demuestra que se viene dando un sentido inverso a esta técnica de análisis: se parte del estudio de las particularidades y, con ello, se presupone el conocimiento de la institución procesal.

En términos generales medio probatorio es cualquier elemento que pueda ser usado por los tribunales para establecer la verdad de los hechos de la causa y, en consecuencia, resolver la disputa entre las partes. Es decir, existe una relación instrumental entre los medios probatorios (que han de ser apropiadamente ofrecidos, admitidos y actuados) y los hechos en litigio.

De este modo, la pertinencia del medio probatorio implica que éste debe guardar relación con los hechos que constituyen el fundamento de la pretensión ejercitada (*causa petendi*). Esta

relación con el denominado “tema de prueba” (*tema probandum*) puede ser directa (el medio probatorio está destinado a acreditar el hecho constitutivo del derecho, del cual se pretende extraer una determinada consecuencia jurídica²) o indirecta (se dispone de un medio probatorio que demuestra la existencia de un hecho distinto a aquel que es afirmado en la hipótesis, sin embargo, a partir de la proposición que describe ese otro hecho, que se denomina secundario, es posible extraer inferencias que afectan la fundamentación de la hipótesis en cuestión³).

Por esta razón, partiremos estableciendo que la presunción es una inferencia teórica que sobre la base de premisas que se afirman verdaderas llevan a una conclusión que también se afirma verdadera. Una regla de presunción que se fundamenta en un juicio de regularidad, normalidad o probabilidad verdadera “*es presumible*”. Según el Diccionario de la Real Academia Española, “*presunción*” significa acción y efecto de presumir. Y, “*presumir*”, sospechar, conjeturar o creer algo porque se tienen indicios para ello.

Entonces, destacan tres elementos que componen la estructura típica de las presunciones⁴:

- i) Un hecho base “Y”: los indicios o señales.
- ii) Un hecho presunto “X”: lo sospechado o conjeturado.
- iii) Regla de inferencia: la conexión teórica entre el hecho base y el hecho presunto presupone una regla de presunción, es decir, un enunciado general cuya aceptación autoriza el paso de uno a otro hecho.

El grado de apoyo que la hipótesis sobre el hecho puede recibir de ese medio probatorio depende de dos factores: el grado de aceptabilidad que la prueba confiere a la afirmación de la existencia del hecho base y el grado de aceptabilidad de la regla de inferencia (que se funda en la premisa constituida por la afirmación del hecho secundario).

El primer factor conlleva el problema de la confirmación de la premisa relativa a Y. Está claro que si Y no está probado, no se da la premisa

1 “(...) el proceso laboral constituye un proceso civil especial en relación con el ordinario y común de la LEC, que responde en esencia a las reglas propias del juicio verbal recogido en dicha Ley, con la que sin embargo se coloca en una relación dialéctica en la medida en que, justamente, el proceso de trabajo “es directa consecuencia de la inadaptación del proceso civil común para resolver adecuadamente los litigios de trabajo” (Rodríguez-Piñero, 1969, 22). Se caracteriza por ser “un medio ágil, rápido, formalista en lo imprescindible y que facilita el acceso a la prestación jurisdiccional” (Valdés, 1989, 18), concebido tendencialmente en función de “la búsqueda de la verdad material como objetivo central” del mismo (Rodríguez-Piñero, 1969, 76–77)”. BAYLOS GRAU, Antonio, CRUZ VILLALÓN, Jesús y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. Instituciones de Derecho Procesal Laboral, Editorial Trotta, Madrid, segunda edición, 1995, p. 114.

2 ARIANO DEHO, Eugenia. “El Derecho a la prueba y el Código Procesal Civil”. En: Problemas del Proceso Civil. Jurista Editores, Lima, 2003, primera edición, p. 182.

3 TARUFFO, Michele. Teoría de la Prueba, Ara Editores, Lima, primera edición, 2012, pp. 98-99.

4 AGUILÓ REGLA, Josep. “Presunciones, Verdad y Normas Procesales”. En: Proceso, Prueba y Estándar. Ara Editores, Lima, 2009, p. 92.

que permite inferencias relativas a X. En cambio, si Y está probado tendría que analizarse si sirve como fundamento de inferencias relativas a X. La incertidumbre se presente cuando Y puede o no ser asumido como premisa de una inferencia relativa a X porque aquella no se encuentra en uno de los dos extremos antes expuestos. En este caso corresponde al juez resolver la cuestión, estableciendo, dado el valor de la prueba sobre Y, si es razonable o no formular inferencias fundamentadas en Y⁵.

El segundo factor hace referencia al problema de la formulación de la inferencia de X a partir de Y. Al igual que en el caso anterior, si no existe ninguna vinculación entre X e Y, esto es, si Y no dice nada acerca de X, Y no es relevante a efectos de confirmar la hipótesis sobre X. Por el contrario, la posibilidad de realizar una inferencia, fundándose sobre Y, produzca consecuencias respecto de X depende de dos criterios tendenciales: el contenido del criterio, específicamente, el tipo de vinculación que éste establece entre los hechos de la clase X y los de la clase Y (contextos en los que se plantee el problema de la inferencia como en el ámbito de un sistema axiomatizado, de la física, de la ciencia de la naturaleza, en el ámbito del análisis estadístico de fenómenos económicos o sociales, por ejemplo) y, la fundamentación del criterio de inferencia (solidez de las máximas de experiencia⁶). Cuanto más seguro y preciso sea la confirmación de la inferencia debido a su naturaleza y características, mayor será el grado de confirmación de la hipótesis. *Contrario sensu*, se obtendrán confirmaciones “débiles” a partir de criterios genéricos, vagos y de fundamentos cognoscitivos inciertos⁷.

Finalmente, una característica del razonamiento presuntivo es su derrotabilidad: aceptar una regla de presunción, por ser precisamente de naturaleza teórica o proposicional, implica que se puede

modificar la conclusión si nueva información es proporcionada. Así pues, quien acepta la regla de presunción y se opone a la conclusión corre, naturalmente, con la carga de la argumentación y/o de la prueba de:

- i) Negar los fundamentos empíricos de la regla de presunción, es decir, impugnar la máxima de experiencia empleada.
- ii) Aceptar la regla de presunción pero negar la ocurrencia del hecho base, esto es, bloquear la presunción.
- iii) Aceptar tanto la regla de presunción como la ocurrencia del hecho base, pero salirse de la regla de presunción demostrando que la conclusión es falsa o que hay indicios para creer que el caso es una excepción a la regla.

2.2 Clasificación

De todo lo dicho en el apartado anterior puede concluirse que las presunciones no son medios probatorios, sino que son el producto de un juicio lógico, en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho, con fundamento en las máximas de la experiencia⁸. De ahí precisamente que, estas sean consideradas por el Código Procesal Civil como “sucedáneos” de los “medios probatorios”, esto es, que “hacen sus veces”. Existen dos tipos de presunciones: simples (u *hominis*) y legales, las cuales analizaremos a continuación.

2.2.1 Presunciones simples (u *hominis*)

Las presunciones simples (u *hominis*) son, en rigor, “sucedáneos” probatorios, toda vez que le permiten al juez llegar a establecer que un hecho se ha verificado por la confirmación de otro (u otros) medio(s) probatorio(s). Dicho con otras palabras, a partir de un hecho probado, el juez

5 TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. Editorial Trotta, Madrid, 2011, cuarta edición, p. 267.

6 Sobre la máxima de experiencia, resulta relevante recordar aquí, que no debe caerse en el error a considerar como tal a simples convenciones sociales, que están llenas de prejuicios y no atienden en absoluto al método científico. De ahí precisamente que, la doctrina concluya que ante el panorama de tener que decidir y considerar que la prueba no ha dado de sí todo lo que se esperaba de su práctica, el juez “se ve impulsado a seguir su intuición, lo que en buena medida supone, como vimos, prescindir de las reglas de carga de la prueba, de la presunción de inocencia y hasta de los pocos indicios que puedan extraerse de la prueba practicada. Una vez asumida –aunque sea de modo inconsciente– la decisión de utilizar la intuición, el juez puede llegar al extremo de encadenar presunción tras presunción, pero no al estilo de la llamada “cascaded evidence”, es decir, no teniendo indicios consolidados al menos por la debida formación previa de otra presunción, sino simplemente exponiendo lo que su formación previa de otra presunción, sino simplemente exponiendo lo que su intuición le indica al amparo de los poquitos indicios existentes.

Pues bien, este tipo de actitudes deben ser desterradas por completo en materia de valoración de la prueba. Si bien la intuición es un mecanismo extraordinariamente eficaz para tomar decisiones rápidas en la vida cotidiana, su uso no puede extenderse a algo que ni tiene por qué ser rápido, ni mucho menos irreflexivo, como una sentencia. Es decir, el uso en la valoración de la prueba por parte del juez de ese conjunto difuso que constituyen las llamadas “máximas de experiencia”, no pueden llevarse al extremo de substituir con esa máxima aquello que las pruebas dicen, o colmar las lagunas de lo que no han dicho”. NIEVA FENOLL, Jordi. La valoración de la prueba. Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 206-207.

7 TARUFFO, Michele. Ob. Cit., p. 272.

8 “Con lo dicho es ya evidente que las presunciones, sea cual fuere su clase, no son un medio de prueba, pues las mismas no consisten en una actividad que deba realizarse en el proceso para incorporar al mismo una fuente de prueba. Es obvio que las presunciones no pueden proponerse como medio de prueba, ni se practican, sino que se resuelven en un razonamiento que puede haber sido hecho en general por el legislador o que ha de ser hecho en particular por el juez”. MONTERO AROCA, Juan. La prueba en el proceso civil, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012, séptima edición, p. 177.

infiere lógicamente la probabilidad del hecho del cual no existe prueba directa.

Es el producto de una valoración adecuada y motivada de los medios probatorios por parte del juez quien, al darse cuenta que éstos son insuficientes para generarle convicción sobre los hechos, decide aplicar una regla de presunción (inferencia lógica), dándole la posibilidad a la contra parte que pruebe lo contrario. Su estructura, naturaleza jurídica y falencias son equivalentes a las expuestas en el apartado anterior.

2.2.2 Presunciones legales

Las presunciones legales constituyen herramientas que emplea el legislador para facilitar la prueba en determinados casos, en aras de tutelar una situación sustancial que le parece relevante en caso de controversia. Es decir, es una técnica legislativa cuyo objetivo es simplificar el supuesto de hecho de la norma jurídica actuando sobre sus elementos constitutivos, de tal forma que exista una justificación para la aplicación de sus consecuencias jurídicas "se presumirá o debe presumirse".

Al respecto, el profesor Devis Echandia señala que "*las presunciones legales son reglas jurídicas sustanciales para la aplicación del derecho objetivo a ciertos casos concretos, cuyos efectos sustanciales se producen fuera del proceso y son reconocidos en este, donde además influyen la carga de la prueba*"⁹.

De esta afirmación, podemos extraer dos conclusiones. De un lado, las normas de presunción aceptadas tienen una conexión directa con la carga de la prueba, toda vez que se aproximan a la verdad. De otro lado, al interior del proceso, contribuyen para considerar probado o no un cierto hecho, bajo ciertas circunstancias, debido a que el ordenamiento considera que éste necesita ser garantizado¹⁰. En función de ello, la regla de inferencia impuesta por el legislador no puede ser cuestionada por las partes del proceso.

Finalmente, las presunciones legales se dividen en absolutas y relativas. Las absolutas no admiten prueba en contrario "debe presumirse", pues

tiene como fundamento la seguridad jurídica, siendo por ello que se les conoce también como *iuris et de iure*. Atendiendo a ello, las partes del proceso únicamente pueden evitar su aplicación destruyendo el hecho base.

Las presunciones relativas, por el contrario, implican tener por cierto el elemento constitutivo del supuesto de hecho legal, de tal forma que para configurar el derecho concreto no se necesite mayor actuación probatoria "se presumirá". En este último caso, la técnica del legislador es permitir la prueba en contrario del hecho presumido, ósea, desplazar la carga probatoria al otro sujeto de la relación. Así pues, las partes del proceso pueden destruirla cuestionando el hecho base y/o el hecho presunto. Evidentemente, un ejemplo de estas presunciones *iuris tantum* es la presunción de laboralidad, la cual trataremos a continuación.

3. La presunción de laboralidad

3.1 Origen y fundamento de la presunción de laboralidad

El Derecho del Trabajo surgió en la era industrial y tradicionalmente tuvo una doble función, la protección del trabajador subordinado¹¹, por un lado, y la racionalización del conflicto entre capital y trabajo en un régimen de libertad a efectos de conservar el orden social establecido, de otro lado. Ahora bien, los cambios ocurridos en la realidad subyacente al derecho determinaron que el Derecho del Trabajo no permanezca invariable en el tiempo, razón por la cual modernamente el principio de protección no ha desaparecido, en la medida que el referido conflicto de intereses capitalistas persiste, pero se ha matizado con la finalidad de no constituir un obstáculo con la económica ni con la libertad de empresa. Es decir, producto del cambio de escenario, de un sistema de producción en serie a un contexto de democracia y de derecho social, el legislador no debe desproteger al trabajador pero tampoco puede priorizar sus intereses al punto de anular o rechazar el interés económico del empleador¹².

En función de ello, la atribución de carácter imperativo e irrenunciable a los derechos

9 CARNELUTTI, Francesco, citado por DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo II. Editorial Temis, Bogotá, 2002, p. 681.

10 PRIORI POSADA, Giovanni F. y PÉREZ-PRieto DE LAS CASAS, Roberto. "*La carga de la prueba en el proceso laboral*". En: *Ius et Veritas* N° 45, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, p. 340.

11 "*La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho civil o mercantil existe autonomía (en los contratos de locación de servicio y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente)*". NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009, primera edición, pp. 35-36.

12 Véase: SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "*El Derecho del Trabajo como categoría histórica*". En: *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*, Grijley, Lima, 2013, pp.17-43.

reconocidos a los trabajadores por las normas laborales se ha erguido desde sus orígenes como mecanismos dirigidos a frenar los intentos evasivos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Sin embargo, la realidad nos demuestra que los mismos resultan ser insuficientes para hacer frente de forma exitosa al fenómeno del fraude en la contratación laboral, motivo por el cual son complementados por la presunción de laboralidad.

Esta conclusión se refuerza con lo establecido en la Recomendación N° 198 de la OIT, la cual dispone que a fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deben considerar la posibilidad de "*consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios*" (artículo 11.b).

Ello, con mayor razón si tenemos presente que los nuevos modelos de producción sobre el empleo que acompañan al nuevo paradigma socio-económico, que incorporan nuevas estructuras empresariales (como la descentralización productiva, las innovaciones tecnológicas en el campo de la comunicación e información, la creación de fórmulas de contratación temporal o a tiempo parcial, la desaparición de ciertos rasgos típicos de la subordinación y, el aumento desmedido de las llamadas "zonas grises"; por ejemplo) y las nuevas formas de organizar el trabajo (que buscan principalmente el permitir disponer del número adecuado de trabajadores a las variaciones del mercado y adaptar el proceso de producción de un bien a los cambios tecnológicos), acentúan aún más la dificultad probatoria del trabajador sobre la existencia de los presupuestos de la relación de trabajo¹³.

De esta manera, la presunción de laboralidad es consecuencia directa e inmediata del reconocimiento por parte del legislador de la prevalencia en los hechos de la prestación personal, remunerada y subordinada de servicios y, por consiguiente, de su poder-deber de garante de las normas laborales. La imperatividad de las normas sustantivas, así pues, se salvaguardarían dando por cierta la existencia de una relación de trabajo, a partir de la demostración de determinados indicios de rasgos típicos de la naturaleza de la relación objeto de debate, en virtud de sus máximas de experiencia.

La existencia de trabajadores extra muros del Derecho del Trabajo es, qué duda cabe, una realidad en nuestro país, ya sea por motivos sociales, culturales y/o económicos. Es verificable en la experiencia peruana¹⁴ (y comparada¹⁵) que algunas empresas, indistintamente de su magnitud, suelen optar por recurrir a maniobras evasivas con el propósito de reducir sus costos y aumentar su competitividad. A estos trabajadores, pese a desarrollar labores efectivas de carácter subordinado, no se les reconoce los beneficios establecidos en su favor por las normas jurídicas y los convenios colectivos.

En definitiva, la presunción de laboralidad tiene como argumento jurídico el fomentar la *vis atractiva* del Derecho del Trabajo, esto es, abarcar una porción 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 materia¹⁶.

3.2 La norma de presunción: probada la prestación personal de servicios se debe presumir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado

Si aceptamos la afirmación que en el Perú existe una escasa aplicación de las normas laborales y que la mayoría de los trabajadores subordinados están excluidos del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo debido a maniobras elusivas, bajo la apariencia externa de licitud, que dificultan su examen por parte de las autoridades administrativas y judiciales, resulta lógico inferir la configuración de los factores técnicos que apoyan la introducción en nuestro sistema jurídico de una presunción de laboralidad¹⁷. Presunción legal que, repetimos, protege al trabajador frente a la supresión de sus derechos por un acto propio o de terceros. Pero no determina, en modo alguno, la indestructibilidad de los elementos que constituyen la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado. Una presunción legal absoluta en estos términos sería inválida por dejar en indefensión a uno de los sujetos de la relación laboral: el empleador (artículo 139.4 de la Constitución Política).

En efecto, la regla contenida en el artículo 23.2 de la NLPT no deja margen de duda sobre el particular al prever que "*acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral*

13 ARCE ORTIZ, Elmer. "*La función social del derecho del trabajo contemporáneo*". En: Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Palestra Editores, Lima, 2013, segunda edición actualizada, pp. 31-76.

14 <http://www.mintra.gob.pe/mostrarnoticias.php?codNoticia=4537>.

15 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-americas/-ro-lima/documents/publication/wcms_245621.pdf. También puede verse: http://centrum.pucp.edu.pe/oci/presentaciones/10-APERHU_-_Roberto_Villamil.pdf.

16 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "*La presunción de laboralidad y la Nueva Ley Procesal del Trabajo*". En: Soluciones Laborales N° 36, Gaceta Jurídica, Lima, diciembre 2010, p. 47.

a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario". Así pues, los componentes de la estructura de esta presunción son:

- i) Hecho base: prestación personal de servicios.
- ii) Hechos presuntos: existencia de una relación laboral, la cual es, además, a plazo indeterminado.
- iii) Regla de inferencia: Intentos de eludir el ordenamiento laboral (ley defraudada), amparándose en normas jurídicas que en estricto no son aplicables al hecho (ley de cobertura). Es decir, fraude en la contratación.

De esta manera, el legislador considera de gran valor el derecho fundamental al trabajo, razón por la cual fija como regla que a partir de la demostración de la existencia de la prestación personal de servicios, el más básico de los elementos, se deba presumir la existencia de una relación de trabajo a plazo indeterminado. En consecuencia, el trabajador tiene la carga de probar como mínimo la prestación personal de servicios para que el juez deba tomar como cierto que el vínculo entre las partes del proceso es uno de carácter laboral y a plazo indeterminado.

Nuestros órganos jurisdiccionales y algún sector de la doctrina¹⁸, no obstante, piensan distinto. El argumento que pretende sustentar el regreso a la regla general de la carga de la prueba es, en síntesis, el siguiente: *"dicha facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión"* (Cas. Lab. No. 14440-2013 LIMA, del 29 de septiembre de 2014, dictada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República).

Frente a este pronunciamiento habría que señalar que el argumento esgrimido no resulta

razonable pues la finalidad de esta institución es precisamente aligerar la carga probatoria del demandante de tal forma que él no tenga que demostrar la existencia de los elementos remuneración y subordinación para situarse dentro del ámbito de protección del Derecho del Trabajo. Ergo, lo correcto es que el demandante sólo debe probar que prestó servicios personales para que el juez deba presumir que la relación bajo discusión es de carácter laboral y de duración indeterminada.

Finalmente, no está de más señalar que parece existir incertidumbre incluso sobre la articulación entre la presunción de laboralidad y la presunción contenida en el artículo 4 de la LPCL. El dilema se plantearía por la ubicación de ambas normas jurídicas¹⁹.

Nos parece que esta disyuntiva está mal planteada por dos motivos. En primer lugar, el artículo 4 de la LPCL contiene una presunción de indeterminación de la relación laboral, no una presunción de la existencia de esta última. Como es obvio, si el demandante prueba la prestación personal de servicios, la remuneración y la subordinación existe certeza sobre los elementos que conforman su individualidad. En este caso, el juez sólo debe presumir la contratación indefinida.

Sin duda, la diferencia entre las referidas normas de presunción resulta muy significativa. Las consecuencias de la presunción de laboralidad son conocidas. Una vez activada el demandado debe desvirtuar la existencia de la relación de trabajo y de indeterminación de la contratación²⁰. En consecuencia, la presunción contenida en el artículo 23.2 de la NLPT engloba la norma de presunción de indeterminación de la relación laboral.

En segundo lugar, ambas son reglas jurídicas sustanciales. La ubicación de la presunción de laboralidad en la NLPT no desvirtúa su

17 Un primer intento de un tipo especial de presunción de la laboralidad se encuentra contenida en el Título V del Título Preliminar del Proyecto de la Ley General de Trabajo.

18 "El artículo 23 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, inciso 2), establece la presunción de laboralidad, señalando, que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia del vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario; sin embargo, considero que tal presunción no exime al juzgador de determinar la existencia del elemento de subordinación en la relación laboral pues, como ya se expresó, es éste el que lo diferencia justamente de una relación de naturaleza civil; por lo que al aplicar el principio de realidad de los hechos deben valorarse los medios de prueba que demuestren las alegaciones de las partes". AYVAR ROLDÁN, Carolina. "Los principios procesales en la Nueva Ley Procesal del Trabajo". En: Justicia & Democracia, Revista de la Academia de la Magistratura N° 10, Fondo Editorial, Lima, 2011, p. 197.

19 "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 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". MONZÓN ZEVALLOS, Willy. "23>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". En: II Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Editorial El Búho, Lima, 2014, p. 404.

20 ARCE ORTIZ, Elmer. Los principios en el derecho procesal del trabajo peruano. Cuaderno de Trabajo del Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica (CICAJ) N° 7, Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 19.

naturaleza material²¹ ni su alcance en nuestro sistema jurídico²². Por consiguiente, no existe ningún conflicto de normas porque el artículo 4 de la LPCL ha perdido vigencia. Si hubiera incertidumbre, en todo caso, deberían emplearse los criterios de temporalidad y favorabilidad. En definitiva, en el ámbito laboral, las presunciones de la existencia de una relación de trabajo y de su indeterminación se rigen por el artículo 23.2 de la NLPT.

4. La destrucción de la presunción de laboralidad

Puesto que la presunción de laboralidad es en buena cuenta una presunción *iuris tantum* le resultan aplicables las reglas que sobre la misma dicta la doctrina procesal, las cuales fueron expuestas en el punto 2 del presente artículo. Con ello, se responden a dos cuestiones a la vez: por una parte, la regla de inferencia es inimpugnable; por otra parte, sólo puede ser destruida por las partes del proceso cuestionando el hecho base y/o el hecho presunto.²³ Precisamente por esta razón, resulta importante que el estudio de esta institución procesal no parta del principio protector del Derecho del Trabajo.

Esta conclusión se refuerza con lo establecido en la Cas. Lab. No. 16105-2013 LIMA, del 17 de noviembre de 2014, a través de la cual los jueces supremos de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República concluyeron que:

“(…) el carácter iuris tantum de la presunción de laboralidad, en virtud del cual se admite prueba en contrario, lo cual se traduce en la posibilidad de ser enervada, ya sea mediante la acreditación de la parte contraria sindicada como empleador, de que el hecho que opera como base de la misma (prestación personal de servicios) es falso o inexistente, o bien de que existen otros hechos que impiden o anulan la protección del hecho

presunto, como la gratuidad o la autonomía de la prestación de servicios, entre otros; o también, en supuestos excepcionales, cuando de la misma prueba ofrecida por el pretensor, se vislumbran tales hechos anulatorios (...).”

Pues bien, trabajador es aquel que se obliga a trabajar, cediendo los frutos de su trabajo y la actividad dirigida a su producción. Por ello, trabajador como sujeto parte de la relación de trabajo sólo puede serlo una persona natural, individual o física. Sólo ella es capaz de realizar el trabajo humano. La posibilidad de sustitución en todo o en parte, remunerada o no, así como la asistencia por dependientes a su cargo contradice el carácter personalísimo de la prestación del trabajador y, con ella, el contrato de trabajo.²⁴ Nuestro ordenamiento laboral sólo admite, por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes (artículo 5 de la LPCL).

De lo expuesto se desprende que para activar la presunción de laboralidad el demandante deberá probar que la prestación de servicios que ha realizado a favor del demandado es de carácter personalísimo. El demandado, en cambio, podrá destruir el hecho base probando que no existió una prestación de carácter *intuito personae*. Es decir, que verdaderamente existió algún tipo de sustitución o colaboración ajena en los servicios ejecutados por el demandante.

Por otro lado, también cabe la posibilidad que el demandado destruya el hecho presunto. Naturalmente, esto implica poner en tela de juicio la existencia de la relación de trabajo en sí misma. Existen dos vías para ello. La primera, es probar que, pese a la presunción de laboralidad, en los hechos no concurren los dos elementos restantes e indispensables para la existencia de un vínculo de dicha naturaleza: la remuneración y la subordinación. La segunda, demostrar que no resulta de aplicación el referido ordenamiento

21 Véase: MONROY GALVEZ, Juan. Introducción al proceso civil. Temis – De Belaunde & Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 145-157.

22 Por estos argumentos discrepamos con la afirmación que *“teniendo en cuenta que ambos enunciados presumen la existencia de un contrato de trabajo indefinido, la diferencia entre ambos radicaría en que la presunción contenida en el artículo 23.2 de la nueva Ley Procesal del Trabajo es aplicable únicamente en el ámbito del proceso laboral y en este escenario englobaría a la presunción a favor del contrato indeterminado comprendida en el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el cual podría emplearse en situaciones ajenas al proceso laboral. Tengamos en cuenta que el artículo 4, a nuestro entender, recoge el Principio de Primacía de la Realidad, cuyo ámbito de aplicación comprende toda situación en la que nos encontremos ante una discordancia entre las formas y los hechos que pueden tener incidencia en una relación de trabajo.*

Por lo expuesto, consideramos que las presunciones englobadas en este acápite no resultarían incompatibles entre sí, y que inclusive debería recogerse la presunción de laboralidad de la Nueva Ley Procesal del Trabajo en una norma laboral general como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, o una Ley General de Trabajo”. PUNTRIANO ROSAS, César. *“La presunción de laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”*. En: Doctrina y análisis sobre la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Academia de la Magistratura del Perú, Lima, 2010, p. 194.

23 *“(…) las presunciones (legales y judiciales) se rigen por las reglas contenidas en los arts. 385 y 386 LEC. “Las presunciones que la ley establece dispensan la prueba del hecho presunto” (art. 385.1), si bien sólo son admisibles cuando ha quedado establecida la certeza del hecho indiciario del que parte la presunción (art. Cit.). Si la presunción legal es iuris tantum, podrá destruirse probando que el hecho indiciario no existe o que, existiendo, no hay enlace entre el hecho presumido y los hechos realmente probados (art. 385.2 LEC)”.* MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 2012, trigésima tercera edición, p. 780.

24 ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONTE, María Emilia. Derecho del Trabajo, Civitas Ediciones, Madrid, 2009, vigesimosexta edición, pp. 111-112.

protector porque la ley descalifica la relación como laboral y le confiere otro carácter.

Si la presunción legal de la presencia de la remuneración se sustenta en que el empleador ha evadido todo registro del pago de los servicios efectivos prestados por el trabajador (pago en mano, contra entrega de un comprobante de pago de un tercero o, incluso, sin la entrega de ningún comprobante de pago) o ha incumplido con su obligación contractual de retribuir el trabajo prestado a título oneroso, resulta lógico que para demostrar la inexistencia de este elemento no basta con su mera alegación. En ese marco, se deberá probar que la remuneración no es debida en Derecho. Esto es, que la labor se prestó a título gratuito, ya sea bajo la modalidad de trabajo amistoso, benévolo y de buena vecindad o, de voluntariado social.²⁵

En lo que respecta a la subordinación, por ser justamente el elemento más significativo para considerar que una relación está sometida al Derecho del Trabajo, resulta natural que su negación sea más difícil para el demandado. Dependiendo de la coyuntura en concreto, el demandado podrá demostrar que lo relevante de la ejecución de los servicios es el resultado que con ella se pretende alcanzar, no la actividad personal de quien trabaja. Asimismo, podrá defenderse probando que el demandante no puso a su disposición su fuerza de trabajo, por ende, nunca estuvo sometido a sus poderes organizativos y de dirección. Eso sí, por ser la subordinación un poder jurídico no es determinante que no se hayan impartido órdenes, sino que el vínculo entre las partes sea uno que por su naturaleza excluya esa posibilidad.²⁶ Por ejemplo, que el demandante era

un trabajador autónomo por ejecutar su actividad profesional con autonomía en su organización, ser propietario de sus instrumentos de trabajo y depender económicamente de la actividad profesional mencionada.

Por último, cabe que el demandado destruya el hecho presunto demostrando que la labor del demandante se encuentre legalmente excluida del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo (como las relaciones de naturaleza "*formativa, cooperativista o administrativa*"), tal y como establece el artículo II del Título Preliminar de la NLPT).

Con seguridad, la intensidad probatoria en estos casos es mucho mayor porque conlleva a echar por tierra el resultado o el efecto de la presunción de laboralidad. No deja de ser razonable esta gradación. Por ello, el juez deberá valorar los diferentes medios probatorios, tanto de manera individual como conjunta, en función de la sana crítica, fundamentando y motivando su decisión.

5. A manera de conclusión

El presente artículo fue un intento de que una de las instituciones que normalmente utilizamos en el nuevo proceso laboral tenga una utilidad práctica mayor, de tal manera que cumpla con tutelar efectivamente los derechos del trabajador, a quien se le impone un deber mínimo de probanza, y, a su vez, sirva para combatir el fraude en la contratación laboral. Todo ello, sin conllevar un arbitrario privilegio probatorio, toda vez que puede ser destruida por el demandado, en salvaguarda de verdaderas relaciones civiles o mercantiles. 

25 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. Derecho del Trabajo, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, vigésima edición, pp. 535-536.

26 CRUZ VILLALÓN, Jesús. Compendio de Derecho del Trabajo, Editorial Tecnos, Madrid, 2009, segunda edición, pp. 31-34.