

LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE TRABAJO¹

Por: Luz Pacheco Zerga*

Resumen

La autora analiza los elementos esenciales del contrato de trabajo contenidos en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y su tratamiento por la jurisprudencia nacional y en el derecho comparado con el fin de identificar las relaciones personales de servicios que corresponden al contrato de trabajo y otorgarles la tutela social que les corresponde.

Palabras clave: contrato de trabajo, servicios personales, remuneración, subordinación, poder de dirección, poder disciplinario, horario de trabajo.

Abstract

The author examines the essential elements of the employment contract contained in the Labour Productivity and Competitiveness Law and its treatment by national jurisprudence and comparative law in order to identify the service relationships that correspond to the employment contract and grant social protection they deserve.

Keywords: contract of employment, personal services, salary, subordination, power steering, power disciplinary, work schedule

Sumario

I. LA CAUSALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO. II. LA CAUSA OBJETIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO SUJETO A MODALIDAD. III. LA RETRIBUCIÓN PROPIA DE LA RELACIÓN LABORAL. IV. EL CARÁCTER PERSONAL DE LOS SERVICIOS LABORALES. V. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DEL CONTRATO DE TRABAJO. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Versión entregada al editor : Revista de Derecho de la Universidad de Piura, noviembre 2012.

* Abogada por la PUCP. Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Profesora Ordinaria Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. luz.pacheco@udep.pe

Uno de los derechos fundamentales de la persona es el de trabajar libremente, con sujeción a la ley. Esta sujeción implica que, tanto la causa como el objeto del trabajo, deben ser lícitos y respetar el orden público². Estas exigencias son fácilmente comprobables en nuestro ordenamiento jurídico. No sucede lo mismo cuando, a partir del art. 22 del texto constitucional se hace referencia a la protección que corresponde al trabajador, ya que este término exige identificar previamente una relación jurídica de prestación de servicios como de tipo laboral, que es a la que se refiere el constituyente a partir del art. 23 hasta el 28.

Determinar quién es trabajador o cuándo unos servicios son de naturaleza laboral equivale a precisar el ámbito subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo. El cual, a su vez, nos remite al concepto de contrato de trabajo. En otras oportunidades he hecho referencia a la naturaleza jurídica del contrato de trabajo haciendo hincapié en la conexión de negocios que existe entre el trabajador y el empresario, que confluyen en el interés general del éxito empresarial como condición de subsistencia del vínculo jurídico y de la mejora de las condiciones económicas y de trabajo³. En esta oportunidad el objetivo es contribuir a identificar los elementos que permiten a un operador del derecho calificar la naturaleza laboral de unos servicios y, consecuentemente, extender la protección constitucional y legal que corresponde al trabajador.

El Ordenamiento peruano, tanto a nivel legal como jurisprudencial, ha establecido que la subordinación o dependencia es el elemento diferenciador del contrato de trabajo respecto a otros de prestación de servicios. No obstante, la subordinación se deduce de un conjunto de elementos y no de uno aislado. La presente investigación pretende contribuir al esclarecimiento de los rasgos que establecen la diferencia entre un contrato de prestación de servicios de tipo civil y el laboral. Con este fin desarrollaremos cuatro conceptos: la causalidad del contrato de trabajo; la causa objetiva en los contratos sujetos a modalidad; la remuneración, el carácter personal de los servicios y la subordinación como elementos configuradores del instituto jurídico medular de esta disciplina: el contrato de trabajo.

² Así se deduce del art. 2, incisos 14 y 15 de la Constitución.

³ Cfr. PACHECO ZERGA, Luz. "La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización," *Asesoría Laboral*, no. 235, 2010, pp. 19-30.

I. LA CAUSALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO

El Título I de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), si bien se denomina "Del contrato de trabajo", no contiene una definición de este instituto sino, únicamente, la descripción de una situación de hecho, en base a la cual se presume su existencia. Esta presunción es la del art. 4º: "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado". De acuerdo a esta norma los elementos que configuran el contrato de trabajo son cinco: tres explícitos y dos, implícitos. Los explícitos son la prestación personal de servicios que, además de ser remunerados, han de ser, subordinados. Y los implícitos, la causa y el objeto del contrato.

La referencia al plazo del contrato evidencia que se trata de uno de ejecución continuada y no instantánea. De allí que la presunción sea que el acuerdo es por plazo indefinido: mientras exista la causa que dio origen al negocio. El servicio prestado en una sola oportunidad no responde a la naturaleza y fines del contrato de trabajo.

El Código Civil define el contrato como "el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial⁴". Si a esta definición le aplicamos los elementos de la presunción del art. 4º de la LPCL podemos concluir que el contrato de trabajo se configura como un negocio jurídico bilateral de cambio, del tipo doy para que hagas y hago para que des⁵. En virtud del cual el trabajador procede voluntariamente a realizar una actividad en beneficio del empleador, en forma personal, a cambio de una remuneración, bajo sus órdenes e instrucciones.

El Código Civil peruano de 1984 no hace referencia a la causa como elemento esencial de la obligación en el contrato, sin embargo esta omisión legislativa no equivale, en modo alguno a negar su existencia⁶. Lo mismo se puede afirmar de la omisión en la LPCL y en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (ALGT) al regular el contrato de trabajo a plazo indefinido. En cambio, cuando el legislador se refiere a los contratos

⁴ Art. 1351.

⁵ Cfr. Código Civil, art. 1757.

⁶ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. Palestra, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Lima, 2008, p. 113.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

sujetos a modalidad existe una referencia no sólo explícita sino esencial para legitimar la contratación a plazo determinado, según se aprecia de la lectura del art. 72 de esa norma⁷. Esta dualidad de criterios está directamente relacionada con un principio del Derecho Laboral reflejado en una sentencia del Tribunal Constitucional (TC), según la cual en nuestro ordenamiento “hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental”⁸.

Por tanto, aunque la causalidad del contrato es “uno de los más oscuros y difíciles de aprehender, de la doctrina y de la técnica del Derecho Civil”⁹, es indispensable para la adecuada calificación de un contrato laboral. A esta tarea nos dedicaremos en este apartado para continuar en el siguiente con la denominada causa objetiva.

La causa del contrato de trabajo, como la de cualquier otra figura contractual, es la razón práctica típica, la función económico-social del negocio querida por el ordenamiento jurídico para un específico contrato, que por eso cumple una función caracterizadora del negocio jurídico¹⁰. Podríamos denominarla causa legal porque es la ley la que impone que cuando las partes se han puesto de acuerdo en la prestación de servicios personales, remunerados y subordinados han celebrado un contrato de trabajo a plazo indefinido (LPC: art. 4)¹¹. Y es la misma ley la que también exige que para que esa contratación sea a plazo determinado es indispensable que exista una o más causas objetivas que justifiquen la celebración de un contrato temporal.

La doctrina académica distingue entre la causa de la obligación, que es la razón por la cual ésta es asumida por cada contratante y la causa del contrato, que es el móvil “que determina a cada uno de los contratantes a concluirlo”¹².

⁷ Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y *las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral* (las cursivas no son del original).

⁸ Exp. N° 1874-2002-AA/TC, recogida en la sentencia del Exp. N° 04220-2007-PA/TC, F.J. 6.

⁹ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, 6a. ed., II vols., vol. I, Thomson & Civitas, Madrid:, 2007, p. 255.

¹⁰ LUJÁN ALCARAZ, José. *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo*, ed. Relaciones Laborales, *Colección Informes y estudios*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1994, p. 108.

¹¹ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 113.

¹² OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 112.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

De acuerdo a la doctrina más autorizada, la causa entendida como motivación del/los contratante(s) es irrelevante cuando no se manifiesta. En cambio, se convierte en causa ocasional o motivo determinante del acto jurídico cuando se hace expresa mención a ella y es aceptada por la otra parte. Al punto que la falsedad traería consigo la anulación del contrato puesto que afectaría el consentimiento de una de las partes¹³. De allí la exigencia que esa causa genérica, que puede ser abstracta, sea siempre lícita y verdadera¹⁴.

Si aplicamos estos criterios al contrato laboral esa anulabilidad surgiría, por ejemplo, si el empleador ofreciese un puesto de trabajo con responsabilidades que sabe que el trabajador considera indispensables para su desarrollo profesional y, al ejecutar el contrato no se las otorgase. O, caso contrario, si fuese el trabajador quien plantease ese horizonte de desarrollo profesional como una cualidad, que para el empleador fuese el motivo determinante para decidir su contratación y luego no asumiera las obligaciones que esas responsabilidades exigen. En estos casos el juez laboral sería el competente para solucionar el conflicto¹⁵ que debería calificarse, tal como lo hace el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, como una inexecución del contrato por responsabilidad de una de las partes, que obliga a reparar los daños y perjuicios ocasionados (art. 16).

Por otro lado, a pesar de la insistencia en la irreductible contraposición de intereses entre trabajadores y empleadores, la causa nos permite encontrar un elemento en común, puesto que "en una convención no deben dissociarse causas distintas para cada una de las partes, sino referir la causa subjetiva a la producción del resultado objetivo del contrato considerado en su integridad"¹⁶. En el contrato de trabajo, si bien el empleador busca la realización de unos servicios bajo su dirección y el trabajador ganar una retribución suficiente para él y su familia, en un sistema de trabajo acorde con la dignidad humana, ambos persiguen un intercambio de bienes (aquel doy para que hagas o hago para que des) que se concreta en la cesión de la titularidad del rendimiento o frutos de los servicios que se prestan.

La causa, por tener esa función caracterizadora a la que nos hemos referido antes, permite diferenciar al contrato de trabajo de otros de categorías próximas, como son los

¹³ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, 2008, pp. 113-114.

¹⁴ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, 2008, p. 113.

¹⁵ Ley 29497, arts. 1 y 2.

¹⁶ Cfr. LUJÁN ALCARAZ, José, 1994, p. 108 y definiciones de la nota a pie de página n. 169.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

de mandato, arrendamiento de servicios, socios cooperativos, etc. Efectivamente, si bien todos estos contratos tienen en común un intercambio del tipo *facio ut des*, lo que los distingue del contrato de trabajo es que la causa típica de éste es el título habilitante de la cesión remunerada de los frutos o de la utilidad del trabajo¹⁷. La causa justifica la atribución patrimonial que se realiza mediante el intercambio que “se pretende conseguir como resultado social y para lo que se busca o espera el amparo jurídico”¹⁸. El trabajador al ceder la utilidad patrimonial de su actividad a favor del empleador, le otorga el título que le faculta a dirigir y determinar el modo de cumplir con la prestación.

Esta cesión se encuentra implícita en la presunción del art. 4 de la LPCL. Se puede afirmar, entonces, que todo contrato laboral lleva aneja la atribución de la utilidad patrimonial del trabajo realizado durante un cierto tiempo, a cambio de una remuneración¹⁹, cuya contrapartida es el “poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario la destine”²⁰. Nace así la subordinación del trabajador en dos dimensiones: por un lado, la atribución básica, que es puramente patrimonial y, por otra, la atribución derivada o instrumental de carácter personal, que faculta al empresario a ordenar y dirigir la prestación de trabajo²¹, así como a sancionar disciplinariamente los incumplimientos del trabajador, que se encuentra obligado por un deber de obediencia²².

Esta doble cesión es sustancialmente distinta a la que se realiza en el ámbito civil, porque en los contratos de compraventa y de arrendamiento “la realización de la prestación a cargo del vendedor o del arrendador no es posible sin un empleo de bienes e implica siempre un cambio definitivo o provisional de la situación de la propiedad, ya que se cede ésta misma o se cede su disfrute”²³. En cambio, el contrato de trabajo no implica ese cambio de situación: el cumplimiento del contrato laboral no exige una

¹⁷ Para un estudio detallado de estas diferencias remito al estudio realizado por LUJÁN ALCARAZ, José, 1994, pp. 107-199.

¹⁸ De Bravo, citado por DIEZ-PICAZO, Luis, 2007, p. 275.

¹⁹ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho y trabajo*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 22-23. Por esta razón, el trabajador es “siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo”. MONTOYA MELGAR, Alfredo, 1997, p. 23.

²⁰ MONTOYA MELGAR, Alfredo, 1997, p. 28.

²¹ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, 1997, p. 28.

²² Cfr. LPCL, art. 9.

²³ BAYÓN CHACÓN. Gaspar. *La autonomía de la voluntad en el Derecho del trabajo: limitaciones a la libertad contractual en el Derecho histórico español*, Tecnos, Madrid, 1955, p. 31.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

sucesión económica en favor del empresario porque lo esencial del contrato no consiste en la cesión por el trabajador de algo perteneciente a su patrimonio, sino en la obligación de realizar un trabajo en forma dependiente y subordinada. El trabajador "no cede bienes, sino energías; no presta nada que pertenezca a la propiedad de una persona, sino algo que emana de su ser"²⁴.

Apreciamos que, en el caso del contrato de trabajo, si bien existe un elemento patrimonial –el de la remuneración– éste no agota ni define propiamente el tipo de relación jurídica que se entabla entre un trabajador y el empleador que contrata sus servicios. La razón fundamental es que la actividad que realiza el trabajador, al ser inseparable de su persona, exige una protección especial del Estado. A éste le compete dar los lineamientos que salvaguarden la dignidad del trabajador y aseguren los mínimos indispensables para que las condiciones en las que se prestan los servicios contribuyan efectivamente al desarrollo de la personalidad y al bienestar social²⁵. En cambio, cuando se trata de prestar servicios en forma independiente o de un comercio meramente patrimonial no es necesaria esta misma tutela²⁶.

La tutela del mínimo social se refleja en que el contrato de trabajo no es producto exclusivo de la voluntad de las partes, más bien, se configura por la conjunción de normas heterónomas y autónomas. La presunción del art. 4° de la LPCL, con la que iniciamos este análisis, es la mejor muestra de que aún cuando la voluntad de las partes hubiese sido celebrar un contrato civil, en caso de que confluyan los elementos señalados –trabajo personal, remunerado y subordinado– prima la realidad y se pone en juego la tutela social. De allí que la autonomía de la voluntad, es decir, la potestad creadora de las partes se enmarque en el ámbito establecido por la normativa constitucional y legal. Y, tan pronto como se establece el vínculo laboral entre un empresario y un trabajador, a ese pacto individual se incorporan todas las prescripciones

²⁴ Cfr. BAYÓN CHACÓN. Gaspar, 1955, p. 32.

²⁵ Cfr. art. 22 de la Constitución.

²⁶ "El contrato de trabajo, salvo las limitaciones de orden público que están sintetizadas en el mínimo social o convencional establecido para la empresa donde se ejecutará el propio contrato, constituirá siempre un acuerdo de voluntades encaminadas a que el empleador se beneficie de una labor ajena que previamente ha establecido orgánicamente como consonante a sus intereses por la que remunera y, de parte del trabajador, ejecutar subordinada y lealmente el encargo convenido. Dentro de esta perspectiva, el contrato de trabajo es un contrato personal más de los que existen que, por las reservas legales impuestas ha de sujetarse a dichas limitaciones pero sin vaciar el contenido de los elementos que esencialmente se presentan en todo contrato (voluntad, consentimiento, causa, objeto, conformidad con el orden público, forma, entre otros). Casación N° 1379-2003-Puno, *El Peruano*, 1.III.2005 reproducida por AVALOS JARA, Oxal Víctor. *Contratos de trabajo temporal*, Grijley, Lima, 2008, p. 18.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

del Derecho necesario, como son la jornada máxima, la remuneración mínima, la seguridad social, los descansos remunerados, etc.²⁷.

Esta simbiosis de aspectos personales, patrimoniales y normativos permite distinguir una triple dimensión en la relación jurídica que origina el contrato de trabajo: a) personal, que obliga *intuitu personae*; b) económica, con efectos patrimoniales y; c) normativa, que fija los mínimos de Derecho necesario a través de los mecanismos legales tradicionales y de la fuente típica del Derecho del Trabajo, que es el convenio colectivo.

En estas décadas de presión económica en la que las jornadas laborales se extienden a más de diez horas diarias por la competitividad, conviene recordar que fueron las normas heterónomas las que permitieron que el trabajador subordinado superase la simple "condición" para adquirir el "estatuto" de trabajador asalariado. La "condición" carece de específica relevancia jurídica porque no existen normas generales que la protejan y regulen²⁸. Por el contrario, el "estatuto" se configura por una protección jurídica "blindada", que somete a sus disposiciones a la autonomía de la voluntad²⁹. Por esta razón, el contrato de trabajo se convirtió en un instrumento de protección social que permitió al asalariado gozar de un reconocimiento jurídico-social y constituye la institución madre del Derecho del Trabajo. Protección que la presión de la globalización y la liberación de la economía y de la regulación del trabajo ha debilitado sustancialmente en los últimos veinte años.

II. LA CAUSA OBJETIVA DEL CONTRATO DE TRABAJO A PLAZO DETERMINADO

La importancia de la causa cobra un matiz particular cuando se trata de celebrar contratos a plazo fijo. La LPCL, art. 72 que ya hemos mencionado, exige que exista una causa objetiva que justifique que el contrato no se celebre a plazo indeterminado sino, más bien, a plazo fijo. El TC ha declarado que el "régimen laboral peruano se rige, entre

²⁷ Cfr. BAYÓN CHACÓN. Gaspar, 1955, p. 19.

²⁸ Por eso, los derechos en una locación de servicios son únicamente los pactados en el contrato, y las normas del Código Civil tienen carácter supletorio. Ver, por ejemplo, las disposiciones de los arts. 1767 y 1768.

²⁹ Cfr. GARCÍA DE HARO, Ramón. *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, Madrid, 1963, pp. 151 y ss.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

otros, por el principio de causalidad, en virtud del cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizado mientras subsista la fuente que le dio origen³⁰. Y de este principio se deriva la preferencia por la contratación a tiempo indefinido y la excepcionalidad de la temporal. Y esta excepcionalidad se manifiesta en las exigencias de formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales y sanciones cuando hay fraude o simulación en el uso de estas reglas. En esa oportunidad el Tribunal precisó que los contratos temporales³¹, así como los calificados como accidentales-ocasionales³² justifican, en el primer tipo de contratos, la contratación de personal en forma temporal cuando no sea suficiente el personal de la empresa para atender una coyuntura; y, en el segundo, cuando se tenga que atender necesidades ocasionales, distintas a las actividades habituales en la empresa³³. En otras palabras, mientras que en el primer grupo se puede contratar temporalmente a personal para labores permanentes en la empresa, en el segundo, han de tratarse de actividades distintas a las habituales, lo cual justifica la temporalidad.

Estos contratos constituyen la excepción a la regla general de la LPCL, art. 4. Por eso, su validez se encuentra ligada al cumplimiento de los requisitos formales y de fondo establecidos en el art. 72. En consecuencia, si no se observa la forma escrita, y/o si no se demuestran las causas objetivas de la contratación temporal, ésta se convierte en indefinida.

El Título II de la LPCL al regular los nueve tipos de contratos modales hace referencia a la naturaleza permanente o temporal de los servicios. Cuando permite contratar personal en forma temporal para cubrir puestos permanentes de la empresa es indispensable que se precise la causa objetiva que justifica esa temporalidad. En modo alguno es suficiente una remisión genérica al texto de la ley como serían "las necesidades del mercado" o "el aumento de la demanda". Cuando no se cumple con esta exigencia se produce la desnaturalización del contrato que pasa a ser a plazo indeterminado, de acuerdo a lo previsto en la LPCL, art. 77 d). La consecuencia inmediata, en palabras del TC consiste en que "... al haberse determinado que entre las partes existía una relación laboral de naturaleza indeterminada, la demandante sólo podía ser despedida por una causa justa

³⁰ Exp. N° 1874-2002-AA/TC.

³¹ Que comprenden el contrato de inicio o lanzamiento de una nueva actividad; el de necesidades de mercado y el de reconversión empresarial (LPCL, art. 54).

³² Que, a su vez, incluyen los contratos ocasionales, de suplencia y emergencia (LPCL, art. 55).

³³ Cfr. Exp. N° 1874-2002-AA/TC.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

relacionada con su conducta o capacidad laboral, por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el vencimiento del plazo del contrato, tiene el carácter de un despido arbitrario frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales”³⁴. Sobre estos supuestos hay abundante jurisprudencia tanto del TC como del Poder Judicial³⁵.

Las causas objetivas tienen que ser demostradas por el empresario mediante los instrumentos adecuados, que pueden ser informes técnicos, legales o estadísticos, planes de producción y/o cartera de clientes que acrediten en calidad o cantidad el requerimiento de mano de obra temporal. Asimismo el organigrama de la empresa debe reflejar, inclusive con los códigos de identificación de los puestos en la planilla electrónica, cuándo se trata de puestos temporales y cuándo de los permanentes³⁶.

Para la mejor comprensión del concepto de causa objetiva recogemos, a continuación, tres pronunciamientos del TC:

1. Se consideran labores de naturaleza permanente y no temporal, sin que sea creíble la invocación al “incremento de actividades” cuando dichas “actividades” preexistían en el centro de trabajo, más aun si estas funciones forman parte de los servicios que prestan los gobiernos locales, incluso si según el actor ya las realizaba (Cfr. Exp. 03955-2008-PA/TC).
2. El Colegio de Abogados de Lima contrató a una trabajadora de manera temporal y, en el contrato, expresó como causa el haber iniciado el ejercicio de funciones de una nueva junta directiva, de la cual forma parte la Secretaría General, siendo su interés

³⁴ Exp. N.º 04220-2007-PA/TC.

³⁵ Remito a dos de ellas: 1. “... la alegación de la Cooperativa emplazada respecto a que “contrató a la accionante por necesidad de mercado” no resulta ser cierta toda vez que del contenido de los contratos de trabajo referidos no se aprecia que a la demandante se le haya contratado para atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, tal como lo dispone el artículo 58 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Es más, del contenido de los contratos de trabajo referidos no se advierte que exista una causa objetiva que haya justificado la contratación de la demandante por un plazo determinado; por consiguiente, los contratos de trabajo a plazo determinado no tienen ninguna validez ya que mediante ellos la Cooperativa emplazada encubría una relación laboral de naturaleza indeterminada”. Exp. N.º 04220-2007-PA/TC. 2. “La conclusión de la Sala Superior sobre la desnaturalización de los contratos modales a los que se encontró sometido el actor reposa exclusivamente en que estos no han observado las formalidades exigidas por ley para su validez y eficacia en tanto no han precisado – de manera descriptiva – la causa objetiva que justifique la contratación (...) del accionante, habiendo sólo invocado esta causal para justificar su celebración...”. Casación N° 2365-2005-Lima, *El Peruano*, 30.XI.2007.

³⁶ Cfr. AELE, *Compendio Laboral*, AELE, Lima, 2011, pp. 156-157.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

contratar a la trabajadora como secretaria en esta secretaría. En atención a ello, el Tribunal Constitucional considera que tal motivación no constituye una causa objetiva que justifique la contratación temporal de una trabajadora, pues "no proporciona información alguna que [pueda] justificar una contratación modal y no una a plazo indeterminado". (Cfr. Exp. 01579-2011-PA/TC).

3. Los contratos para obra o servicio específico deben consignar las causas objetivas, determinantes de la contratación. Esta condición no puede considerarse cumplida si el tenor del contrato no detalla el servicio específico o la obra para la cual es contratado el trabajador. El limitarse a señalar que la contratación es temporal y que busca cubrir una plaza destinada a trabajadores reubicados no refleja el cumplimiento de la causa objetiva de la contratación modal que exige la ley (artículo 63 del TUO del Decreto Legislativo N° 728) (Cfr. Exp. 00124-2010-PA/TC).

La desnaturalización a que se refiere la LPCL, art. 77 d) no sólo ocurre cuando no existe la causa objetiva sino cuando el objeto del contrato, es decir, las labores concretas que debe realizar el trabajador, constituyen fórmulas vacías que impiden identificar el trabajo concreto a realizar y, por tanto, la temporalidad de esos puestos en la empresa. Sirvan de ejemplo a este supuesto dos sentencias del TC:

1. Si un empleador omite precisar cuál es el servicio concreto que debe cumplir un trabajador contratado bajo modalidad, se considerará que, en realidad, utilizó la mencionada modalidad contractual como una fórmula vacía, con el único propósito de simular labores de naturaleza permanente como si fuesen temporales. Así, en estos casos, se incurrirá en el supuesto de desnaturalización del contrato previsto en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR (TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) por simulación y fraude a las normas laborales y, en consecuencia, deberá considerarse que existió entre las partes un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en virtud del cual el trabajador no puede ser despedido sin expresión de una causa objetiva relativa a su capacidad o a su conducta laboral. (Cfr. Exp. 00283-2011-PA/TC).

2. La elaboración de planillas del personal de una universidad o de cualquier empresa, constituye una labor permanente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones económico - prestacionales de todo empleador, razón por la cual la

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

contratación laboral modal para la realización de dichas labores desnaturaliza la legislación laboral al respecto. (Cfr. Exp. 03771-2010-PA/TC).

Para culminar este apartado sólo resta hacer referencia a la discusión académica sobre la viabilidad de considerar el art. 82 de la LPCL³⁷ como una "cláusula abierta de contratación temporal". Tal como expresa un sector de la doctrina, de la lectura de ese artículo se deduce que si la causa que justifica una contratación es temporal, también debería serlo el contrato, pero no todos los autores comparten esta opinión³⁸. Consideramos que lo esencial es evitar el abuso del derecho o el fraude de ley, pero no la contratación temporal legítima. Sin embargo, como una medida de prudencia se ha de tener en cuenta que el TC se ha pronunciado sobre este tema y considera que "los contratos de trabajo señalados en el Título II del Decreto Supremo N.º 003-97-TR constituyen un listado cerrado y taxativo de supuestos de contratación temporal y, por ende, son los únicos tipos contractuales que el empleador puede utilizar para contratar un trabajador por plazo determinado, pues, en caso contrario, el contrato de trabajo celebrado será considerado como uno de duración indeterminada"³⁹.

III. LA NATURALEZA PERSONAL DE LOS SERVICIOS LABORALES

El art. 5º de la LPCL establece que quien presta los servicios necesariamente tiene que ser una persona natural y la denomina "trabajador". No cabe entonces celebrar contratos de trabajo con personas jurídicas: ésta es la razón por la cual cuando una persona jurídica es designada como Gerente General de otra empresa, se encuentra obligada a nombrar a una persona natural que la represente, la que estará sujeta a las responsabilidades señaladas en la Ley General de Sociedades⁴⁰.

Los servicios para que puedan ser calificados de laborales, deben ser prestados en forma directa por el trabajador. Sin embargo, es posible que sea ayudado por familiares

³⁷ Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse.

³⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p. 53. Cita el autor al Prof. Elmer Arce O., quien considera que este artículo hace referencia a los regímenes especiales, pero no a otros atípicos.

³⁹ Exp. Nº 04220-2007-PA/TC.

⁴⁰ Ley 26887, art. 193.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

directos, sin desvirtuar este carácter personal, cuando sea usual en el tipo de labor contratada⁴¹. Pero, si en un contrato se pactase en la prestación la posibilidad de nombrar un sustituto, estaríamos ante un contrato de naturaleza diferente al laboral, que podría ser de tipo civil o mercantil.

Sólo la persona es capaz de trabajar, porque sólo ella es capaz superar la mera transformación o aprovechamiento del universo y ser responsable de su actividad frente a sí misma y a los demás⁴². Por este motivo, están excluidas de la normatividad del Derecho del Trabajo la actividad realizada por robots, así como las prestaciones de las personas jurídicas.

Los servicios contratados laboralmente tienen un carácter personalísimo (*intuitu personae*), por lo que quedan fuera de su ámbito las prestaciones de personas físicas o naturales en las que la persona del autor sea intercambiable, así se deduce de la lectura del art. 5° de la LPCL. En los contratos civiles, como el de locación de obra, es posible que el contratista subcontrate íntegramente la obra, con autorización escrita del comitente⁴³. En el de prestación de servicios también se admite la colaboración de otros, en calidad de auxiliares o sustitutos, con un carácter más amplio que el permitido en el art. 5° de la LPCL⁴⁴. Finalmente, en el contrato de mandato, el mandatario puede nombrar a un sustituto que lo reemplace⁴⁵.

Llegados a este punto interesa destacar que la distinción entre trabajo manual o intelectual es irrelevante para identificar el carácter personal de la prestación. No obstante conviene precisar la distinción entre ambos y los criterios empleados para realizarla:⁴⁶

a) Trabajo manual: Se denomina así al esfuerzo humano que recae sobre el medio natural o físico. El ser humano realiza esa actividad manejando materia, al hacerlo puede tener contacto directo con ésta o a través de otro objeto material, que por lo

⁴¹ LPCL, art. 5.

⁴² Sobre la centralidad del trabajo en el desarrollo humano remito a lo expresado en PACHECO ZERGA, Luz. "La ruta hacia la igualdad de oportunidades "en *Tendencias y perspectivas laborales: juicios, relaciones sindicales y marco interdisciplinario. V Congreso Nacional de la SPDTSS*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, 2012, pp. 224-227.

⁴³ Cfr. CC, 1772.

⁴⁴ Cfr. CC, 1766.

⁴⁵ Cfr. CC, 1793, 1 y CC español, 1721.

⁴⁶ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia. *Derecho del Trabajo*, 23va Rev. ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2005 pp. 32-33

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

general, será el fruto de un trabajo previo, suyo o de otros: un útil, una herramienta o instrumento. Ese útil puede ser activado directamente por el hombre (uso de una lampa o un pincel) o por intermedio de otros seres vivos (el borrico que da vueltas a una noria o los bueyes que arrastran el arado) o de fuerzas que el hombre previamente haya sujetado a su control mediante una máquina (máquina cardera: transformación de los fardos de lana en un hilo de lana). Lo esencial es la presencia del hombre en el punto inicial de la acción sobre el mundo exterior, aunque existan diferencias profundas de esfuerzo, control y ritmo entre los distintos tipos de trabajo manual.

b) El trabajo intelectual: Se denomina así al que actúa sobre el medio cultural o social, manejando signos o símbolos. El más característico de estos signos es el lenguaje oral o escrito (aunque puede el hombre utilizar otros más rudimentarios -los gestos- o más complejos -las fórmulas matemáticas- o de combinaciones de varios de ellos. Al igual que en el trabajo manual, puede hacer uso de herramientas o máquinas: desde un instrumento musical hasta una computadora. La actividad humana no exteriorizada se llama contemplación y no se puede clasificar como trabajo. Un comportamiento humano es contemplativo y no laboral, cuando el sujeto descansa en sí mismo, de la realización de su actividad. En cambio, es necesario reafirmar que califica como trabajo aquella actividad transitiva "que, comenzando en el sujeto humano, está dirigida a un objeto externo"⁴⁷.

Podemos concluir que, son objeto del Derecho del Trabajo, tanto el trabajo manual como el intelectual. La distinción entre ambos, importante y realista, no debe, sin embargo, extremarse ni, menos aún, asignar consciente o inconscientemente la superioridad al intelectual. El trabajo intelectual conlleva alguna modificación del mundo exterior; y por otro lado, el trabajo manual, en cuanto predicado del hombre, supone siempre un acto de la inteligencia⁴⁸. Todo trabajo del hombre incorpora un proyecto. Por eso es inmoral e injusto, impedir o no propiciar la intervención inteligente de los trabajadores en el proyecto productivo. El hombre busca, y debe encontrar, una satisfacción al trabajar.

⁴⁷ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, pp. 32 – 33.

⁴⁸ Sobre la importancia de los trabajos manuales, en particular, los del cuidado de la persona, ver CHIRINOS, María Pía. *Antropología y trabajos. Hacia una fundamentación filosófica de los trabajos manuales y domésticos*. Editado por Cuadernos de Anuario Filosófico. Vol. 157, Serie Universitaria. Pamplona: Universidad de Navarra, 2002.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

Volviendo al análisis del art. 5° de la LPCL hemos hecho referencia a que no se pierde el carácter personal de los servicios cuando el trabajador es ayudado por familiares directos, que dependen de él y siempre y cuando esa ayuda sea compatible con la naturaleza de las labores. Para comprender qué podemos entender por "familiar directo" hemos de aplicar las normas del Código Civil⁴⁹.

Encontramos que el Código distingue entre parentesco de consanguinidad⁵⁰ y el de afinidad⁵¹, pero que no hace referencia al parentesco directo. Sin embargo, el Código de 1936 distingue entre parentesco en línea recta⁵² y en línea colateral⁵³ y de la lectura del actual Código podemos concluir que se mantienen esta distinción⁵⁴. Por eso, al aplicar estos criterios de carácter supletorio a las disposiciones de la LPCL, se debe tener en cuenta la interpretación auténtica que recoge la Segunda Disposición Complementaria de la LPCL. Esta disposición fue incluida con la ley 26513 y realizó una "interpretación auténtica", según la cual, la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural que conduzca un negocio, ya sea personalmente o no, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral la prestación de servicios del cónyuge: en este último caso no se ha previsto la posibilidad del pacto en contrario.

IV. LA RETRIBUCIÓN CARACTERÍSTICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

La Constitución Política, en el último párrafo del artículo 23, declara que "nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento". Esa retribución debe ser realizada por quien se beneficia de los servicios, que se convierte en acreedor del trabajo y en deudor de la retribución. En las líneas que siguen a continuación

⁴⁹ Cfr. arts. 236 y 237.

⁵⁰ Es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común.

⁵¹ El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges y los parientes consanguíneos del otro.

⁵² Art. 294: Son parientes en línea recta las personas que descienden una de otra.

⁵³ Art. 295: Son parientes en línea colateral las personas que provienen de un ascendiente común, pero que no descienden una de otra. Este parentesco sólo produce efectos civiles hasta el cuarto grado (primos hermanos)

⁵⁴ Para establecer el grado de parentesco se determina por el número de generaciones. Cuando se trata de parentesco colateral el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro (los hermanos son de segundo grado). Actualmente el parentesco, ya sea de consanguinidad o afinidad, sólo produce efectos civiles hasta el cuarto grado (primos hermanos).

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

resaltaremos algunos aspectos de este deber retributivo del empleador, sin pretender agotar las múltiples cuestiones que se presentan en relación a la remuneración.

En el ámbito laboral esta obligación le corresponde al empleador. La LPCL califica como remuneración, "el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición" (art. 6°). En nuestro medio se emplean, además, los términos de salario para referirse a la remuneración de los obreros y el de sueldo, para los empleados. La primera proviene de la voz *salarium*, que designaba la paga hecha al domestico a quien se daba, según las costumbres, como recompensa por sus servicios una cantidad de sal. Por su parte, la voz sueldo proviene según unos del vocablo *soldius* (moneda gruesa) y según otros, de *soldada*, nombre dado al estipendio que percibían los soldados, en épocas de la Roma antigua⁵⁵.

A la vez se debe advertir que el término salario es utilizado, en la doctrina y en el derecho comparado, como un término genérico, según se advierte en el Convenio 95 de la OIT (junio de 1949). En este documento se afirma: "A los efectos del presente Convenio, el término "salario" significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".

En cualquier caso, la remuneración se paga en proporción a los servicios prestados. Por esta razón el contrato de trabajo es de naturaleza bilateral, recíproco, conmutativo, ya que la medida de la obligación de una de las partes es igual al cumplimiento que la otra haga de la suya. De allí que si un trabajador hace uso de su derecho de huelga, el contrato de trabajo se suspende y no es posible despedir justificadamente⁵⁶. El ejercicio legítimo del derecho de huelga permite al trabajador dejar de trabajar pero también libera al empleador de la obligación de remunerar los días de inasistencia al trabajo. Por

⁵⁵ La costumbre y también la legislación han utilizado el vocablo "sueldo" para la paga quincenal o mensual recibida por un empleado, que es el trabajador que realiza labores denominadas de oficina; mientras que la expresión "salario" se utiliza como sinónimo de jornal (remuneración correspondiente a un día de trabajo) y designa la paga de un obrero, que es el que realiza los trabajos de mayor actividad física.

⁵⁶ Cfr. LPCL, art. 12, h).

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

eso la huelga es una medida de fuerza extrema, que se emplea como último recurso a sabiendas que perjudica a ambas partes, pero que constituye un mal menor frente al daño que implicaría seguir trabajando en condiciones injustas o lesivas a los derechos laborales o constitucionales.

También se debe señalar que la posición de débito del empleador frente al trabajador tiene dos obligaciones básicas inseparables: la de retribuir y la de respetar personal y laboralmente al trabajador. El primero de estos deberes se corresponde con el carácter recíproco y conmutativo del contrato de trabajo. El segundo, es la expresión del respeto a los derechos fundamentales del trabajador en la relación laboral⁵⁷.

El deber de remunerar el trabajo si bien es una obligación de dar una cosa a otro, se tipifica no tanto por aquello que se da y recibe, que puede ser muy diverso según la clase de remuneración pactada, ni por el acto de darla o recibirla, sino por el título en virtud del cual se da y se recibe⁵⁸. Este título, en el caso del empleador, es el del cumplimiento de su obligación de remunerar el trabajo⁵⁹, y para el trabajador, el de la contraprestación por el trabajo realizado⁶⁰. Por eso, la remuneración es uno de los elementos esenciales que configura el contrato de trabajo y constituye la prestación básica debida por el empleador al trabajador⁶¹.

En la prestación retributiva asumida por el empleador se puede distinguir, desde el punto de vista de la dogmática jurídica, tres aspectos⁶²:

a) La obligación retributiva, que se corresponde con el derecho de crédito remunerador del trabajador, constituye al empresario en un obligado a un *dare*, de carácter patrimonial, que a su vez se concreta en cumplir con:

⁵⁷ Arts. 1 y 23,2: "Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o limitar la dignidad del trabajador".

⁵⁸ Sobre este punto remito al art. 2, incisos 14 y 15 de la Constitución.

⁵⁹ LPCL, art. 4.

⁶⁰ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, pp. 329-330.

⁶¹ Cfr., por todos, OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, p. 329. Se ha afirmado que la presencia de la remuneración explica "la ajenidad en la utilidad del trabajo característica de la relación laboral: el trabajador acepta su extrañamiento frente a la utilidad patrimonial de su propio trabajo en la medida en que es compensado con un salario". MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, 26va ed., Tecnos, Madrid, 2005, p. 368. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el mismo sentido, por todas, ver Exp. 112-98-AA/TC (21.X.1999) y 725-98-AA/TC (5.XI.1999).

⁶² Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo, 2005, p. 368.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

b) La prestación retributiva, que consiste en el pago de la retribución, esto es, en la transferencia de la propiedad de dinero o bienes distintos de él. En tal sentido, se trata de una prestación de dar. Excepcionalmente esa obligación puede consistir en una mera cesión de uso o disfrute, sin traslación de dominio, como cuando se compensa económicamente al trabajador facilitándole una casa habitación o un automóvil durante el contrato. Esta prestación es, por lo general, instantánea aunque de ejecución periódica. Según su contenido puede ser dineraria (*valutaria*) o real (en especie).

c) La retribución: es el objeto de la prestación retributiva. Está constituida por el dinero o los bienes distintos del dinero que el trabajador obtiene a cambio de su trabajo. Esta retribución, como ya hemos visto, de acuerdo al art. 6 de la LPCL comprende "el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición". Este precepto legal excluye del concepto de remuneración las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto⁶³. El art. 7 de la LPCL precisa que también se encuentran excluidos del concepto de remuneración, para todo efecto legal, los pagos que realice el empleador contemplados en los arts. 19 y 20 del Decreto Legislativo 650, que regula la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS)⁶⁴. Estos dos artículos del TUO de la CTS⁶⁵ contienen una serie de pagos que se otorgan al trabajador no en retribución a sus servicios, sino por otras circunstancias. La causalidad de estos pagos oscila entre dos extremos: unos se deben a hechos extraños a la prestación misma del trabajo, como pueden ser los aniversarios de la empresa o del nacimiento del trabajador. Otros, más bien a supuestos necesarios para la prestación del servicio, como son los gastos por movilidad, vestuario y condiciones de trabajo en general.

Cabe preguntarse ahora qué consecuencias jurídicas se siguen si alguien presta servicios personales sin recibir a cambio una remuneración. Caben dos posibilidades: a) que no se haya celebrado un contrato de trabajo ya que los servicios se han prestado por motivos distintos al de recibir una retribución, como podrían ser los de amistad, solidaridad o

⁶³ Ley 28051, art. 13, que modifica la LPCL, art. 6.

⁶⁴ El art. 10 del Reg. de la LPCL establece que el concepto de remuneración definido en los arts. 6 y 7 de la LPCL es aplicable para todo efecto legal en el ámbito de las relaciones jurídico laborales, excepto cuando se trate de la determinación del Impuesto a la Renta, que se rige por sus propias normas.

⁶⁵ Cuyo texto único ordenado se recoge en el D.S. 001-97-TR.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

similares; y b) que se haya celebrado un contrato de trabajo pero existe un incumplimiento de la obligación de pago de la remuneración acordada.

En el primero de los supuestos podemos ubicar aquellos trabajos realizados por razones de amistad, de buena vecindad: son labores realizadas a título de benevolencia. En consecuencia, no existe un contrato de trabajo. Quien presta servicios de esta naturaleza no puede después demandar el pago de los beneficios laborales. En estos supuestos, como en todos en los que existe una controversia, lo fundamental serán los medios probatorios que corroboren las afirmaciones de los interesados. En cualquier caso, la inexistencia pura y simple del acuerdo de remuneración determina la inexistencia del contrato de trabajo.

Otro dato a tener en cuenta es que la legislación señala como elemento configurador del carácter laboral de una retribución su carácter de libre disposición para el trabajador⁶⁶. Sin embargo, este elemento –tal como ha puesto de relieve la doctrina académica– es un atributo accesorio pero no definitorio de la naturaleza de la retribución⁶⁷. De hecho, la misma LPCL se contradice cuando reconoce el carácter remunerativo de las cantidades que el empresario entregue directamente al trabajador para subvencionar su alimentación principal (art. 6), cuando, por su misma definición, no son cantidades de “libre disposición” sino para gasto determinado. Esta opción del legislador peruano, exige que se excluyan de los cálculos indemnizatorios algunos pagos al trabajador, como son los gastos de representación, utilidades, movilidad, prestaciones alimentarias otorgadas por medio de las modalidades previstas en la Ley 28051, así como las gratificaciones extraordinarias, vivienda⁶⁸, etc.

Se puede afirmar que el criterio que ha utilizado la ley de compensación por tiempo de servicios para distinguir si un pago tiene o no carácter remunerativo es el título por el que se realiza. No tienen la calidad de remuneración los que no están referidos a la utilidad patrimonial del servicio sino a los gastos que éstos han demandado o a otros

⁶⁶ LPCL, art. 6.

⁶⁷ Cfr. PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La remuneración en el Perú*, Consultores Laborales S.C, Lima, 2006, pp. 71-83.

⁶⁸ Sobre la inclusión de este concepto en el caso de los trabajadores extranjeros, por aplicación de la R.M. 021-93-TR, que establece la obligación de incluir en el formato del contrato de trabajadores extranjeros y dentro de las remuneraciones, el valor de la vivienda entregada para su uso, ver PIZARRO DÍAZ, Mónica, 2006, pp. 71 - 83, notas a pie de página 86 y 87.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

supuestos, como podrían ser el cumpleaños del trabajador o el aniversario de la empresa, así como las indemnizaciones o incentivos por renuncia, subsidios, etc.⁶⁹.

En este marco, cabe hacer un inciso para referirnos a las propinas. De acuerdo a la OIT, se definen como "el dinero que el cliente da voluntariamente al trabajador"⁷⁰. No pueden calificarse como remuneración, precisamente porque no provienen del empleador, aunque éste haya dado la ocasión de ganarlas⁷¹. Y si fuese lo único percibido, la jurisprudencia española ha entendido que el contrato no es de trabajo⁷². Las propinas pueden ser prohibidas por el empleador cuando constituyen sobornos, pero no cuando se trate de una práctica habitual en el sector⁷³. Por otro lado, el empresario no puede disminuir la remuneración en base a las propinas, puesto que no puede disminuirla sin razón suficiente⁷⁴. Pero tampoco estaría obligado a incluirlas en el haber indemnizatorio, puesto que no son pagadas por él⁷⁵.

En principio, todo lo pagado al trabajador, que sea de su libre disposición -con las exclusiones legales antes indicadas- es remuneración. No obstante, podría probarse en algún caso, que la entrega del dinero no tuvo la calidad de retribución, por existir algún otro tipo de contrato entre las partes. Si bien *omnis labor optat premium*, y, en principio, un pago del empresario al trabajador se calificará como remuneración, podría demostrarse lo contrario. En todo caso, la calificación arbitraria de un pago, ya sea en un contrato individual o colectivo, que niegue el carácter remuneratorio de una entrega dineraria sin pruebas que lo demuestre, resulta irrelevante e ineficaz.

Otra cuestión importante es que la remuneración puede ser entregada en dinero o en especie, sin interesar "la forma o denominación que se les dé". Lamentablemente no se

⁶⁹ Cfr. TUO Dec. Leg. 650, arts. 19 y 20.

⁷⁰ Convenio 172 de la OIT.

⁷¹ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, p. 330.

⁷² STCT 3 diciembre 1973 y 10 noviembre 1974 (Ar. 11.252); 15 julio 1987 (Ar. 16.119). En el mismo sentido se pronuncia "la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, que no reconoció carácter salarial a "las propinas procedentes de los jugadores (de los casinos de juego) que no son contraprestaciones de trabajo correlativas al beneficio que el empresario obtiene por hacer suyo el resultado" y la de 7 de julio de 1986, que tampoco otorgó naturaleza salarial a la "parte formada por la participación de los trabajadores en el tronco -variable según el total ingresado- que al vincularse exclusivamente a la liberalidad de los clientes no puede tener la consideración de salario". Cfr. STS 8 febrero 2003, F.J. I.1.

⁷³ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, p.330.

⁷⁴ LPCL, art. 30 b). Sobre la reducción de la remuneración ver PACHECO ZERGA, Luz. "Características de la irrenunciabilidad de los derechos laborales," *Asesoría Laboral*, no. 249, 2011, pp. 15-25.

⁷⁵ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, 2005, p.318.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

ha fijado un porcentaje máximo para remuneración en especie en la LPCL. De todos modos, rige lo dispuesto en el Convenio 95 de la OIT, en el art. 4,2: "Las prestaciones en especie han de resultar apropiadas y útiles para el trabajador y/o sus familiares. Su valor debe ser "justo y razonable". El art. 4,1 establece que sólo debería admitirse "en las industrias u ocupaciones en que esta forma de pago sea de uso corriente o conveniente". En el caso de la remuneración mínima vital no podía exceder el 25% de su valor, de acuerdo a las normas primigenias que dieron origen a esta institución. No existe una norma similar para los demás pagos en efectivo. Y se considera remuneración en especie el pago que hace el empleador de los gastos de luz, agua, manutención, casa habitación del trabajador, etc. Por convenio colectivo se pueden conseguir otros, como pases de favor en transportes, utilización de garajes gratuitos para estacionar los autos, etc.

La alimentación, ya sea en crudo o preparada, o la cantidad que se entregue al concesionario -o directamente al trabajador- para cubrir este gastos, constituye remuneración cuando aquella sea la comida principal del trabajador. Es irrelevante para realizar esta calificación la hora en que se tomen los alimentos: podría ser el desayuno, el almuerzo o la cena⁷⁶.

Además, se debe tener presente, que la Ley 28051 del 2.VIII.2003 ha introducido la posibilidad de retribuir al trabajador mediante prestaciones alimentarias por suministro indirecto, ya sea mediante entrega de cupones o vales (*system truck*) para la adquisición exclusiva de alimentos en establecimientos afiliados o en empresas proveedoras de alimentos debidamente inscritas en el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, pero negándoles el carácter retributivo⁷⁷.

Por último, la remuneración puede ser determinada o determinable, según se tengan en cuenta como criterio de medición los siguientes parámetros:

- a) Unidad de tiempo: en estos casos se fija el importe en relación a la duración del servicio, independientemente del resultado o cantidad de obra realizada. Esta medición no está reñida con el deber de rendimiento del trabajador, pero se refiere directamente al tiempo que permanece a disposición del empleador, que a su vez

⁷⁶ Cfr. D. Leg. 650, art. 12 y 19 j)

⁷⁷ Ver también su Reglamento, D.S. 013-2003-TR del 28.X.2003.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

tiene unos máximos impuestos por la misma Constitución (art. 25⁷⁸). La remuneración puede ser expresada por unidades de tiempo que sean de valor hora, día e, inclusive, de cómputo anual⁷⁹.

- b) Por unidad de obra: Se fija atendiendo a resultados, piezas, mediciones, trozos o conjuntos determinados de obras o servicios realizados con independencia del tiempo invertido. Las más conocidas en nuestro medio son el destajo (por obra producida) y la comisión (un porcentaje por venta o cobranza realizada). La retribución puede fijarse en términos individuales o por equipo. La primera se establece en relación a la actividad y rendimiento de cada trabajador; la segunda, a la de un grupo de trabajadores. Este último suele utilizarse en los bingos, clubes, casinos, restaurantes, empresas comerciales, etc.
- c) Remuneración mixta: Combina los dos sistemas anteriores. A este respecto se debe recordar que el empleador está obligado a retribuir a los trabajadores en proporción al Ingreso Mínimo Legal y a la jornada máxima, ya sea que les pague por unidad de obra o de tiempo. Por tanto, la dedicación horaria exigida en los sistemas de destajo o comisión debe corresponder al de una jornada ordinaria. De allí que muchas empresas empleen un sistema mixto, con una base remunerativa fija y un adicional obtenido mediante el destajo o la comisión.

Para concluir este apartado se puede afirmar que la retribución laboral o remuneración se caracteriza por ser:

- a) Patrimonial, puesto que puede ser convertida en dinero.
- b) Determinada o determinable, porque antes de iniciar el servicio el trabajador sabe cuánto va a recibir por la labor que realice.
- c) Ajena o autónoma, puesto que se paga con independencia de la buena marcha de la empresa: es ajena a los riesgos del negocio.
- d) Tiene carácter alimenticio, lo cual conlleva una protección especial, reflejada en mandato del art. 24 de la Constitución⁸⁰, que a su vez se ha concretado en la prioridad de los créditos laborales⁸¹.

⁷⁸ Art. 25: La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.

⁷⁹ Cfr. LPCL, art. 8.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

- e) Intangible, tanto frente al empleador como frente a terceros, con las excepciones previstas en la ley⁸².
- f) Suficiente, al menos debe corresponderse con el Ingreso Mínimo Legal.
- g) Conmutativa y recíproca, ya que es la contraprestación debida por el empleador frente a la prestación realizada por el trabajador.
- h) Familiar pues faculta a los familiares del trabajador a cobrar las sumas impagas, e inclusive a sustituirlo en la elección entre indemnización y reposición en el supuesto de despido nulo, si el trabajador fallece antes de ejercer este derecho⁸³.

V. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO CARACTERÍSTICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Hemos afirmado en anteriores apartados que los contratos de prestación de servicios del ámbito civil se caracterizan porque las labores se realicen sin que el locador esté subordinado al comitente⁸⁴. En estos contratos lo que interesa es, principal pero no exclusivamente, el resultado de la actividad y no el modo de realizar el servicio. No obstante, también en estos casos existe la obligación de realizar la obra o prestar los servicios de acuerdo a lo expresamente pactado⁸⁵, pero esta exigencia no convierte los servicios civiles en laborales. Esto ocasiona que se generen las llamadas zonas grises y también contratos celebrados en fraude de ley que pretenden encubrir una relación laboral bajo la formalidad de un contrato civil para evitar las cargas sociales anejas al contrato de trabajo.

Sólo resta analizar qué se entiende por servicios subordinados para terminar con la trilogía en la que se asienta el contrato de trabajo. La LPCL no los define pero sí señala los alcances de la subordinación laboral en el art. 9°, al establecer que “el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador”, quien se encuentra facultado a:

⁸⁰ “El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador”.

⁸¹ Cfr. Dec. Leg. 856.

⁸² El Código Procesal Civil, art. 648.6 declara inembargables las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal, pero el exceso es embargable hasta una tercera parte.

⁸³ Cfr. Casación N° 2930-2009 Lima, 17.III.2010.

⁸⁴ El Código Civil regula cinco contratos de prestación de servicios nominados (art. 1756) y un número ilimitado de contratos innominados (art. 1757) del tipo “doy para que hagas y hago para que des”.

⁸⁵ Cfr. Código Civil, arts. 1771 y ss.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

- a) Normar reglamentariamente las labores.
- b) Dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas.
- c) Sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
- d) Establecer el tiempo de la prestación de los servicios, fijando horarios, turnos.
- e) Cambiar o modificar la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Estas facultades manifiestan que no es suficiente un determinado resultado de la actividad del trabajador: interesa también el modo en que realiza la prestación. En otras palabras: el cumplimiento de las obligaciones asumidas incluye el deber de ajustarse a las directrices del empleador en la realización de las labores que realice.

En consecuencia, el empleador no sólo debe remunerar el trabajo, sino que para conseguir la utilidad que persigue al contratarlo, es necesario que lo dirija, que goce de un poder de dirección, que incluye tanto el derecho de variar las órdenes siempre con criterios de razonabilidad - e, inclusive, la misma prestación del trabajador en los aspectos no esenciales, (*ius variandi*) -, como el de sancionar los incumplimientos contractuales del trabajador. Este poder debe ser utilizado según las reglas de la buena fe, que es el principio rector de todo tipo de contratos. Y, además, implica el *animus* del trabajador de estar a disposición del empleador para cumplir con el objeto del contrato. En cualquier caso, el poder de dirección no implica que el trabajo aparezca continuamente ordenado sino, más bien, eventualmente interferido⁸⁶.

La subordinación es una característica de la prestación de servicios laborales, que ha sufrido una larga evolución. Cuando el trabajo se realizaba en regímenes de esclavitud y servidumbre, la subordinación era total: abarcaba incluso la intimidad de la persona. Los años siguientes a la Revolución Industrial -y hasta finales del siglo XIX- presentan un panorama de contratos de trabajo pactados con un plazo obligatorio para el trabajador de hasta veinticinco años, con jornadas de más de catorce horas diarias, sin derecho a vacaciones, etc. A medida que se acentúa la libertad y la temporalidad del trabajo se ha reducido y concretado el ámbito de las órdenes que pueden ser impartidas. Al punto que

⁸⁶ DIÉGUEZ CUERVO, Gonzalo. *Derecho del Trabajo*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1995, p. 36.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

hoy en día el deber de obediencia - que es otro modo de definir la subordinación del trabajador - se encuentra limitado, y una limitación en la dependencia, a "lo debido en razón del oficio"⁸⁷.

Por esta razón la subordinación es compatible con las libertades de:

- Concepción: Cuando el trabajador puede decidir la modalidad de la prestación de sus servicios. Es el típico caso de los altos cargos directivos. Esta libertad si bien no es incompatible con la subordinación, tampoco es que le sea connatural.
- Ejecución: Esta libertad debe encuadrarse dentro de los márgenes otorgados por el empleador. A mayor autonomía, menor subordinación y, consecuentemente, menores posibilidades de encontrarse frente a un contrato de trabajo y mayores posibilidades de ser un trabajo realizado por cuenta propia, aún cuando exista un mínimo de órdenes y coordinaciones, para que se cumpla el cometido a cabalidad.

Para determinar la existencia de subordinación y, por tanto, del vínculo laboral se debe analizar lo referente a:

- a) El poder de dirección: La causa del contrato habilita al empleador a impartir las órdenes para fijar o modificar el modo de prestar el trabajo (LPCL, art. 9). Esta facultad se ejerce con amplitud en los contratos a plazo indeterminado, no así en los sujetos a modalidad, que como ya hemos analizado, deben precisar tanto la causa como el objeto del contrato⁸⁸. La dureza del contrato de trabajo permite novaciones en la prestación de los servicios, de tal modo que, por ejemplo, es posible que el empleador transfiera a un trabajador de un área a otra de la empresa, e inclusive, que lo ascienda de puesto, sin que por ello tenga que celebrar un nuevo contrato en cada oportunidad⁸⁹.

Este poder también se denomina *ius variandi*, ya que el empleador puede realizar modificaciones motivadas y razonables. El trabajador podría calificarlas de

⁸⁷ Cfr. ALONSO OLEA, Manuel, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 6a ed., Civitas, Madrid, 2002, pp. 78-79.

⁸⁸ Cfr. PACHECO ZERGA, Luz, 2010, pp. 19 - 30.

⁸⁹ LPCL, art. 9.

incumplimiento si son contrarias al deber de buena fe y resulten actos de hostilidad⁹⁰.

- b) Poder disciplinario: Si el poder de dirección no fuese acompañado de una potestad sancionadora, en los casos de incumplimiento del trabajador, sería sólo un poder moral. De allí que se establezca, junto a la potestad de normar reglamentariamente las labores y dictar las órdenes necesarias para su ejecución, la capacidad de *sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador* (LPCL, art. 9⁹¹).

Interesa destacar que ser titular de esta facultad no implica necesariamente su ejercicio, puesto que sólo se ejercita en caso de incumplimiento. Por eso, hay que tener claro que el no ejercicio es diferente a la inexistencia. Lo fundamental es que exista el deber de obediencia propio del ámbito laboral, ya que las soluciones que aporta el Código Civil, ver los arts. 1151 y 1152, ante los incumplimientos del deudor son contrarias a la dureza del contrato de trabajo, que deriva de su función social. Cuando se puede deducir, por el modo en que se prestan los servicios, que quien los remunera tiene esta potestad o la ha ejercido, entonces el carácter laboral de la relación jurídica sería innegable, ya que en el derecho civil el incumplimiento contractual ha establecido otros mecanismos para resarcir al acreedor, pero en ningún caso le es posible imponer una sanción disciplinaria⁹². Por eso, puede afirmarse que “el poder disciplinario nace y se explica en un contexto de dependencia laboral”⁹³

Aporta luces a esta cuestión un criterio consolidado en los tribunales españoles, resumido en una sentencia del Tribunal Central de Trabajo (TCT): “las circunstancias que impiden la existencia del contrato de trabajo han de ser de tal

⁹⁰ Cfr. LPCL, art. 30.

⁹¹ Las cursivas no son del original.

⁹² Las soluciones que aporta el Código Civil en los arts. 1151 y 1152 ante los incumplimientos del deudor son contrarias a la dureza del contrato de trabajo, que se deriva de su función social.

⁹³ LUJÁN ALCARAZ, José, 1994, p. 506.

entidad que hagan imposible el régimen disciplinario a que se somete a un trabajador por las faltas cometidas en el desempeño de su misión”⁹⁴.

- c) El horario de trabajo: El horario de trabajo concreta los tiempos que el trabajador se pone a disposición del empleador para realizar sus labores, de acuerdo a las directrices recibidas. Se trata de una facultad empresarial considerada tradicionalmente como expresión de la dependencia⁹⁵. Más aún, se le considera un elemento consustancial al contrato mismo, que ha llevado tanto a los Tribunales peruanos como a los españoles, a incluirlo como un indicio cualificado de la existencia del vínculo laboral⁹⁶.

Sin embargo, el desarrollo de nuevos sistemas de trabajo ha llevado a que muchos trabajadores sean evaluados no en relación al horario sino a los resultados de su actividad. Asimismo, hay trabajos que no pueden realizarse en la sede de la empresa ni bajo la vigilancia y control del empleador. Por eso, la falta de horario no puede traducirse en una correlativa falta de dependencia. Hoy en día resulta indiferente el lugar de trabajo para configurar la dependencia. De hecho el teletrabajo y el trabajo a domicilio son buena muestra de esta evolución jurídica⁹⁷. Lo fundamental es que allí donde esté el trabajador, se encuentre bajo el ámbito de dirección y del poder disciplinario del empleador.

La jurisprudencia española ha declarado que “la no realización del trabajo dentro de un horario establecido no priva al pacto de su carácter laboral, al no ser, el requisito del horario indispensable para que el contrato exista”⁹⁸. En cambio, resulta desacertada la conclusión de calificar una prestación de servicios como civil y no laboral porque el demandante "tampoco se encuentra sujeto a control, ya que no marca tarjeta de control de asistencia en el centro laboral y no tiene un horario establecido para realizar las labores que le son encomendadas por la empresa,

⁹⁴ STCT de 4 diciembre 1967 (Art. 4928/1967).

⁹⁵ Cfr. MONTOYA MELGAR, Alfredo. *El poder de dirección del empresario*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1965, p. 172.

⁹⁶ Cfr. LUJÁN ALCARAZ, José, 1994, p. 496.

⁹⁷ La flexibilidad de la subordinación queda claramente de manifiesto, en el trabajo a domicilio, que puede ejecutarse por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en otro lugar, sin supervisión directa e inmediata del empleador. Se entiende que esta supervisión se refiere a los controles intermedios de la prestación del trabajo, pero no al inicial y al final (Cfr. LPCL, arts. 87-96).

⁹⁸ STCT del 6 diciembre 1984Ar. 9377/1984.

realizándolas dentro del horario de atención de la empresa"⁹⁹. Con este criterio, a todo aquél que no pueda exhibir una tarjeta de control de asistencia (que es archivada por el empleador y nunca por el trabajador) se le negaría la posibilidad de probar el vínculo laboral, aún cuando existiesen otros elementos que den indicios del carácter laboral de la relación jurídica.

Mayor equívoco sería exigir que los servicios sean prestados "de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo"¹⁰⁰, puesto que las jornadas pueden ser acumulativas, intermitentes, temporales y sin horario, lo cual es compatible con que el vínculo jurídico sea laboral.

Podemos concluir, con la doctrina española, que "desde un punto de vista negativo, la presencia de horario de trabajo apenas si logra definir lo esencial al contrato de trabajo; (pero) en su vertiente positiva, resulta muy esclarecedor de la laboralidad, pues, normalmente, la sujeción al mismo es propia del trabajador dependiente, lo que justifica que los Tribunales traten de averiguar su existencia cara a facilitar la ulterior clasificación"¹⁰¹

No podemos finalizar el análisis del horario de trabajo sin hacer referencia al denominado contrato de "cuarta-quinta", creado por la Ley del Impuesto a la Renta (LIR) en su art. 34, inc. e). Esta disposición tiene como única finalidad determinar la categoría tributaria de los ingresos obtenidos por el trabajo prestado en forma independiente mediante contratos de locación de servicios, pero con características que corresponden a los servicios dependientes. Si se analizan los requisitos que deben cumplir la prestación de esos servicios para ser calificados como de "cuarta-quinta", encontramos, más bien, indicios de que se trata de contratos celebrados en fraude de ley. De acuerdo a esta disposición en los casos que "el servicio sea prestado en el lugar y horario designado por quien lo requiere y, cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación de servicios demanda", los ingresos del trabajador deben ser calificados como rentas de quinta categoría. Es decir, que sin negar la calificación jurídica de contrato civil, el

⁹⁹ Ejecutoria Suprema del 19 abril 1994 de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lima.

¹⁰⁰ Exp. N° 1869-2004-AA/TC.

¹⁰¹ LUJÁN ALCARAZ, José, 1994, p. 498.

legislador asimila la renta percibida a la que corresponde al trabajo realizado en situación de subordinación o dependencia.

La descripción de la situación de hecho realizada por la LIR responde, en principio, a la presunción de la LPCL, art. 4. Sin embargo, voces autorizadas consideran que estos elementos no son suficientes para calificar la relación como laboral¹⁰². Evidentemente, el carácter laboral de la prestación de servicios no se deduce de un solo elemento pero existe uno que es consustancial al contrato: la cesión de la utilidad patrimonial de los servicios prestados, que es la que conlleva la subordinación. Y ésta se deduce claramente de la existencia del horario de trabajo, que viene reforzada por la prestación del servicio en el local de quien los remunera y con materiales por él entregados. En consecuencia, parece más acorde con el principio de primacía de la realidad exigir al empleador que pruebe que dichos servicios no fueron laborales, ya que para el trabajador debería ser suficiente con acreditar que se encuentra en la nómina del registro de "Cuarta-Quinta". En estos casos, el *nomen iuris* será irrelevante no sólo porque debe aplicarse el principio de primacía de la realidad¹⁰³, sino porque la tipificación de los contratos corresponde en última instancia a los Tribunales.

VI. CONCLUSIONES

La LPCL no define el contrato de trabajo, pero establece los elementos que lo configuran: prestación personal, remunerada y subordinada de los servicios. La presunción del art. 4° de la LPCL presume también que el plazo del contrato es indefinido.

Los aspectos personales, patrimoniales y normativos que caracterizan al contrato de trabajo permiten distinguir una triple dimensión en la relación jurídica que origina, que no se agota en un intercambio de tipo patrimonial.

¹⁰² Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, 2011, pp. 40-41.

¹⁰³ "El contrato de trabajo constituye un contrato de realidad, esto es, se tipifica por la forma y condiciones de las cuales se ha prestado el servicio, con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación". Casación N° 1698-2004-Puno, *El Peruano*, 31.V.2007.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

La omisión legislativa de la causa del contrato, tanto en el ámbito civil como en el laboral, no implica su inexistencia. Por el contrario, la causa cumple una función tipificadora del contrato de trabajo que permite diferenciarlo de otros de prestación de servicios.

La causa del contrato de trabajo es la atribución de la utilidad patrimonial del trabajo realizado durante un cierto tiempo, a cambio una remuneración, cuya contrapartida es el poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario la destine. Y de sancionar disciplinariamente, dentro de los márgenes de la razonabilidad, los incumplimientos del trabajador.

La causa legal impuesta por la LPCL a los contratos sujetos a modalidad obedece a que el ordenamiento laboral peruano privilegia la contratación a plazo indefinido sobre la de plazo determinado. En consecuencia, la ausencia de causa objetiva, así como de la identificación precisa del objeto del contrato, trae como consecuencia la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, que se convierten en indefinidos.

La globalización y la competitividad han debilitado el estatuto del trabajador que, por la precarización de las condiciones de trabajo ha involucionado a la condición de asalariado.

El contrato de trabajo exige la prestación personalísima de los servicios, que puede ser compatible con la ayuda de parientes directos, con las excepciones previstas en la LPCL. Es indiferente, para estos efectos, que el trabajo sea preponderantemente manual o intelectual.

La remuneración es otro de los elementos esenciales del contrato de trabajo. Debe ser abonada por el empleador en proporción al tiempo de trabajo o a las piezas producidas. Puede ser determinada o determinable, en efectivo o en especie. Tiene carácter alimenticio y familiar. Su inexistencia, salvo el caso de incumplimiento, descarta el carácter laboral de los servicios prestados. El carácter de libre disposición de la remuneración responde a criterios de la Compensación por Tiempo de Servicios, que se ha consolidado a lo largo de los años.

Datos de publicación: PACHECO ZERGA, Luz. "Los elementos esenciales del contrato de trabajo." *Revista de Derecho*, no. 13 (2012): 29-54.

La subordinación o dependencia es el elemento característico de la relación laboral. Se deduce de diversos elementos, entre los que destacan: el poder de dirección, incluyendo el *ius variandi*, el poder disciplinario y el horario de trabajo. La subordinación ha sufrido un fenómeno de espiritualización a lo largo de los siglos, al punto de ser hoy en día únicamente la debida en razón del oficio. Lo cual la hace compatible con las libertades de diseño y ejecución de la modalidad de la prestación de los servicios.

La tutela social que se encuentra aneja al contrato de trabajo exige de parte de los tribunales y de los operadores del derecho un análisis riguroso de los elementos que confluyen en una relación personal de prestación de servicios, que permita lograr la meta del trabajo decente, que es condición indispensable del desarrollo económico con inclusión social.