

UNIVERSIDAD PARTICULAR DE IQUITOS

TESIS PARA OPTAR EL TITULO DE ABOGADO

**EL FRAUDE A LA LEY LABORAL AL ESTABLECER EL
VINCULO LABORAL Y LA ESTRUCTURA REMUNERATIVA**

BACHILLER: EDWIN SCARAFONE TORRES

IQUITOS - 2000



INDICE

	<u>Pág. #</u>
INTRODUCCION	I

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. Caracterización de la Realidad.	1
1.2. Delimitación de la Investigación.	4
1.3. Problemas de Investigación.	4
1.4. Objetivos de la Investigación.	5

	<u>Pág. #</u>
1.1. Hipótesis de la Investigación	6
1.2. Variables e Indicadores.	7
1.3. Tipo y Nivel de Investigación.	8
1.4. Método y Diseño de la Investigación	9
1.5. Población y Muestra	10
1.6. Técnicas de Recolección de la Información.	11
1.7. Justificación e Importancia	11
1.8. Limitaciones	12

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. Antecedentes de la Investigación.	14
2.2. Marco Histórico.	15
2.3. Marco Legal.	19
2.4. Marco Conceptual.	21
2.5. Definición de Términos Básicos.	90

CAPITULO III

**PRESENTACION ANALISIS E INTERPRETACION
DE RESULTADOS**

3.1. Interpretación de Resultados.	98
3.2. Contrastación y Verificación de Hipótesis.	132
3.3. Análisis de la Legislación Comparada.	134

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones.	147
4.2. Recomendaciones.	152
BIBLIOGRAFIA.	164

ANEXOS:

1. Matriz de Consistencia	
---------------------------	--

INTRODUCCION

Cuando en determinadas circunstancias la Ley se presenta con un carácter de imperatividad, buscando responder a los intereses de amplios sectores sociales o de la sociedad en su conjunto, y con esto al orden público en general, algunas personas pueden ver afectados sus intereses individuales por lo que con frecuencia harán uso de determinadas trampas o artimañas con el fin de eludir los efectos de tales Normas Legales.

Determinar cómo el Fraude a la Ley afecta las Relaciones Individuales en el ámbito laboral peruano y las dificultades de conceptualización de esta

materia, contando las posiciones particularmente disímiles que la doctrina y el derecho comparado presentan, no pueden ni deben hacer perder de vista la singular importancia que este tema reviste tanto para los intereses del Trabajador como de la Empresa. En el caso del primero, implica afectar beneficios colaterales y aportes previsionales que se calculan sobre el salario.

Si revisamos la Legislación Laboral de los últimos diez años, nos encontramos con un bosque enredado y complicado de Normas sin sustento ni coherencia técnica y en donde los operadores del Derecho Laboral se han visto sorprendidos al tener que adecuar sus conductas dentro del entorno Legal Laboral que se iba presentando.

La falta de control en el cumplimiento de las normas que se venían dando, la protección mal entendida por parte del Empleador, un Derecho Laboral rígido y proteccionista fueron ápice para que se creara una cultura de la

Simulación, una cultura del Fraude a la Ley en el Derecho Laboral y que en la actualidad persiste como una práctica diaria, pues los empleadores aprovechando su posición privilegiada que mantienen en una relación laboral, vienen realizando actos jurídicos que deben ser calificados como Fraude a la Ley Laboral.

El presente trabajo pretende Investigar **“EL FRAUDE A LA LEY EN EL DERECHO LABORAL AL ESTABLECER LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN Y LA ESTRUCTURA REMUNERATIVA”**, debido a su especial naturaleza y a la evidente importancia que ha cobrado dentro de campos del Derecho que se caracterizan por contener en su mayor parte Normas de carácter imperativo, como es el caso, donde se abren mucho las posibilidades de la presencia de actos en Fraude a la Ley, hecho que ha generado diversos cuestionamientos de los interesados, en los distintos campos.

Seguido del Planteamiento Metodológico y Marco Teórico de los dos primeros capítulos, se hace un análisis exhaustivo de las Variables en estudio de la Legislación vigente, con la finalidad de ayudar al cumplimiento del Objetivo General, motivo de la presente Investigación.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO METODOLOGICO

1.1. CARACTERIZACION DE LA REALIDAD

Durante las últimas dos décadas la Legislación Laboral peruana ha experimentado cambios, que han significado muchas veces una transición caso pendular. Motivos políticos, sociales coyunturales, etc., han servido de sustento para que nuestros legisladores nos ofrecieran en determinadas épocas una compleja y discordante Legislación.

Solo basta revisar nuestra legislación de los últimos 10 años, para encontrarnos con un bosque enredado y complicado de normas sin sustento ni coherencia técnica, los operadores del derecho laboral se han visto sorprendidos al tener que adecuar sus conductas del entorno legal laboral que se iba presentando.

Bajo estas perspectiva y con reglas de juego no muy claras, el trabajador y especialmente el empleador empiezan a buscar mecanismos de defensa, contra coyunturas legales que un día a otro y dependiendo de la voluntad política del legislador podían pasar a ser sumamente gravosas e impositivas.

Lamentablemente la falta de control en el cumplimiento de las normas que se venían dando, ocasionaban que en muchos casos se pasaron por alto y no se identificaron conductas que a la luz de un análisis exhaustivo resultaban siendo contrarias al espíritu de la ley.

Esta protección mal entendida por parte del empleador, aunado a un derecho laboral sumamente rígido y proteccionista fueron ática para que se creara una cultura de la simulación, una cultura de Fraude a la Ley en el Derecho Laboral que hasta nuestra fecha persiste y, que el presente trabajo pretende soslayar.

Estamos ahora asistiendo a un cambio radical en nuestras políticas económicas que trajeron consigo un inevitable cambio en la Legislación Laboral, pasando rápidamente de un proteccionismo exagerado a un sistema de flexibilidad laboral que, no es mal, pero que, está siendo mal utilizado por algunos empleadores que pretenden rentabilizar empresas a través de la reducción de costo laborales distorcionando las normas que se van dando valiéndose de artimañas para evadir el pago de beneficios y básicamente utilizando una figura que vamos a identificar como Fraude a la Ley Laboral.

1.2. DELIMITACION DE LA INVESTIGACION

1.2.1. Delimitación Espacial:

La presente Investigación se realizó en el ámbito peruano.

1.2.2. Delimitacion Temporal:

La investigación abarcó el período 1,990 - 1,999

1.3. PROBLEMAS DE INVESTIGACION

1.3.1. Problema General:

¿Cómo el fraude a la Ley afecta las Relaciones individuales en el ámbito Laboral Peruano?

1.3.2. Problemas Específicos:

a) ¿De qué manera la simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales?

b) ¿De qué manera la simulación al diseñar la Estructura Remunerativa afecta las Relaciones Individuales?

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

1.4.1. Objetivo General:

Conocer cómo el Fraude a la Ley afecta las Relaciones individuales en el ámbito Laboral Peruano, mediante un análisis exhaustivo de la Legislación vigente y de la observación de casos concretos, con la finalidad de plantear alternativas para proteger al trabajador de éste tipo de conductas.

1.4.2. Objetivos Específicos:

- a) Determinar de qué manera la simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales.
- b) Determinar de qué manera la simulación al diseñar la Estructura Remunerativa, afecta las Relaciones Individuales.

1.5. HIPOTESIS DE INVESTIGACION

1.5.1. Hipótesis General :

El Fraude a la Ley desnaturaliza las Normas que regulan las Relaciones Individuales de trabajo, afectando el espíritu de las mismas.

1.5.2. Hipótesis Específicas :

- a) La simulación al establecer el vínculo Laboral perjudica la situación laboral del trabajador, disminuyendo los derechos y beneficios establecidos por la ley.

- b) La simulación al diseñar la Estructura Remunerativa perjudica la situación económica del trabajador, afectando sus derechos previsionales, sus derechos remunerativos colaterales y aquellos de naturaleza indemnizatoria.

1.6. VARIABLES E INDICADORES

1.6.1. Variable Independiente :

X “ Fraude a la Ley ”

Indicadores:

X₁ Simulación al establecer el Vínculo Laboral.

X₂ Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa.

1.6.2. Variable Dependiente :

Y “ Relaciones Individuales ”

Indicadores:

Y₁ Prácticas Pre-Profesionales.

Y₂ Puestos de Confianza.

Y₃ Comisión Mercantil.

Y₄ Formación Laboral.

Y₅ Trabajadores Fuera de Planilla.

Y₆ Contrato de Trabajo Sujeto a Modalidad.

Y₇ Intermediación Laboral.

Y₈ Locación de Servicios.

Y₉ Remuneraciones Afectas.

Y₁₀ Remuneraciones Asegurables.

Y₁₁ Remuneraciones Computables.

1.7. TIPO Y NIVEL DE LA INVESTIGACION

1.7.1. Tipo de Investigación :

De acuerdo a los propósitos de la investigación y a la naturaleza de los problemas planteados, se empleó para el desarrollo del presente trabajo el siguiente tipo de investigación :

- Investigación Aplicada .

La presente investigación es Aplicada en razón que se utilizó conocimientos de Legislación Laboral a fin de ser aplicados en las Relaciones Individuales, logrando así mejoras en este aspecto, las cuales mejorarán la práctica laboral.

1.7.2. Nivel de Investigación :

De acuerdo a este tipo de investigación , la misma se llevó a cabo empleando la forma “ Descriptiva - Explicativa ”.

En primer lugar se describieron las circunstancias y factores del Fraude a la Ley y luego se explicó cómo incide en las Relaciones Individuales.

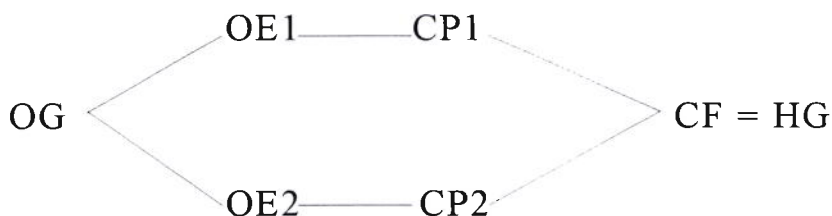
1.8. METODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACION

1.8.1. Método :

En la presente investigación se empleó el método No Experimental para las variables : Fraude a la Ley y Relaciones Individuales.

1.8.2. Diseño :

El diseño empleado es de Causa - Efecto ; dentro del propósito se investigó la relación entre las Variables. La investigación por su diseño responde al modelo de Investigación por Objetivos conforme se detalla en el esquema siguiente :



OG :Objetivo General

OE:Objetivo Específico

CP:Conclusión Parcial

HG : Hipótesis General

CF :Conclusión Final

1.9. POBLACION Y MUESTRA

1.9.1. Población :

La población en estudio estuvo constituida por la empresa comercial, industrial y de servicios en el Perú.

1.9.2. Muestra :

Para obtener la muestra, en la presente Investigación, se siguió el Método de Muestreo No Probabilístico de tipo Opinativo; ya que en este caso la selección de los Elementos de la Muestra no se fundamenta en la Teoría Matemático-Estadística, sino básicamente en el criterio del investigador, teniendo en cuenta que los elementos seleccionados

son los más típicos y representativos de la población de la cual se obtienen.

Por lo anteriormente dicho es que se tomó como muestra la empresa en el departamento de Lima, por ser ésta la que mayor cantidad y diversidad de empresas concentra.

1.10. TECNICAS DE RECOLECCION DE INFORMACION

En el desarrollo de la investigación se utilizó la siguiente técnica:

Análisis Documental:

Se analizó documentación contractual, documentación general y legislación sobre las Variables en estudio.

1.11. JUSTIFICACION E IMPORTANCIA

La mayoría de los empleadores practican conductas antijurídicas al pretender reducir costos, sea por una situación económica altamente recesiva, sea por una increíble afán de incrementar las ganancias, pero que en todos los casos perjudica directamente al trabajador,

recortando beneficios, pagados y convirtiéndose en un nuevo modelo de injusticia que el derecho no puede amparar. Este hecho ha generado diversos cuestionamientos de Abogados, Legisladores, Trabajadores y en general de la sociedad sobre la relación de Fraude a la Ley y Relaciones Individuales y los efectos de ésta sobre el trabajador. Así, se ha considerado trascendente estudiar dicha relación con el propósito de analizar las Variables en estudio. El estudio planeado ayudará, entre otros aspectos, a conocer la relación Fraude a la Ley y Relaciones Individuales, sus implicaciones para el trabajador.

Por otra parte, la investigación contribuirá a contrastar con datos del Perú, los datos encontrados en otros países.

1.12. LIMITACIONES

Básicamente las limitaciones al presente trabajo han venido presentándose por el propio dinamismo de las Relaciones Laborales y por existir siempre esta creatividad mal entendida por parte de algunos empleadores quienes van creando día a día algún nuevo tipo de conducta antijurídica.

Laborales y por existir siempre esta creatividad mal entendida por parte de algunos empleadores quienes van creando día a día algún nuevo tipo de conducta antijurídica.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACION

Para el desarrollo del referido punto se han visitado las bibliotecas pre-grado y post-grado de diferentes universidades, así como de instituciones relacionadas con las Variables en estudio, buscando antecedentes y referencia acerca del tema **“El Fraude a la Ley en el Derecho Laboral al establecer la modalidad de Contratación y la Estructura Remunerativa”**, llegando a la conclusión de que la investigación es INEDITA.

2.2. MARCO HISTORICO

Es necesario que nos interese en los antecedentes históricos de la figura para poder llegar a tener no sólo una definición más precisa respecto a ella, si no una idea más clara de su importancia.

En la primera etapa del Derecho Romano no podemos encontrar mucho acerca del Fraude en la Ley, debido a que entonces las leyes sólo valían en el propio literalismo de sus palabras, bastando el simple respeto a sus expresiones literales, aún cuando en el fondo se estuviera eludiendo su finalidad, lo que significaba que se estuviera cometiendo de ese modo un acto fraudulento o ilícito.

Esta situación, sin embargo, no duraría mucho pues ya en la época clásica aparecerían las primeras reacciones contra el Fraude en la Ley, encargándose el Pretor la comisión de velar por el fiel cumplimiento de las normas y el logro de sus fines.

Desde entonces, y ya teniendo un concepto más claro de lo que es esta figura fraudulenta, se le podría atacar mucho mejor en el ámbito judicial, utilizando para ello la interpretación más adecuada de la voluntad del legislador en todos los casos en que se pretendiera eludir los preceptos de cualquier norma legal.

Así, tenemos que para todo el Derecho Romano Clásico y posterior, el Fraude en la Ley será “toda conducta que no siendo prohibida por la ley en sus términos expresos, resulta no obstante, contrapuesta a la voluntad del legislador”.

Este criterio seguirá siendo el dominante a lo largo de toda la Edad Media, siendo ampliado por la doctrina de los glosadores, la cual no sólo consideraría los actos que se basaban en el sentido literal de las normas, si no también los que se apoyaban en interpretaciones extensivas o restrictivas de la ley, cuando estas interpretaciones buscaban desvirtuar el contenido mismo de la norma.

Mas tarde, el pensamiento liberal será absolutamente contrario a la sanción de conductas que aparentemente eran lícitas por apoyarse en el texto de las normas. Por otro lado, desde el punto de vista técnico, se considera que bastaba con la teoría de la interpretación para que la ley fuese respetada en su espíritu y finalidad última.

Por último, quienes vuelven a retornar al estudio y aplicación de esta figura serán los internacionalistas, siendo en ese campo su técnica tan simple que consiste en el traslado de una relación de derecho de un plano nacional al plano de otro Estado con ordenamiento jurídico distinto. Sin embargo, esto repercutirá en todo el ámbito del derecho, especialmente en aquellos campos que han ido desarrollándose y tomando gran importancia, cuyas normas en su mayoría tienen o revisten carácter de imperatividad (como es el caso del Derecho Laboral).

2.3. MARCO LEGAL

2.3.1. Marco Legal Nacional:

- TUO de la Ley de productividad y Competitividad Laboral aprobado por D.S. N° 003-97-TR.
- D.S. N° 001-TR del 24.01.96 Reglamento del TUO de Decreto Legislativo 728.
- Decreto Ley N° 26102 del 24.12.1992 Código del niño y del adolescente.
- D.S. 015-72 TR del 28.09.1972.
- D.S. N° 004-97 - TR de 11.04.97 Reglamento del Texto Unico Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.
- Constitución Política de 1993, art.25.
- Decreto Legislativo N° 692 del 05.11.1991.
- Decreto Legislativo N° 854 del 25.09.1996.
- Decreto Legislativo N° 713 del 7.11.1991.
- Ley 26631 del 22.6.1994.
- D.S. 012-92 TR del 2.12.1992.
- Constitución Política del Perú 1992, art.24.
- Dec. Ley N° 14222 del 23.10.1962.
- Dec.Sup. N° 054-90.

- Resolución Ministerial N° 091-92-TR del 2.3.1992.
- Ley N° 25139 del 14.12.89.
- Dec. Sup. N° 061-89-TR del 20.12.1989
- Ley N° 25129 del 4.12.1989.
- Decreto Legislativo 688 del 4.11.1991.
- TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-97-TR del 27.02.1997.
- Decreto Supremo N° 004-97-TR del 11.04.1997, Reglamento del TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios.
- Decreto Legislativo N° 892 del 8.11.1996.
- Decreto Supremo N° 002-97-TR del 21.03.97.

2.3.2. **Marco Legal Internacional:**

- Ley de Contratos de Trabajo Argentina, arts. 14,29,30 y 32
- Código Civil Italiano, arts. 1344 y siguientes “Contrato en Fraude a la Ley”.

2.4. MARCO CONCEPTUAL

Cuando dadas determinadas circunstancias la ley se presenta con un carácter de imperatividad, buscando responder a los intereses de amplios sectores sociales o de la sociedad en su conjunto, y con esto al orden público en general, algunas personas pueden ver afectados sus intereses individuales, por lo que con frecuencia harán uso de determinadas trampas o artimañas con el fin de eludir los efectos de tales como la simulación, el dolo, la violencia, el fraude a los acreedores o el Fraude a la Ley.

Será sobre esta última figura que vamos a desarrollar todo un detallado análisis en el presente trabajo debido a su especial naturaleza y a la evidente importancia que ha cobrado dentro de campos del derecho que se caracterizan por contener en su mayor parte norma de carácter imperativo (como es el caso del Derecho Laboral), donde se abren mucho las posibilidades de la presencia de actos en fraude a la ley.

2.4.1. Definición de Fraude en la Ley:

a) Definición Provisional:

A fin de facilitar nuestro ingreso al estudio del fraude a la ley consiste, no en una agresión directa a la ley, si no todo lo contrario, en hacer uso de la misma, pero con el propósito de esquivar o evitar los efectos finales que de ella se derivan.

b) Etimología:

El término "In freudem legem" es una locución latina incorporada en el derecho clásico romano en el Digesto, el cual contiene una clara y significativa alusión al respecto. (3)

La descomposición de la frase nos conduce en primer lugar a encontrar el significado de la expresión "Fraudem", "Fraus", "Fraudis", que quiere denotar "engaño, abuso de confianza", y en

(3) PUIG PEÑA, Federico, "Tratado de Derecho Civil Español, Madrid, Edit. Rev. De Derecho Privado, 1957, P. 397.

segundo lugar, la expresión “legem”, “lex”, “legis”, que como es fácil deducir, significa “ley”. Todo esto nos conduce a implicar que debemos entender como actos “In Fraudem Legem” a todos aquellos que busquen evitar mediante un engaño el propósito final de la ley, con la finalidad de producir un daño a alguien.

c) Apreciación Doctrinal:

Luego de haber visto todo lo referente al origen tanto etimológico como histórico del fraude en la ley, es imprescindible que nos sumerjamos en la apreciación conceptual que al respecto ha desarrollado la doctrina en general, en la cual hemos encontrado apreciaciones bastante similares y explicativas acerca del sentido del estudio de la figura.

Así, para Messineo, el Fraude en la Ley consistirá en la elusión de una norma, es decir, en el violamiento del ordenamiento jurídico, buscando

alcanzar fines absolutamente distintos a los perseguidos por él. (4).

Por otro lado, Ferrara nos dirá que el Fraude en la Ley (...) constituye una violación indirecta de la ley, no según su contenido literal si no según su espíritu (...) empleando para ello diversos medios y siguiendo distintos caminos, sin ocultar el acto exterior y tratando de huir de la aplicación de la ley merced a una artística y sabia combinación de varios medios jurídicos no reprobados (5).

Del mismo modo, NEFF nos presenta un ejemplo gráfico al respecto, al decir que “así como al envolver a un enemigo no se ataca de frente, sino por el flanco o la retaguardia, es decir por su parte débil y de modo oculto para que no se aperciba del

(4) MESSINEO, Francesco, “Manual de Derecho Civil y Comercial, Buenos Aires, EJE, 1979.

(5) Ferraro, ob.cit. p.82

ataque, así también la ley se ataca y viola con un golpe en los flancos, oculto y desapercibido; es decir, en el contenido que es el lado más fácil, por cuanto no lo protege palabra alguna (6).

Otro ejemplo gráfico nos lo da Kohler, señalando que “el negocio fraudulento se parece a las operaciones de tropa, la cual evita el punto defendiendo sólidamente y trata de acercarse al enemigo por caminos ocultos. Se dan vueltas alrededor de la carrera legalmente prohibida, con una combinación tendenciosa de caminos laterales para desembocar en el terreno por un lugar indefenso y no vigilado. (7).

Diaz Picasso y Guillón, nos dice que la característica del Fraude en la Ley consiste en “la vulneración de una norma imperativa

(1) Neff, “En Ferrara”, ob.cit, p.79

(7) Kohler “En Ferrara”, Loc.cit.

de manera oblicua. Para ello se utiliza un determinado negocio jurídico con el propósito de conseguir un resultado que prohíbe la ley, buscando la cobertura y amparo de la norma que regula el negocio elegido y protege el resultado normal de él, que en el caso concreto satisface el interés de las partes por ser coincidente en última instancia con el vedado (8).

Puig Peña nos señalará que debemos definir los actos *in fraudem legem* como “aquellos que están constituidos por todas aquellas conductas aparentemente lícitas por realizarse al amparo de una determinada ley vigente pero que producen un resultado contrario o prohibido por otra norma tenido como fundamental en el disciplinario de la materia de que se trata (9).

(8) Kohler “En Ferrara”, *Loc.cit.*

(9) Dies Picasso, L. Y Gullón, A. “Sistema del Derecho Civil”, Madrid, Edit. Technos, 1980, p.635.

Emilio Betti destaca que esta figura se presenta “cuando el acto privado, pese a salvar la apariencia y respetar la letra de la ley, logra violar sus preceptos en espíritu (...), configurándose, mejor que una violación directa, resultante del tenor del acto, una violación indirecta y no aparente que, mientras respeta la letra de la norma, desvirtúa su finalidad o la elude, utilizando un instrumento legal en contra del destino que le es propio (10).

Ligero Paulo, tratadista griego quien, según las referencias encontradas, ha desarrollado una amplia investigación sobre este tema, nos dice que el Fraude en la Ley “consiste en actos reales, queridos y realizados efectivamente y combinados de tal manera que aún siendo lícitos en sí, aisladamente considerados permiten como resultado de la combinación, burlar la ley y hacerla producir actos contrarios a su espíritu y a su fin (11).

(10) Puig Peña, ob.cit, p.298.

(11) Ligeropoulo, Alexander, “Defensa del Derecho Contra el Fraude”, Madrid, Rev. De Derecho Privado, 1930, p.3.

Herrero Nieto, también en una obra especializada en el tema, nos dice que “existe fraude en la ley cuando al amparo de una norma jurídica. Es llegar a través de un camino absolutamente legal a consecuencia intrínsecamente ilegales; es en una palabra usar la ley para un fin distinto del perseguido por ella” (12).

En doctrina nacional encontramos lo que señala Lohman, respecto a los negocios en fraude en la ley, quien dice que “se definen como tales aquellos negocios celebrados con la intención de que por medio de sus efectos jurídicos, económicos o sociales típicos, se logre u obtenga una finalidad o un resultado que aparece como legalmente prohibido bajo otra modalidad de negocios. Es la utilización comercial indebida de una norma, para evadir otra; un artilugio o artimaña para evadir la

(12) Herrero Nieto, Bernardino, “La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho de Trabajo, Barcelona, Casa Editorial Bosh, 1950, p.136.

ley por y con la propia ley” (13).

D) Definición Final:

Después de todo lo visto, creemos que ya somos más claros y precisos respecto a lo que es el Fraude en la Ley.

De esa manera, podemos decir que este consiste en LA ELUSION O VIOLACION DE MANERA INDIRECTA U OBLICUA DE LOS PRECEPTOS DE UNA NORMA DE CARÁCTER IMPERATIVO HACIENDO USO DE MEDIOS LEGALES O LICITOS, PERO ATACANDO SU CONTENIDO O ESPIRITU, SIN LLEGAR A AFECTAR SU SENTIDO LITERAL.

2.4.2. Elementos Del Fraude En La Ley:

De acuerdo a la definición que hemos dado, podemos deducir que para considerarse un acto como un Fraude

(13) Lelmann, Juan Guillermo, “El Negocio Jurídico”, Lima, Informativo Legal Rodrigo, 1996, p.49.

en la Ley, deberán presentarse los siguientes elementos:

- La pre existencia de normas de carácter imperativo;
- La aparente licitud de los actos fraudulentos; y
- La producción de efectos contrarios al espíritu y finalidad de la norma.

1. La pre existencia de normas de carácter imperativo:

Si bien en principio el derecho mediante la actuación de todo el ordenamiento legal reviste en general este carácter de imperatividad, existen normas cuyas características, naturaleza y finalidad nos permiten percibir con mayor nitidez dicho carácter.

De ese modo, podemos decir que estas normas serán aquellas que interesan al orden público, entendido éste como el límite que impone la sociedad por medio del ordenamiento jurídico y con el fin de proteger sus intereses, a la autonomía de la voluntad de sus componentes, al prescribir obligaciones o prohibiciones de cumplimiento obligatorio. La imperatividad de tales

normas se presentan, conjuntamente con su iderogabilidad e irrenunciabilidad, como un elemento característico de ellas.

Sobre la diferencia que existe entre los diversos tipos de normas legales existentes, hemos podido encontrardiferentes concepciones.

Así, las teorías clásicas o más generalizadas nos dirán que existen normas "primarias" y normas "secundarias" (14). Las primeras serán aquellas que tienen subsistencia por si mismas, entre las que podríamos encontrar a las preceptivas y a las prohibitivas. Las secundarias serán aquellas que justifican su existencia en razón a las anteriores, como las derogativas, las declarativas y las permisivas.

Desde este punto de vista, serán las normas primarias

(14) Fernandez Galiano, "Introducción a Filosofía del Derecho", Madrid, Edit. Rev. De Derecho Privado, 1963. P.49

en su mayoría las que podrían verse atacadas por conductas del tipo del fraude de la ley.

Otra clasificación de las normas, también bastante generalizada, clasifica a todas ellas desde la perspectiva de su vocación normativa, como normas “imperativas y normas supletorias”, siendo las primeras “aquellas que deben ser necesariamente cumplidas por los sujetos, sin que exista la posibilidad lógico jurídica contraria”, y las segundas “aquellas que, a falta de declaración expresa sobre un determinado asunto por parte de los sujetos que intervienen en determinados negocios jurídicos, deberá entenderse lo prescrito en dicha norma” (15).

Sin embargo, existe otra clasificación que creemos más explícita y acomodada al tema de esta tesis, la cual es sustentada en la doctrina Española por el autor Luis

(15) Rubén Corres, Marcial, “El Sistema Jurídico, Lima, Fondo Editorial de la P.U.C.P., 1984, p.103.

de la Villa Gil (16), quien nos señala la presencia de

de la Villa Gil (16), quien nos señala la presencia de los siguientes tipos normativos:

Normas de derecho Necesario Absoluto, que son aquellas que producen derechos indisponibles en todo sentido, es decir que, ni la autonomía de la voluntad, ni por ejemplo, los convenios colectivos de trabajo pueden variarlas, siendo por tanto su imperatividad e irrenunciabilidad, absolutas totalmente. Son normas de orden público “puras” Normas de Derecho Necesario Relativo, las cuales son las que producen derecho indisponible “hacia abajo”, esto es, se constituye en normas mínimas, las que no pueden ser modificadas por la voluntad de los sujetos si no para ser mejoradas o superadas. Podríamos decir que su grado de imperatividad e irrenunciabilidad es relativo.

Normas de Derecho Dispositivo, que son aquellas que producen derechos disponibles en todo sentido, lo que

(16) De la Villa Gil, Luis Enrique, El Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales (Ensayo), en Neves Mujica, Lavior, Materiales de Enseñanza de Derecho Laboral, Facultad de Derecho de P.U.C.P., 1987 II, p.11.

significa que otorgan la facultad de realizar un determinado comportamiento pero sin imponerlo por prescripción o prohibición, dando libertad para ello a la voluntad de los individuos.

Es lógico suponer, luego de haber visto estas diversas clasificaciones normativas que respecto de las llamadas “normas secundarias”, “supletorias” o de “derecho dispositivo”, no cabe la discusión sobre si es factible o no la aparición de actos en Fraude en la Ley, toda vez que dichas normas suelen abrir la posibilidad de establecer “pactos en contra, es decir que pueden ser modificados o derogados por la voluntad de las partes, de tal modo que en estos casos el Fraude en la Ley tal y como lo hemos venido configurando, no tiene por que presentarse.

Esta situación no es la misma cuando se trata de los otros tipos de normas, en las que el mandato legal es preciso y por lo tanto su cumplimiento es ineludible, cerrando las posibilidades de negociación totalmente en

unos casos y en otros sólo si lo que se pretende es desmejorar los preceptos o derechos que ellas establecen.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que para que se pueda configurar el Fraude en la Ley, será preciso que pre existan a los actos fraudulentos normas imperativas, ya sea del tipo absoluto o relativo, a las cuales se busquen frustrar en sus objetivos finales.

2. La aparente licitud de los actos fraudulentos: Cuando se pretende eludir la ley mediante este tipo de conductas fraudulentas, por lo general se recurre a la utilización de interpretaciones amañadas de la misma norma o al uso de normas paralelas y exteriores a ella.

De esa manera se logra dar a tales actos una apariencia de legalidad y licitud de la que en el fondo carecen, ya que su finalidad atenta contra el espíritu o vocación de la ley, afectando con esto no sólo a la norma sino a

todo el ordenamiento jurídico y por tanto a la sociedad en su conjunto.

Este elemento del fraude en la ley, hace que en muchas situaciones no pueda ser fácilmente ubicada la conducta fraudulenta, provocando además que sea bastante dificultosa y discutible la prueba y calificación de ella por parte de los afectados o del juzgador en quien recae la responsabilidad de tomar una decisión al respecto.

3. La producción de efectos contrarios al espíritu y finalidad de la Ley.-

Asumimos este elemento, tomando desde ya una posición respecto de dos puntos de vista que se presentan en relación al Fraude en la Ley y que se refieren a la necesidad o no de establecer cuál es la intención del agente de la conducta fraudulenta.

Por lo tanto es necesario fijar nuestra atención en el hecho de que para que se pueda configurar el Fraude en

la Ley, además de la pre existencia de una norma jurídica de carácter imperativo y de la aparente licitud de los actos fraudulentos, es preciso que éstos se presenten objetivamente, de tal manera que pueda deducir de ellos que lo que están tratando de hacer es eludir los efectos finales perseguidos por la norma, no siendo necesario para esto que se tenga que investigar o internar en la intención de los sujetos que intervienen, ya que ello nos llevaría a un campo bastante peligroso haciendo mucho más difícil la ubicación, calificación y sanción de las conductas en Fraude en la Ley.

2.4.3. Naturaleza Jurídica del Fraude en la Ley:

Existen dos teorías en torno al Fraude en la Ley, que han derivado en posiciones disímiles respecto al origen de esta figura. Nos referimos a la teoría subjetiva y a la teoría objetiva, las cuales han centrado las discusiones sobre la importancia de la intención de los agentes del Fraude en la Ley para poder determinar la presencia de éste.

a) **Teoría Subjetiva:**

Esta, es la menos aceptada por la doctrina, aduce que, dado el carácter de lo que es el Fraude en la Ley, es necesario para determinar su existencia llegar incluso hasta la intención de las partes, es decir, hacer todo un análisis psicológico para establecer la presencia de una conducta fraudulenta, centrando la atención de ese modo, no tanto en los resultados obtenidos sino en la mala fe empleada para conseguirlos.

Como podemos ver, esto implicaría internarnos en el peligroso campo de lo que es la intención de las partes, por lo cual no es de nuestra opinión que para que se configure el Fraude en la Ley sea necesario todavía auscultar el fuero interno de los agentes del fraude, tanto más cuando que la represión del concierto o intención maliciosa corre de cargo de otras instituciones del derecho.

b) Teoría Objetiva:

Siendo pues innecesario verificar la intención de las partes para determinar la existencia del Fraude en la Ley, entonces debemos basar nuestra apreciación en los efectos del hecho que se produzcan a la consecuencia de tales actos fraudulentos.

Cuando dichos actos se presentan eludiendo la ley y por lo tanto quebrantando su espíritu, entonces nos encontramos en la imperiosa necesidad de proteger los fines perseguidos por ella y de esa manera resguardar también los objetivos de la organización jurídica en su conjunto.

Por ello, creemos que la calificación de tales actos fraudulentos debe proceder sin considerar el transfondo subjetivo que se pudiera revelar a través de la intención o conciencia de que se está actuando contra la ley aun cuando todo esto puede constituir

un indicio con valor probatorio de la existencia del Fraude de la Ley.

Además, como señalan Diez Piccaso y Guillón, el fin último de la doctrina del Fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes aún cuando no exista intención maliciosa, debiendo en todo caso aplicarse la ley en toda su amplitud, así como las sanciones que correspondan (17).

2.4.4. Formas de Manifestación del Fraude en la Ley:

De algún modo ya hemos adelantado el desarrollo de este punto, tal y como señalaremos antes, hay dos modos como el Fraude en la Ley puede manifestarse: primero, cuando la conducta fraudulenta se apoya en el tenor literal de la norma, y luego, cuando se aprovechan instrumentos legales exteriores a ella con la finalidad de eludirla.

(17) Diez Picasso Y Gullón, ob.cit, p. 637.

Cuando se apoya en el tenor literal de la norma. Cuando una norma legal por carecer de la debida claridad y precisión debido a un inadecuado uso de las técnicas legislativas, deja resquicios por los cuales escapar de su aplicación, dando lugar a que se pueda hacer uso de ella apoyándose en el tenor literal para lograr propósitos absolutamente distintos a los perseguidos por sus preceptos, estará entonces abriendo la posibilidad de que se produzcan actos en Fraude en la Ley.

Esto motivará que el juzgador se vea obligado a dilucidar si en el caso concreto se está tratando efectivamente de eludir o esquivar los fines y propósitos para los cuales se presentan dicha norma. Pidiendo en caso de ser así que estos casos fraudulentos prosperen en su agresión a la ley.

Para lograr desentrañar el verdadero sentido de la norma, será necesario que se recurra a los medios de interpretación jurídica que resulten más adecuados para

tal fin. Según nuestro criterio, tales métodos serían: el método sistemático por comparación de las normas, el método sistemático por ubicación de las normas y los métodos históricos y sociológicos (18).

El método sistemático por comparación de las normas consiste en “extender a la norma bajo interpretación de los principios o conceptos que fluyen claramente del contenido de otras normas del sistema jurídico y que, en ella, no son ostensibles”. Para ello es necesario que tales principios y conceptos resulten claros en las normas a comparar, que éstas sean generales y no prohibitivas y que se tenga en cuenta las eventuales diferencias que existan en los conjuntos y subconjuntos a los que pertenecen las normas utilizadas.

El método sistemático por ubicación de las normas “interpreta aplicando el que quiere decir de la norma

(18) Rubio Correa, ob.cit. p.324.

ambiente” dentro del grupo, sub conjunto y conjuntos normativos a los que pertenecen”.

El método histórico “interpreta la norma jurídica, mediante la determinación del cual fue la intención del legislador al dar la norma para luego aplicar sus contenidos a la determinación del significado normativo”.

Finalmente, el método sociológico “esclarece el significado de la norma jurídica, recurriendo a los diversos datos que aporta la realidad social donde la norma interpretada se aplica, para realizar un permanente ajuste entre Derecho y Sociedad, fundado en que el Derecho es un instrumento de regulación social particular, pero no un cuerpo normativo autártico y que se explica y justifica por si mismo”.

Podemos atrevernos a asegurar que el adecuado uso de los métodos de interpretación que hemos detallado, puede ser de suma utilidad para afrontar los actos en

Fraude en la Ley, cuando se presentan bajo esta modalidad.

Cuando se aprovechan instrumentos legales exteriores a la norma.- Es este caso, lo que se hace es poner el amparo o abrigo de una ley vigente, los actos que tienden en su finalidad a resultados que otra norma intenta censurar. Para ello se hace uso de una serie de combinaciones lícitas consentidas por otras normas, pero que resultan incompatibles con aquellas que se intentan vulnerar. De ese modo se llega por caminos aparentemente legales a resultados que son intrínsecos ilegales.

Todo esto podrá quedaer develado cuando se produzcan los efectos buscados, es decir, cuano los resultados finales de los actos realizados pueden llevar a determinar que lo que esta sucediendo es dar una vuelta alrededor de la ley a fin de que ésta no pueda cumplir su cometido final.

El trabajo del Juzgador en estos casos consistirá en buscar más allá de lo que se le presenta en un primer momento, recurriendo si es necesario a la realidad de los hechos antes que a las formas o denominaciones que se dan a los actos fraudulentos, que en apariencia cubren todos los requisitos de ley.

2.4.5. La Calificación y Sanción del Fraude en la ley:

Sobre este punto existe una serie de desacuerdos y divergencias que van desde aquellas posiciones que no aceptan la vigencia y existencia del Fraude en la Ley hasta aquellas que si lo admiten y que además discuten cuáles deben ser las respuestas o reacciones frente a este tipo de actos por parte de sistema jurídico.

Nuestra posición respecto al primer aspecto de la discusión es clara, toda vez que a lo largo de este trabajo intentamos establecer la vigencia e importancia de esta figura. Por otro lado, nos adscribimos a lo que señala Puig Peña (19), en el sentido de que dada la presencia del Fraude en la Ley se hace imprescindible que se produzca una

“declaración de fraudulencia” en cada caso concreto a fin de que se puedan producir los efectos sancionadores.

Esto debido a que en un primer momento los actos en Fraude en la Ley se encuentra enmarcados dentro de una aparente legalidad, por lo que para verificar y establecer la presencia de la conducta fraudulenta será preciso que se produzca una declaración por parte de los órganos jurisdiccionales respectivos, que se basan en las pruebas correspondientes y en una debida interpretación legal.

Al producirse esta declaración de fraudulencia también deberán determinarse las sanciones correspondientes. La primera de ellas consistirá en

(19) Puig Peña, bo, p.401

ordenar el inmediato restablecimiento y cumplimiento de los preceptuado por la forma que se pretendía eludir, dando no sólo un respaldo a los objetivos finales queridos por dicha norma, sino también al ordenamiento jurídico en su conjunto.

Además de esto, consideramos que el juzgador deberá declarar la nulidad de todos los actos que hubiere coadyubado a la ejecución de tales conductas fraudulentas.

Como hemos podido ver anteriormente, este tipo de conductas resultan contrarias a normas de carácter imperativo, o en otros términos, a normas de derecho indispensable ya sea absoluta o relativamente, por lo que también resultan agrediendo a los intereses del orden público, del cual las mencionadas normas sirven de fundamento. Esto nos lleva a implicar, por tanto, que adolecen de "nulidad absoluta", según lo establecido por la teoría de la nulidad de los actos jurídicos contrarios al orden público.

Esta teoría es acogida por nuestra actual legislación nacional, mediante lo establecido en el art. V del Título Preliminar del Código Civil, que señala que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público (...)” cosa que resulta refrendada luego por el art. 219; inc. 8, del mismo cuerpo de leyes, el que establece que “el acto jurídico es nulo en caso del Art. V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (20) (21).

Según lo que nos dice el Dr. Fernando Vidal Ramirez, los mencionados artículos resultan inspirados en lo que establece el Art. 1418 del Cod. Civil Italiano, en su primer apartado (22). Por ello es que consideramos aceptable dentro de nuestro sistema tener también en cuenta las consideraciones hechos por la doctrina

(20) Cód. Civil, Edic. Oficial, Ministerio de Justicia, Biblioteca Jurídica Popular, 1996, p.11.

(21) Cód. Civil, Ibid, p.48.

(22) Cod. Civil, Ibid, p.48.1

italiana en el sentido de que todo acto fraudulento de la ley, conlleva o implica una violación de la ley en su espíritu, por lo tanto, adolecerá de la nulidad que le queremos imputar, aún cuando para ello no hubiere una declaración expresa en tal sentido, en la ley.

2.4.6. Semejanzas y Diferencias con otras Figuras:

Como hemos podido apreciar, las peculiares características de esta figura hacen que presenten una serie de semejanzas que puedan llevarnos a serias confusiones si es que no sabemos encontrar, tanto los puntos en que tangencialmente se juntan, así como aquellos en que se distancia, a veces muy sutilmente.

a) El Fraude en la Ley y el Fraude a los Acreedores:

El caso del fraude a los acreedores reviste especial importancia dado que por ser éste el que más patente se presenta dentro de la legislación, suele creerse que es el único modo como se presente el fraude civil.

A pesar de ello, el fraude a los acreedores no resulta si no una modalidad del Fraude en la Ley, como lo afirma Lohmann (23) debido a que como ya hemos visto, el fraude en la ley implica una vulneración velada mediante la utilización de los medios lícitos, del espíritu de la ley, lo cual en cierto modo también sucede con el fraude de los acreedores.

Pero en esta última figura, se trata, en lugar de una explícita conducta dirigida a fin de afectar directamente al ordenamiento jurídico en su conjunto, de afectar mucho más específicamente los intereses de quienes resultan acreedores de una obligación contractual, tratando de poner fuera del alcance de éstos, el patrimonio que sirve de base y garantía del cumplimiento de dicha obligación.

(23) Vidal Ramirez, Fernando, "Teoría General del Acto Jurídico", Lima, Cultural Cusco S.A., 1934

De ese modo podemos apreciar desde ya las diferencias que estas dos figuras presentan.

En primer lugar, el destinatario es distinto; así en el caso del Fraude en la Ley el afectado resulta siendo el "orden público" en el cual se fundamenta la norma imperativa vulnerada y por ende la sociedad misma, mientras que en el caso del fraude a los acreedores, serán éstos quienes resulten directamente perjudicados debido a las acciones realizadas por sus deudores para evadir sus responsabilidades contractuales.

Los actos en Fraude en la Ley no implica necesariamente actos de disposición patrimonial, lo que si sucede con los actos producidos en fraude a los acreedores.

Por otro lado, las sanciones resultan diversas para ambos casos, llegando incluso a no poder sancionarse en fraude a los acreedores si es que no hay petición de parte. Esto de ninguna manera sucede en el caso del Fraude en la Ley, dado que

pauliana” (24), mientras que ante el Fraude en la Ley, la inmediata aplicación de la norma vulnerada así como la declaración de nulidad de los actos fraudulentos puede proceder incluso de oficio, haciendo para ello el juez uso de su propio criterio para determinar, calificar y sancionar estas conductas..

b) El Fraude en la Ley y el Dolo:

Existe también entre estas dos figuras cierta vinculación, toda vez que en ambos casos se presentan conductas engañosas tendientes a conseguir fines ilícitos.

(24) Up. Supra, p.p. 19-20

Lo que sucede es que, como bien señala tanto Ripert y Boulanger (25), como Boffi (26), el dolo se representa con anterioridad a la realización de un acto jurídico, actuando contra la víctima misma para inducirla mediante un engaño a celebrar dicho acto, mientras que el Fraude en la Ley se presenta frente

Lo que sucede es que, como bien señala tanto Ripert y Boulanger (25), como Boffi (26), el dolo se representa con anterioridad a la realización de un acto jurídico, actuando contra la víctima misma para inducirla mediante un engaño a celebrar dicho acto, mientras que el Fraude en la Ley se presenta frente a la presencia de una norma imperativa pre existente, produciéndose el engaño respecto de la misma ley y afectando tanto los propósitos del mismo ordenamiento jurídico en su conjunto. Además, el dolo se presenta como un acto unilateral como de un acto bilateral.

El típico ejemplo de dolo lo encontramos en el caso del comerciante que vende un objeto atribuyéndole cualidades del cual carece, produciéndose el engaño con anterioridad a la realización del acto resultan

(25) Ripert, George y Boulanger, Juan, "Tratado de Derecho Civil", Buenos Aires, DMEBA, 1963, p.288

(26) Boffi, Roggero, Luis María, "Tratado de las Obligaciones", Buenos Aires, OMEBA, 1963, p.288.

mucho más sutiles y difíciles de percibir que en los demás casos.

c) **El Fraude en la Ley y la Simulación:**

Es en esta figura con la que más se presentan confusiones, ya que las diferencias entre una y otra. Desde el punto de vista conceptual, la diferencia parece bastante obvia; el Fraude en la Ley se produce mediante la elusión de los preceptos contenidos en una norma de carácter imperativo, haciendo uso de medios legales y en apariencias lícitas, pero que lo que buscan es alcanzar propósitos absolutamente distintos a los queridos por la ley, mientras que por la simulación lo que se hace es aparentar la celebración de un acto jurídico en realidad no existe y una verdadera voluntad para celebrar (27).

La confusión se presenta cuando la simulación se produce “con el fin de violar la ley” apareciendo

(27) Esta definición es la que nos da el Código Civil Peruano en su Art. 190°

entonces lo que mal se dio por denominar como “simulación fraudulenta” o “simulación en Fraude de la Ley” (28). Estas últimas frases resultan poco felices, toda vez que, tal como señala Ferrara (29), la simulación no es un modo de eludir la ley, si no de ocultar su violación, por lo que hablar de simulación en fraude en la ley es inexacto, debiendo decirse en todo caso “simulación ilícita”, toda vez que los negocios fraudulentos son negocios reales indirectos que tienden a conseguir mediante el uso de los medios legales válidos un resultado opuesto al querido por la ley en su esencia.

Para que se haga efectiva la presencia del Fraude en la Ley será necesaria la pre existencia de una norma de carácter imperativo, es decir, el agente del fraude deberá tener presente que en su actuación

(28) El Art. 1095 del Cód. Civil de 1936, usaba la expresión “Los que ubiesen simulado un acto con el fin de violar la ley...”.

(29) Ferrara ob.cit.p. 82.

evita el cumplimiento de lo preceptuado por la ley. En cambio, para que se presente la simulación, no interesa tanto el tipo de norma que se transgreda, como el acto jurídico en sí, es decir, se tiene que tener pleno conocimiento que lo que se está haciendo no corresponde en ninguno de sus aspectos a lo que en realidad se pretende realizar. Esto es, se busca ocultar el acto querido a fin de evitar sus efectos.

Quien actúa en Fraude en la Ley lo hace mediante actos reales y queridos, verdaderos y no ficticios, los cuales producen resultados que se encuentran amparados por determinadas normas legales, o por amañadas interpretaciones de la ley, pues en el fondo, son absolutamente contrarios a las normas de carácter imperativo.

Como vemos, para lograr estos fines fraudulentos no se ocultan los actos exteriores si no que se les deja claros y visibles.

Mediante la simulación en cambio, lo que se produce es una apariencia, una ficción, lo que se ve y se demuestra no es lo que se quiere en realidad, ya que está poniendo un velo, una cortina de humo sobre el acto verdadero con la finalidad de cubrirlo ya sea con el fin de perjudicar a un tercero o para contrariar un precepto legal.

Ahora bien, la simulación como dice Ospina (30) no es necesariamente ilícito, y podría incluso no ser ni moral ni jurídicamente reprobable, por ejemplo, cuando se recurre a ella para la intención de un benefactor, quien por modestia o altruísmo o para no lastimar el amor propio del protegido, prefiere hacerlo de ese modo.

De ninguna manera ocurrirá en el caso del fraude en la ley, toda vez que las conductas fraudulentas resultan represensibles no sólo por el daño que

(30) Ospina Fernandez, Guillermo, "Régimen General de las Obligaciones", Bogotá, Edit. Tennis, 1976, p.256.

causen a los sujetos de los derechos que se eluden, sino por que lastima al conjunto de la sociedad dado que son actos contrarios a la esencia misma de normas que interesan al orden público.

Para que podamos vislumbrar muchos más claramente la diferencia existente entre ambos tipos de actos, vamos a tratar de esbozar algunos ejemplos. Así la simulación se dará si A tiene la intención de donar un bien a B, pero resulta que la ley por algunos motivos le prohíbe la transmisión de sus bienes a título gratuito; en vista de ello simula una compra-venta, en la que en realidad no se dan todos los elementos que configurarían un negocio de esta naturaleza, puesto que no se realiza un pago efectivo por la transferencia.

En este caso se está transgrediendo la ley mediante la realización de un acto totalmente ficticio y aparente.

Para caso de fraude en la ley podríamos tomar un ejemplo del pacto comisorio (31), así un prestamista A, concerta la “venta” de un bien con su prestario B, pero establecen un pacto de retroventa, señalando el paso de vigencia de éste (que en realidad será el equivalente al importe de lo prestado, más los intereses).

Una vez expirado el plazo y no cancelado el préstamo el deudor no podrá hacer valer su derecho de retracto, y por lo tanto el salapado prestamista podrá hacerse del bien. Como vemos, lo que en realidad se ha dado es un caso de pacto comisorios, por medio del cual el acreedor se ha hecho de la garantía dada por su deudor, lo que no esta permitido por la ley bajo sanción de nulidad; sin embargo, se ha realizado todo mediante un acto verdadero, (conlleva en sí absolutamente todas las características y elementos que configuran una real

(31) El Art. 1066 del Cod. Civil vigente no permite el pacto comisorio, bajo sanción de nulidad.

compra venta), en que la voluntad de las partes parece ser el de realizar en realidad una compra-venta, y no un préstamo, y todo lo que han hecho se encuentra amparado por la ley, El elemento probatorio resultará de suma importancia, si es que queremos determinar si es que existe tal conducta fraudulenta, ya que como hemos podido observar, el engaño a la ley no es tan evidente, pues se produce de una manera tan inteligente, haciendo uso de un tipo de contrato que en sí puede englobar todos los elementos del acto verdadero. Pero a pesar de todo no se ocupa nada, pues aparentemente no se oculta nada, si no que se recurre a medios legales válidos y vigentes que, hasta cierto punto le dan visos de veracidad al acto realizado.

Finalmente, y retomando los ejemplos que nos dieran gráficamente Neff y Kohler (32) anteriormente, podríamos decir que en el caso de la

(32) Neft y Koher, en Ferrara, Loc.Cit.

silumación, el enemigo se presenta de frente, pero camufla su presencia para engañar al oponente o le tiende una cortina de humo para que el impida la plena visibilidad para repeler el ataque; no es el caso del fraude si no por el flanco o la retaguardia y de modo oculto, se le embosca, tratando de aproximarse a él por caminos ocultos para atacarlo por un lugar indefenso y no vigilados.

Esperamos que en toda esta explicación podamos aclarar los conceptos de ambas figuras, facilitando de ese modo su diferenciación para no caer en posibles confusiones al respecto.

d) **El Fraude a la ley y el Abuso del Derecho:**

Respecto a estas dos figuras no existen un pleno acuerdo en la doctrina, habiendo quienes señalan que el fraude en la ley no es sino una forma al abuso del derecho, mientras que otros señalan que se trata de dos figuras completamente distintas,

aunque representan algunos puntos comunes (33).

La primera confusión surge desde el punto de vista semántico toda vez que al hablar del abuso del derecho se podría aludir no sólo al derecho subjetivo, sino también al derecho objetivo (34).

Sin embargo, desde el punto de vista conceptual, esta figura consiste en la extralimitación de los “derechos subjetivos”, (por lo que más propio sería decir “abuso en el ejercicio de los derechos”), causando de ese modo un daño a otros.

Al presentarse el Fraude en la Ley, lo que sucede no es tanto ejercer en demasía un derecho establecido por la determinada norma, si no al revés, se trata de eludir el cumplimiento de dicha norma; de acatarla, de no cumplir con las obligaciones que impone, valiéndose para ello de vías laterales o de interpretaciones amañadas. Uno no actúa excediendo los derechos que establece la

(33) Rodriguez Arias, Livia, “El Abuso del Derecho, Buenos Aires, Ejee, 1971, pp.136.

(34) Rubio Correa, Marcial, Título Preliminar, Biblioteca.

norma, si no busca sustraerse a los efectos que ella impone usándola dentro de sus propios límites, o usando medios legales paralelos a ella.

Sin embargo, pueden presentarse situaciones en que se den actos fraudulentos, y al mismo tiempo exista abuso del derecho.

Tenemos el caso de la extralimitación de la autonomía de la voluntad, estableciendo en un contrato obligaciones no permitidas por la ley por ser excesivas o prohibitivas, pero recubriendo todo mediante una serie de cláusulas revestidas de una aparente seriedad por basarse en otras normas legales válidos en otros contextos y situaciones, desvirtuando de ese modo el contenido, tanto de éstos como del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Además, la noción y la teoría del abuso del derecho puede servir como instrumento de apreciación y

análisis de las conductas fraudulentas, completando la fundamentación tendiente a su calificación y sanción por parte del juzgador, y por tanto también puede servir como parte de la sustentación del reclamante afectado por los actos en fraude en la ley.

2.4.7. **Consideraciones Finales:**

Hemos hecho un análisis de lo que es el Fraude en la Ley, su noción, conceptualización, historia, formas en que se presentan, su calificación por parte de los órganos jurisdiccionales y las sanciones que le corresponden y hemos también tratado de encontrar sus diferencias y puntos de encuentros con otras figuras similares tales como el fraude a los acreedores, el dolo, la simulación y el abuso del derecho. Todo esto nos va a servir para poder abordar el siguiente punto de nuestro trabajo, que consistirá en determinar la presencia del fraude en la ley en el Derecho Laboral y la manera como este puede reaccionar frente a el y como de hecho, reacciona.

Ahora que ya hemos precisado los alcances que tiene el Fraude a la Ley, vamos a internarnos en el campo del Derecho Laboral, donde dadas las características de sus normas, la existencia de diversas fuentes, así como su especial enmarcación dentro del derecho general, la presencia de esta figura revestida especial importancia. Para lograr nuestro objetivo, vamos a hacer un análisis de sus normas, el carácter imperativo que éstos revisten, como funciona respecto a ellos el principio de orden público y hasta donde se permite llegar a la autonomía de la voluntad.

De este modo haremos más fácil encontrar los elementos que dentro de esta rama del derecho hacen que pueda ser posible la configuración del Fraude en la Ley, llegando también con ello a determinar de qué modo reacciona y se protege llegando también con ello a determinar de qué modo reacciona y se protege el derecho frente a este tipo de actuaciones.

Esto nos servirá para poder elaborar debidamente la investigación, llevándonos a verificar la actuación del derecho nacional frente al Fraude de la Ley, en los siguientes puntos de este trabajo.

2.4.8. Características Especiales del Derecho Laboral:

No vamos a pretender enumerar y explicitar cuales son las características que configuran lo que es el Derecho Laboral, sino que vamos hacer un acercamiento a aquellos que nos llevan a determinar la existencia de la figura bajo estudio. Para esto, será necesario que veamos porque el Derecho Laboral es un “derecho social”, de qué manera esta adscrito al orden público, hasta donde llega el carácter imperativo de sus normas, etc.

a) El Derecho Laboral como Derecho Social:

En el marco tradicional, hasta hace muy poco tiempo se buscó casi siempre ubicar las normas dentro de marcos conceptuales tales como el derecho público y el derecho privado elaborándose para ello una serie de teorías que buscaban

encontrar la exacta diferencia y deslinde entre ambos hemisferios normativos.

A pesar de ello, con el advenimiento del presente siglo, y el despertar de los movimientos sociales en general, se fue gestando un nuevo tipo normativo. Aquellas normas que en principio habían sido ubicadas por los legisladores dentro del ámbito del derecho privado; iban asumiendo características del derecho público, dada la exigencia por parte de ciertos sectores sociales al Estado del reconocimiento, protección y sanción de sus derechos.

De esa manera será como harán su aparición varias ramas nuevas tales como el Derecho Laboral, el Derecho Agrario, el Derecho de la Seguridad Social, y otros que alcanzarán incluso reconocimiento por parte de las diversas

Constituciones Políticas de los Estados (35).

Este nuevo tipo de normas tendrá como característica especial el tener una mixtipificación de lo que se consideraba dentro del derecho público o del derecho privado, creando de ese modo un espacio intermedio entre estos.

No pudiendo por eso determinarse con claridad a cual de las dos esferas pertenecían estas normas, es que la doctrina en general se ha inclinado por el establecimiento de una nueva categoría normativa, a la que se ha convenido en denominar como el “Derecho Social” (36).

(35) Las primeras constituciones políticas que históricamente reconocen esto serán la de Querétano, “Exico y la del Weimar, de Alemania. Posteriormente, casi todas las constituciones modernas asumirán y consagrarán estos derechos”.

(36) De la Cueva, Mario, El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, México, Editio. Porrúa S.A., 1980, p.73.

Dentro de lo que considera es el derecho social, ubicamos en primer término al Derecho Laboral. Su ubicuidad a las anteriores categorías normativas. El Derecho Público y el Derecho Privado; su novedad frente al derecho tradicional; su autonomía que lo distancia de otras disciplinas jurídicas; su adaptación a la realidad social, aún cuando de todos modos la realidad avance más que el derecho; el hecho de que sus normas se encuentran enmarcadas dentro de lo que es el orden público, dado con ello a los derechos que establece el carácter de imperatividad e irrenunciabilidad, su calidad de protector de la parte más débil de la relación laboral; y su unidad, en tanto está conformado por tres cuerpos jurídicos consistentes el derecho individual, el derecho colectivo y el derecho procesal del trabajo; todo esto contribuirá de manera efectiva a la configuración de esta rama del derecho que, dadas estas notas características, tendrá que ser

considerado como un derecho intrínsecamente social.

b) El Orden Público Laboral:

Como hemos visto el Derecho Laboral se ubica dentro de lo que es el derecho social, siendo una de las características básicas de estos al tener índole de orden público. Esto último podría llevar a la confusión de creer que hay una inclinación marcada hacia el ámbito del derecho público, lo cual carece de veracidad.

El “orden público” es una institución que considera normas jurídicas tanto de derecho público como de derecho privado; lo que sucede es que implica la existencia de algunas importantes prerrogativas que le dan determinado valor a dichas normas. Nos referimos al carácter de imperatividad e irrenunciabilidad de los que se revisten por el hecho de ser considerado dentro del ámbito del orden público.

El orden público se configura mediante la existencia de “normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no pueden escapar ni la conducta de los órganos del mismo Estado, ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas, de ser necesario recurrir a ellas (37).

Como vemos el orden público se presenta como un límite que impone la ley a la autonomía de la voluntad, en cuanto esto implica la libertad de los individuos para celebrar todo tipo de negocio jurídico, poniéndole la salvedad de que no se haga un mal uso de dicha libertad, actuando arbitrariamente y perjudicando los intereses de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien tenemos que ver cuál es el papel que

(37) Rubio Correa, Marcial, Título Preliminar, Biblioteca para leer el Código Civil III, Lima, Fondo Editorial de la P.U.C.P., 1986, p.95.

desempeña el orden público dentro del Derecho Laboral. Como vimos al principio, gran parte de esta rama del derecho se destaca por su índole de orden público, pero esto no quiere decir que sus normas se encuentran encuadradas dentro de lo que hemos tratado de definir como “orden público” en general. Lo que sucede es que en el Derecho Laboral se destaca cierta peculiaridad que los distingue del orden público común.

Dentro de lo que se ha dado por llamar el “orden público social” o “el orden público laboral”, la imperatividad e irrenunciabilidad de sus normas se presentan con una especial connotación y es que la mayoría de los casos (no siempre), pueden relativizarse, esto es, que dichas normas constituyen generalmente “derechos mínimos”, lo cual no implica tanto un techo que limite la autonomía de la voluntad, si no más bien un piso, pues dichas normas pueden ser superadas por la libre determinación de las partes al señalar mejores

derechos que lo que éstos establecen, mediante tanto el contrato individual de trabajo, como por los pactos o convenios colectivos, a lo que incluso se les da la fuerza legal necesaria para poder sustituir a la misma ley.

Dado que el Derecho Laboral es un derecho social y por lo tanto tiene índole de orden público, entonces sus normas revestirán en su mayor parte carácter de imperatividad. Esto quiere decir que mediante ellas “se impone al Estado la función social de vigilar la aplicación de las normas a todas las prestaciones de trabajo, de poner en conocimiento de los empresarios las violaciones que hubiesen encontrado a fin de que las corrijan, y cuando la recomendación no sea acatada, imponer las sanciones que autorice la ley (38). Sin embargo y como viéramos en el capítulo anterior de este trabajo, la imperatividad de las

(38) De la Cueva, Ob.Cit, p.101

normas no resulta absoluta, especialmente en el caso de el Derecho Laboral. La doctrina española, tal como lo señala De la Villa (39), considera con bastante acierto que existen normas de Derecho Necesario Absoluto, que serán aquellas que revisten una imperatividad total invariable y absoluta, de tal modo que no puede ser modificados sus términos por las partes de ninguna manera; norma de derecho necesario relativo, cuya imperatividad no es total, o sea no se impone absolutamente, pues mediante ellos se suele establecer “derechos mínimos”, los cuales pueden ser superados mediante el acuerdo de parte, siendo esta característica, propia de las normas laborales; y finalmente las normas de derecho dispositivo, las cuales abren un amplio margen a la autonomía de la voluntad para que pueda desenvolverse libremente.

(39) De la Villa Gil, Luis Enrique, EL Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales (Ensayo), en Neves Mujica, Javier, Materiales de Enseñanza de Derecho Laboral-Facultad de Derecho de la P.U.C.P., 1987-II, p.11.

Como vemos, en el Derecho Laboral, la mayoría de normas revisten carácter de imperatividad, ya sea de manera absoluta o relativa, lo cual hace posible que, en vista de su situación, los afectados por éstas (en su generalidad los empleadores), en muchos casos traten de actuar de modo que eludan sus efectos, para lo cual recurrirán al uso de diversos medios, entre los cuales podemos ubicar a figura del Fraude en la Ley.

Por otra parte, la irrenunciabilidad de los derechos que estas normas establecen se presentan más bien con un límite que se impone sobre quien es el sujeto de los derechos.. En el ámbito laboral esta situación se dará respecto al trabajador, considerándolo como parte débil de la relación laboral, puesto que éste puede verse empujado o presionado a pactar en condiciones que le resulten perjudiciales, por lo que este tipo de normas le pone un especie de impermeable que le protege

pero al mismo tiempo le recorta hasta cierto punto su "libertad contractual", actuando sin embargo, en su propio beneficio.

Esto sucede debido a que la mencionada "libertad contractual", no siempre es tal, especialmente en el caso de la relación laboral, en que la parte dominante (el empleador), debido a la capacidad de presión, económica principalmente, que es capaz de ejercer, puede imponer sus condiciones, que en cualquier caso podría resultar perjudiciales a los intereses de la otra parte.

Por ello es que el derecho pone condicionamiento previo que hacen imposible que el trabajador renuncie a sus legítimos derechos, en base al libre contrato, tratando con ello de ponerlo, si no en iguales condiciones que el empleador, si en una mejor posición de negociación respecto a él.

La irrenunciabilidad a los derechos laborales, dada su importancia, ha adquirido dentro de nuestro Derecho Laboral la categoría de Principio, lo cual le da una mayor fuerza que si sólo fuera considerado como un elemento más del orden público.

Además ha logrado su consagración como un derecho constitucional, al ser acogido por el art. 577 de nuestro principal cuerpo de leyes.

2.4.9. Importancia de la Relación Laboral:

Hasta ahora hemos tratado puntos generales respecto al Derecho Laboral; sin embargo, es necesario detenernos a examinar lo que sucede con la relación laboral, dado que ésta resulta ser el punto central en torno al cual gira la problemática del Derecho Laboral, y consecuentemente, la del fraude en la ley al hacerse presente dentro de esta rama del derecho.

Cuando hablamos de la relación laboral no nos referimos al contrato de trabajo, si no al vínculo de derecho que es general entre un empleador y un trabajador con el fin de que éste preste sus servicios (su fuerza de trabajo), de manera personal, bajo determinadas condiciones y a cambio de una retribución. Ese vínculo, como vemos genera una serie de derechos y obligaciones para ambas partes.

Para que se de la relación laboral y ésta produzca los efectos que la ley le acuerda, no es necesaria la intermediación de una formalidad (como el contrato escrito), si no basta que se presenten todos los elementos que configuran la existencia de aquella; nos referimos a que la prestación del servicio debe hacerse de manera personal por parte del trabajador, y bajo subordinación y dependencia del empleador y a cambio de una retribución o remuneración.

Al referirnos a la prestación de servicios en forma personal por parte del trabajador, queremos decir que la obligación de éste es directa, no pudiendo

designarse a otra persona para que la reemplace en las labores acordadas, dado que con ello ya se estaría generando una nueva relación laboral entre el reemplazante y el empleador.

Por otro lado, la subordinación dependencia y significan que la fuerza del trabajo del trabajador se encuentra a disposición del patrono, obligándose aquel jurídicamente a prestar obediencia a éste, pero siempre dentro de los límites que le impone la ley, el contrato individual, los convenios o pactos colectivos y en algunos casos el reglamento interno de trabajo inclusive. Como vemos, tal subordinación y dependencia se encuentran enmarcadas estrictamente dentro del ámbito laboral, por lo que fuera del horario de trabajo o para labores que no estén consideradas dentro de este marco, deben cesar los efectos de ésta. Nuestra ley laboral, hace referencia a la subordinación y dependencia al establecer como falta grave y por lo tanto como causal de despido, el "incumplimiento injustificado de las obligaciones de trabajo, la

reiterada resistencia a las órdenes de sus superiores relacionadas con las labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo y Seguridad Industrial debidamente aprobada por la autoridad Administrativa de Trabajo, que en todos los casos revista gravedad (40).

Por último, es de suma importancia para determinar la existencia de una relación laboral ya que siendo la retribución del servicio o remuneración la contraprestación dada por parte del empleador. Constitucionalmente no está permitido el trabajo bajo condiciones serviles, lo que significa que no se puede obligar a nadie a prestar su fuerza de trabajo sin el libre consentimiento y sin la debida retribución del servicio o remuneración, que es la contraprestación dada por parte del empleador, tal como la establece el art. 247 de la Constitución Política del Perú, en su cuarto párrafo. También la

(40) Art. 25°, Inciso a) D.S.003-97-TR.

remuneración justa por el trabajo ha sido consagrada como un derecho constitucional de acuerdo a lo que establece el art. 24 de dicho cuerpo de leyes. Por ello, si es que no se da el pago de una retribución o remuneración por el servicio prestado, no se figura el contrato de trabajo.

Muchos autores consideran que la exclusividad y la continuidad también son elementos de la relación laboral. Sin embargo, haciendo una revisión de nuestra legislación laboral, encontramos que en nuestro medio la exclusividad entendida como la prestación de la fuerza de trabajo a un solo empleador, es relativa, toda vez que fuera del horario y centro de trabajo, el trabajador puede desarrollar otras actividades laborales que el permitan conseguir mayores ingresos, siempre y cuando no afecten ni causen daño al empleador (41). Por otro lado, la continuidad entendida como indeterminación en el

(41) Art. 20° de la Resolución Suprema del 22 de Junio de 1928, Reglamento de la Ley 4916 y ampliatorios

tiempo de duración de la relación laboral es recogida tanto constitucionalmente como legislativamente (42).

Se presume que toda labor de carácter fijo y permanente debería revestir esta característica de indeterminación temporal, y además aún tratándose de trabajos eventuales o de plazo fijo, estos se encuentran regulados y protegidos por la ley laboral.

La relevancia de los términos tratados en esta parte del trabajo la vamos a ver mucho más claramente cuando entremos a tratar directamente el tema de fraude en las relaciones individuales de trabajo. Mientras tanto, lo expuesto hasta el momento nos servirá de base para el desarrollo del tema, dándonos una idea de las características especiales del Derecho Laboral que pueden influir para la aparición de actos en fraude a la ley.

(42) El Art. 48° de la Constitución Política del Estado establece que: "El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser

2.4.10. El Fraude a la Ley en el Derecho Laboral:

En el Derecho Laboral, como hemos visto en el punto anterior, prima el orden público, lo que trae como consecuencia la existencia de normas imperativas que establecen “derechos mínimos” irrenunciables, aún que como hemos apreciado, estas características en su mayoría se presentan en manera relativa, esto es, tendiendo a la superación de los enunciados de la ley, en tanto se favorezca mejore los derechos de los trabajadores.

Todo esto ha estado motivado por el hecho de que esta rama del derecho busca establecer un grado de protección jurídica del trabajador para contrarrestar la desigualdad de orden económico en que se encuentra frente al empleador.

Del mismo modo, estas características del Derecho Laboral se presentan como una carga para el empleador pues limitan su libertad de acción en la empresa y aumentan sus costos de producción. Aún

cuando el mayor de los casos se tiende a obedecer los preceptos de la ley, siempre habrá empleadores que buscarán eludir o por lo menos tratarán de hacerlo, y así los efectos de las normas laborales para la cual utilizarán medios tales como la simulación o el Fraude en la Ley.

2.4.11. Causa de la Presencia del Fraude en la ley en el Derecho Laboral:

Existen diversas causas a las cuales podemos atribuir la presencia del fraude en la ley en el Derecho Laboral. Además de los motivos que ya señalamos, podemos agregar el hecho de que en nuestro ordenamiento laboral, la regulación de los derechos del trabajador se encuentran diseminados en diversas normas de distinto rango jerárquico, las cuales a pesar de todo revisten las características inherentes a las normas que interesan al orden público.

En primer lugar tenemos normas constitucionalistas, dado que en nuestra Constitución Políticaa existe el

capítulo V (del trabajo), del título primero, que corresponde a los derechos y deberes fundamentales de las personas. En este capítulo se enuncian los principales derechos que constituyen la base del Derecho Laboral, nos referimos al principio protectorio, el derecho a una remuneración justa, la jornada legal de trabajo, el derecho al descanso, la estabilidad laboral, la libertad de sindicación, la negociación colectiva y la fuerza legal del convenio colectivo, el derecho de huelga, la participación en la gestión y utilidades de la empresa, el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, etc.

Además, nuestra Constitución le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales relativos a los derechos humanos, dentro de los cuales podemos considerar a los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, ratificada por el Perú, tal y como lo establece el art. 55 de nuestro máximo cuerpo de leyes.

Es preciso que señalemos que en la mayoría de los casos mencionados, se trata más que nada de normas de carácter pragmático, que hacen necesarias la intermediación de normas legales que establezcan más precisamente los alcances de estos derechos.

Dentro del siguiente nivel jerárquico normativo encontramos normas laborales contenidas en leyes ordinarias, en Decretos Leyes emitidos durante los gobiernos militares, en Decreto Ley, en "Decretos de Urgencia" o "Medidas Extraordinarias" expedidas haciendo uso de lo prescrito en el Art. 118 inciso 19, de la Constitución, y en los convenios colectivos, los cuales tienen fuerza vinculante entre las partes.

Por otro lado, dentro de un tercer nivel jerárquico normativo, encontramos gran cantidad de derechos laborales contenidos en Decretos Supremos expedidos por el Poder Ejecutivo, los cuales a pesar de todo, revisten las características inherentes a las normas que interesan al orden público.

Esta dispersión normativa se suma a los elementos que analizaremos en el punto anterior, contribuyendo con su profusión e inorganicidad a la configuración de actos de Fraude en la Ley.

Además la falta de una adecuada información doctrinal que facilite el análisis por parte de los encargados de administrar justicia en el campo laboral respecto de esta figura, hace que se le suela confundir con otras situaciones semejantes cuando se presentan casos concretos al respecto, o que simplemente se soslaye al momento de resolverlos.

Un claro ejemplo de confusión al respecto lo encontramos en la figura de la simulación. Cuando en el capítulo anterior estudiamos la figura del fraude en la ley en el derecho común, tratamos de establecer las diferencias existentes entre ambas situaciones (43).

(43) Ver lo estudiado en el punto 2.4.6. de este trabajo.

Además de lo que reseñaremos entonces, es necesario que también añadamos que mientras la simulación se da como consecuencia de un acto voluntariamente encubierto por las partes, en el cual se declara una voluntad aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero, el cual corespone a su voluntad real no declarada, de naturaleza secreta y confidencial, en el caso del fraude en la ley, éste se presenta en el campo del Derecho Laboral como la imposición de la voluntad de una de las partes (especialmente del empleador), que haciendo uso de su superioridad económica, hace que el trabajador acepte situaciones que estando en contra de sus derechos, eluden los preceptos establecidos en las leyes laborales.

La simulación también se presenta en el Derecho Laboral y ha dado lugar a valiosos trabajos de investigación (44), pero consideramos que se reduce a

(44) El más importante trabajo a este respecto es la obra de Bernardino Herrero Nieto, "La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho de Trabajo", Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1958.

otros supuestos en los cuales las partes, de común acuerdo declaran situaciones que no corresponden a la realidad que se ocultan tras un acto simulado, con el fin de perjudicar intereses de terceros, del fisco, para la obtención de algún crédito o para facilitar el ingreso de determinadas situaciones a alguno de los sistemas del Seguro Social. Un ejemplo claro de simulación lo encontramos cuando se pretende establecer la existencia de una relación laboral entre cónyuges.

La carencia de información doctrinal a todas estas situaciones llevan a que el momento de sancionar las conductas fraudulentas, se proceda a hacerlo de manera casi intuitiva, mediante la aplicación mecánica de la ley, o de los principios laborales, que sin llegar a determinar de manera precisa que dichas sanciones recaen sobre actos en Fraude en la Ley.

Consideramos que hasta aquí hemos llegado a determinar las principales causas que permiten la

presencia de actos fraudulentos en el Derecho Laboral, lo cual ha configurado una de nuestras primeras hipótesis de trabajo.

2.5. DEFINICION DE TERMINOS BASICOS

a) Comisión Mercantil:

Es una forma especial de mandato que se emplea generalmente en el comercio y en cuya virtud una persona llamada comisionista realiza una o más operaciones comerciales por cuenta de otra llamada comitente, actuando en nombre propio o de su comitente.

b) Contratos sujetos a modalidad:

Son aquellos contratos regulados por el D.S. 003-97 TR y denominados a modalidad que se celebran cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

c) **Formación Laboral Juvenil:**

Es aquella que tiene por objeto proporcionar a los jóvenes entre 16 y 25 años de edad que no han culminado sus estudios escolares o que habiéndolo hecho no siguen estudios técnicos o superiores o que haciéndolo no los han concluido los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica (Art. 7 002-97-TR).

d) **Fraude a la Ley:**

Consiste en la elusión o violación de manera indirecta u oblicua de los preceptos de una norma de carácter imperativo haciendo uso de los medios legales o lícitos, pero atacando su contenido o espíritu, sin llegar a afectar su sentido literal.

e) **Intermediación Laboral:**

Situación que se da cuando empresas de servicio temporales o complementarios, contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades

mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales la cual tiene respecto de éstas el carácter de empleador.

f) Locación de Servicios:

La locación de servicios es el contrato mediante el cual el Locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

g) Prácticas Pre-Profesionales:

(Art. 16-002-97-TR) Tienen por objeto brindar orientación y capacitación técnica y profesional a estudiantes y egresados de cualquier edad, en las áreas que correspondan a su formación académica.

h) Puesto de Confianza:

Trabajan en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos

industriales, en general a información de carácter reservado.

i) **Relaciones Individuales:**

En mérito de planteamientos doctrinarios, el derecho laboral ha sido dividido en dos partes fundamentales, una de ellas denominada Derecho Individual del trabajo y está referida a los derechos y obligaciones que se generan del contrato de trabajo, esto es de la relación entre el trabajador individualmente considerado y su empleador.

j) **Remuneraciones afectas:**

Lo constituyen las sumas que el empleador paga a su trabajador y que por mandato de la ley son base de cálculo para algún otro beneficio.

k) **Remuneraciones Asegurables:**

Lo constituyen las sumas que el empleador paga a su trabajador y que por mandato de la ley forman parte de la base de cálculo para los aportes a la Seguridad Social (entiéndase ONP, Essalud, AFP).

l) **Remuneraciones Computables:**

Lo constituye las sumas que el empleador paga a su trabajador y que por mandato de la ley forman parte de la base de cálculo para beneficios colaterales como gratificaciones, vacaciones, asignación familiar, utilidades, compensación por tiempo de servicio, etc.

m) **Simulación al Diseñar la Estructura Remunerativa:**

Conducta antijurídica en la que incurre el empleador, con la finalidad de reducir sus costos, reduciendo igualmente los beneficios colaterales y adicionales impuestos por la normatividad vigente bajo esta modalidad la contraprestación económica se hace utilizando conceptos no asegurables y no computables para evadir aportes y beneficios.

I) **Simulación al Establecer el Vínculo Laboral:**

Conducta antijurídica en la que incurre el empleador, estableciendo vínculos jurídicos aparentes con sus trabajadores con la finalidad de reducir beneficios que vienen dados para aquellos que si tienen un vínculo laboral común.

II) **Trabajadores fuera de Planilla:**

Situaciones en la que se encuentran aquellos trabajadores que de conformidad con lo dispuesto en el D.S. 018-78 no han sido incluido dentro de las 48 horas en los respectivos libros de planillas.

CAPITULO III

PRESENTACION, ANALISIS E INTERPRETACION DE RESULTADOS

Este capítulo tiene el propósito de presentar el proceso que conduce a la demostración de la hipótesis propuesta en la investigación **“El Fraude A La Ley En El Derecho Laboral Al Establecer La Modalidad De Contratación Y La Estructura Remunerativa”**.

Este capítulo comprende el cumplimiento de los siguientes objetivos específicos:

- a) Determinar de qué manera la simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales.
- b) Determinar de qué manera la simulación al diseñar la estructura remunerativa afecta las Relaciones Individuales.
- c) Determinar de qué manera la simulación al diseñar la estructura remunerativa afecta las Relaciones Individuales.

Los logros obtenidos en el desarrollo de cada objetivo específico nos conducen al cumplimiento del objetivo general de la investigación, y consecuentemente nos permite contrastar la hipótesis de trabajo, para aceptarla o rechazarla con un alto grado de significación.

3.1. INTERPRETACIONES DE RESULTADOS DEL ANALISIS DOCUMENTAL

3.1.1. De la Simulación al Establecer el Vínculo Laboral:

El tipo de vínculo contractual que se establezca entre empleador y trabajador es determinante para el otorgamiento de derechos y beneficios colaterales de todo trabajador, por ello si se simula o se distorsiona el tipo contractual o el vínculo establecido al inicio de la relación laboral se incurre en la figura del fraude a la ley laboral.

Esta simulación al establecer el vínculo puede tomar distintas formas o apariencias las cuales en cada caso serán examinadas a fin de establecer como se comete el Fraude al establecer el vínculo laboral, pasamos a explicar todas o casi todas las más importantes modalidades mediante las cuales se viene cometiendo fraude a la ley al establecer el vínculo laboral.

Habiendo ya estudiado el fraude en la ley tanto desde el punto de vista general (en el Código Civil), como desde el punto de vista laboral, y siguiendo con el esquema del plan trazado, para poder llegar a tener una idea mucho más clara y precisa respecto a esta figura, es que ahora vamos a proceder a analizar una serie de situaciones en que éste se presenta en nuestro medio, en la práctica laboral.

Para ello es necesario que enfoquemos nuestro análisis tomando en cuenta que la relación se presenta de dos maneras fácilmente diferenciables.

En primer lugar, la relación individual, que se configura mediante la prestación por parte de un trabajador de un servicio o de su fuerza de trabajo a un empleador, de manera personal, bajo subordinación y dependencia, y a cambio de una remuneración, lo cual conlleva a que el trabajador se ubique dentro de la tutela del Derecho Laboral. En segundo lugar, la relación colectiva, que se produce cuando los trabajadores que se encuentran al servicio de un empleador común, se organizan sindicalmente, lo que les permite tener un margen de negociación respecto de sus condiciones económicas y de trabajo, lo que finalmente se concreta mediante el establecimiento de los pactos o convenios colectivos, los cuales obtienen pleno reconocimiento por parte del Estado, adquiriendo fuerza de ley entre las partes.

Esta diferencias nos será de mucha ayuda para poder clasificar los casos en que hemos podido aislar la presencia del fraude en la ley, para de ese modo

poder determinar también la manera como se presenta esta figura en nuestro medio y como es afrontada por los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Para efectos del presente estudio se tomará en cuenta el fraude a la ley laboral al establecer el vínculo laboral en las Relaciones Individuales de Trabajo.

a) **El Caso de las Prácticas Pre-Profesionales:**

En jurisprudencia relativamente reciente hemos podido encontrar múltiples situaciones en que se presenta el fraude en la ley en la relación individual de trabajo. Sin embargo, hay cosas en las cuales la sutileza con que se presenta esta figura, da lugar a que éstos no puedan llegar a ser detectados por quienes velan por el cumplimiento de las normas, lo que nos llevará a analizar también algunas de estas situaciones además de las encontradas en la casuística jurisprudencia.

“Las Prácticas pre-profesionales sólo podrían considerarse como tales cuando un centro superior de estudios gestiona la realización de esa actividad a un alumno por un tiempo determinado, no siendo de larga duración. No acreditándose eso, la demanda no puede eximirse de las obligaciones impuestas por la ley, siendo principio general que no hay trabajo servil y que toda prestación de servicios debe ser debidamente remunerada” (Actualidad Laboral, Noviembre de 1986, P.51).

“Las prácticas pre-profesionales para los alumnos de las instituciones superiores no pueden tener una duración tan larga como los servicios a tiempo completo. Además, es modal tratándose de práctica pre-profesionales, que las universidades, institutos superiores o cenecapes soliciten a los centros laborales éstas, mediante carta u oficio de prácticas. Se comprueba la existencia de una

relación laboral mediante recibos de pagos de remuneraciones y Fonavi”.

(Actualidad Laboral, enero de 1998; p.42)

“Las prácticas profesionales sólo podrían considerarse como tales cuando un centro superior de estudios gestiona la realización de esa actividad ante un empleador, por un periodo determinado, siendo por lo general éste, de corta duración. Siendo principio general que no hay trabajo servil y que toda prestación de servicios debe ser remunerada”.

(Actualidad Laboral, marzo de 1998; p.34)

“La prestación de servicios bajo la modalidad de prácticas no esta prevista en la legislación nacional. Resulta inadmisibile una práctica consistente en la comercialización de productos farmacéuticos por cuando dicha actividad no contribuye a la formación profesional del estudiante”.

(Actualidad laboral, noviembre de 1987; p.31).

En todos los casos presentados se han dado evidentes situaciones de fraude en la ley, al usar fraudulentamente la denominación de “prácticas pre profesionales” a relaciones laborales perfectamente configuradas, buscando con ello eludir el cumplimiento de las normas laborales establecidas.

En nuestro país este tipo de actuaciones se presenta constantemente, siendo “modal” o acostumbrado que muchos empleadores capten personal que se encuentra recibiendo preparación profesional en universidades, institutos superiores o cenecapes, a pesar de lo cual, no existen normas claras y precisas al respecto, considerándose al practicante como un aprendiz, por lo que retribuye la capacitación práctica con su trabajo.

Sin embargo, la jurisprudencia presentada señala reiteradamente que para que puedan considerarse

estos servicios como prácticas pre-profesionales es necesario que éstas se realicen a pedido de los centros de estudios y durante un tiempo determinado, generalmente de muy corta duración.

En todos estos casos en que hemos podido verificar la existencia de conductas fraudulentas, el tribunal ha procedido al inmediato cumplimiento de las normas laborales que se pretendían eludir y existe además la anulación de todos los actos que conllevaron a ello, aún cuando en ninguno de los casos se ha determinado de manera expresa la existencia del fraude en la ley. Para demostrar la existencia de relaciones laborales perfectamente configuradas, los juzgados han recurrido a prueba tales como planillas de sueldos, salarios y las boletas de pago, que son documentos que obligatoriamente debe llevar todo empleador. Cuando se afirma que los servicios se están prestando bajo la modalidad

prácticas pre profesionales, los empleadores deben sustentar su afirmación mediante la presentación de cartas u oficios de prácticas dirigidas por los centros de estudios para esos fines.

La existencia de la relación laboral también se puede demostrar con algunos documentos que determinen que, por ejemplo, se les ha venido abonando periódicamente las remuneraciones a los trabajadores, como en uno de los casos estudiados, en el que incluso se les descontaba los montos correspondientes al impuesto a las remuneraciones y al Fonavi. En todo caso, siempre debe tenerse como elemento esencial para la demostración de estas conductas fraudulentas, el Principio de Primacía de la Realidad, que es de suma utilidad para verificar si la naturaleza de servicio prestado corresponde o no a la categoría de prácticas pre profesionales.

Las prácticas pre-profesionales se encuentran actualmente reguladas en el D.S. 002-97-TR Ley de Fomento del Empleo y por definición no generan vínculo laboral, constituyen pues un instrumento que de ser mal utilizado a través de conductas fraudulentas servirá para eliminar los beneficios que tendría un trabajador común de la actividad privada, generando un ahorro indebido para la empresa.

b) **El Caso de los Trabajadores Denominados “De Confianza”** :

Ahora vamos a ver algunos casos en que se considera al trabajador dentro de la categoría de los puestos de confianza (tales como el de los gerentes).

- “La denominación que se da al trabajador no es suficiente para calificar su labor y situación legal que le corresponde, de acuerdo a las leyes que lo amparán. No corresponde la calificación de gerente cuando su designación

como tal por parte del directorio o de la Junta General de Accionistas no costa, existiendo otra persona designada como tal en la escritura de constitución de la demanda”.

(Actualidad Laboral, setiembre de 1987; p.28).

En estos casos se ha tratado de eludir la ley laboral argumentando la existencia de una situación especial, como es el caso del que presta sus servicios en un puesto de confianza (lo que permite al empleador removerlo del cargo en cualquier momento). El tribunal desestimó las afirmaciones en el sentido de que se trate de relaciones de otra naturaleza, tomando en cuenta, antes que las apariencias o formalidades a la realidad de los hechos, lo cual conduce al restablecimiento de los derechos laborales que se pretendía eludir.

c) El Caso de la Comisión Mercantil:

También se suele utilizar con el fin de eludir la ley laboral, la figura o denominación de “vendedor libre” o “contrato de comisión mercantil”, cuando en la realidad lo que hay es una relación laboral de carácter dependiente perfectamente configurada. Sobre esto hemos encontrado dos resoluciones judiciales bastantes interesantes:

- “La calidad de vendedor libre, cachuelero o no estable alegada por el demandado, debe ser objeto de prueba por medio de las planillas de pago y de las boletas de pago de las remuneraciones”

(Actualidad Laboral, diciembre 1997, p.18)

- “La prestación personal y continua de servicio distingue al empleado de comercio del comisionista mercantil, en razón de que este último desempeña su actividad co sujeción al Código de Comercio y por lo general por

intermedio de otras personas, dependientes, auxiliares o intermediarios”.

(Actualización Laboral, diciembre 1987; p.20)

En estos casos, habiéndose presentado relaciones laborales individuales con todos sus elementos constitutivos, se les dio denominaciones fraudulentas tales como “vendedor libre” o “comisionista mercantil”, buscando eludir el cumplimiento de las leyes laborales que benefician a los trabajadores. En nuestro medio se suele usar estas figuras con mucha frecuencia, exceptuando a tales empleados del régimen legal que les corresponde, siendo esto mucho más evidente en el caso de las llamado “comisionistas puros”, quienes no perciben las remuneraciones regulares que percibe cualquier empleado, sino que de acuerdo con el empleador fija un porcentaje de comisión por las ventas que realice en el establecimiento de éste, no siendo difícil darse cuenta de que dichas comisionistas tienen

calidad de remuneraciones dada la naturaleza del servicio que se presta, esto es la del vendedor del mostrador o ambulatorio, realizando de manera personal y bajo subordinación y dependencia de una principal, en forma exclusiva y continua. A pesar de ello, este tipo de vendedores se encuentran en una situación bastante precaria, especialmente en época de crisis, cuando el resultado de las ventas y por tanto de las comisiones no llega a cubrir siquiera el mínimo vital remunerativo que establecen las leyes.

Muchas veces esta situación se mantiene debido a la presión ejercida por los empleadores mediante la amenaza del despido, toda vez que respecto a estos empleados no se procede ni a inscribirlos en el Seguro Social. En el sector de los trabajadores manuales u obreros se presenta una situación semejante respecto de los llamados “destajeros puros”. Dado que en nuestra legislación corresponde la prueba de la relación laboral al

trabajador, en estos casos resulta sumamente dificultoso hacerlo por lo que no se llega a detectar con frecuencia este tipo de actuaciones fraudulentas, y cuando se presenta, como en los casos que estamos viendo, el juzgador se ve obligado a actuar siguiendo el Principio de Primacía de la Realidad, esto es, a determinar si la naturaleza de la prestación del servicio corresponde a la de una relación laboral.

Para finalizar lo correspondiente a este tema, debemos señalar que también existen en nuestro medio los llamados "Comisionistas mixtos" (o "destajeros mixtos", en su caso), quienes cuando sus comisiones no llegan a cubrir los mínimos remunerativos legales de todos modos tienen derecho a que se les pague estos mínimos por la prestación de sus servicios, encontrándose por tanto, mejor protegidos por los anteriormente estudiados.

d) El Caso de los Jóvenes en Formación Laboral**Juvenil:**

El programa de Formación Juvenil tiene por objeto proporcionar a los jóvenes entre 16 y 25 años de edad (en ningún caso la vigencia del convenio podrá exceder de dicho límite de edad), que no han culminado sus estudios o que habiéndolo hecho no siguen estudios técnicos o superiores, los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica.

Artículo 8, TUO LFE (D.S. N° 005-95-TR DE 18.8.95)

La formación laboral juvenil deberá impartirse preferentemente en el propio centro de trabajo o en escuelas talleres implementadas en las empresas para los jóvenes que estén cursando sus estudios escolares con la cooperación y apoyo técnicos del Ministerio de Trabajo y Promoción

Social (MTPS) y los centros educativos que así lo dispongan.

Artículo 10, TUO LF (D.S. N° 005-TR DEL 18.8.95)

Es necesario que se celebre un “convenio” por escrito con el joven que se acoge a la formación.

Dicho convenio, como sus prórrogas, debe ser puesto en conocimiento y registrado por la Autoridad Administrativa de Trabajo (ATT), dentro de los 15 días naturales de su suscripción, quién se encuentra facultada a efectuar la inspección correspondiente con el objeto de vigilar el cumplimiento de las obligaciones del empresario y a abrir un registro para los fines señalados.

El límite de jóvenes en formación laboral juvenil no podrá exceder el 30% del total del personal de la empresa, incluyendo personal estable o contratado bajo cualquier modalidad.

La empresa al celebrar un convenio de formación laboral asume las siguientes obligaciones:

- Proporcionar la dirección técnica y los medios necesarios para la formación laboral. Las empresas que ejecuten programas de formación laboral juvenil designarán instructores para impartir la orientación correspondiente a los participantes y para verificar el desarrollo y cumplimiento de los programas que se establezcan.
- Pagar puntualmente la subvención económica mensual.
- No cobrar suma alguna por la formación.
- Contratar un seguro que cubra los riesgos de enfermedad y accidentes o asumir directamente el costo de los mismos.
- Otorgar el respectivo Certificado de Capacitación Laboral. Sin embargo, el joven sólo podrá obtener la habilitación técnica, una vez que cumpla los requisitos que fije el Ministerio de Educación.

Bajo esta modalidad se viene disfrazando frecuentemente una típica formación laboral incurriendo en fraude a la ley laboral para obtener como provecho el no pago de los beneficios colaterales que derivan de una relación laboral convencional (gratificaciones, vacaciones, compensación por tiempo de servicios, pago de utilidades y otros). Utilizándose esta modalidad para realizar labores que no requieren de una capacitación de 3 años, incumpléndose los programas de capacitación y desvirtuándose la finalidad para la cual fue concebida esta figura.

Basta examinar algunos de los programas de formación laboral juvenil para entender que difícilmente algunas labores como de limpieza, mozos, etc., no requieren de tres años de formación y no conducen a ninguna especialización como la que plantea la norma y que fue espíritu de la misma.

Evidentemente es fácil cumplir con el tenor literal de la norma, crear un pseudo programa de capacitación, inscribirlos en un libro, y otorgarles después de tres años un certificado, cuando en realidad lo que se quería era mano de obra barata pues los participantes del programa de formación laboral no general vínculo laboral no teniendo por tanto beneficios colaterales ni obligación por parte de la empresa de aportar.

e) **El Caso de los Trabajadores Fuera de Planilla:**

Existen también diversos casos en los cuales nos encontramos con empleadores que mantienen a parte de sus trabajadores fuera de planillas a fin de evitar el pago de beneficios colaterales, sin embargo, creemos que en la ley laboral sino ante un típico incumplimiento de una obligación formal, toda vez que el empleador no se vale de ninguna norma para conseguir efectos distintos a los previstos por el legislador.

f) **El Caso de los Trabajadores con Contrato**

Sujetos a Modalidad:

Respecto a los contrato sujeto a modalidad, debemos referir que se trata de una excepción a la estabilidad laboral relativa, entendida ésta como uno de los elementos de la relación laboral, ya que cuando nace ésta se tiene que presumir que tiene o conlleva en sí carácter indeterminado. El contrato a plazo se dará en los casos en que requiera contratar personal para labores accidentales, eventuales o puramente transitorias, por lo que el artículo 53 del D.S. 003-97-TR determina que únicamente en los casos de naturaleza accidental o temporal se puede contratar a personal mediante Contratos Sujetos a Modalidad , a diferencia de los trabajos de carácter permanente, se requiere obligatoriamente cumplir con la formalidad establecida por la ley, es decir, que el contrato de trabajo sujeto a modalidad constar por escrito y ser necesariamente presentado ante la autoridad administrativa

de trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración.

La contratación sujeto a modalidad, a pesar de cumplir con todos los requisitos formales, puede llegar a ser mal utilizada con el fin de eludir los efectos de la estabilidad laboral, por lo que en estos casos también nos veríamos en la necesidad de descubrir cuál es el carácter de la labor realizada por el trabajador (esto es si se trata de labores eventuales o permanentes), analizando para ello detenidamente los hechos antes que las formalidades y echando mano al principio de primacía de la realidad.

Es importante tomar en cuenta lo prescrito por el art. 77 del D.S. 003-97-TR que en su inc. d, establece que se desnaturaliza un contrato de trabajo sujeto a modalidad considerándose como de duración indeterminada cuando el trabajador

demuestra la existencia de simulación o fraude a la ley, normas establecidas en la presente ley.

El caso del trabajo bajo Contrato Sujeto a Modalidad, tal como ya vimos en el capítulo anterior, se encuentra regulado por el D.S. N° 003-97-TR, pudiendo realizarse en los casos en que se requiere contratar personal para labores accidentales, eventuales o puramente transitorias. Hemos encontrado al respecto la siguiente resolución judicial:

- “Las sucesivas renovaciones de un contrato de trabajo a plazo fijo por un total de casi cinco años, demuestra que la labor no era accidental o temporal”.

(Actualidad laboral, octubre de 1997, p.23)

Vemos que el juzgador tomando en cuenta la naturaleza del contrato de trabajo a plazo fijo, determina la existencia de una relación laboral normal.

A pesar de haberse detectado la irregular situación, debería establecerse que se trata de un caso de fraude en la ley, procediéndose no sólo a restablecer el imperio de la ley y los derechos del trabajador afectado, sino también a sancionar al agente activo del fraude a fin de evitar la repetición de tales conductas.

g) **Los Casos Relacionados con la Intermediación**

Laboral:

Respecto a éstos, sabemos que se encuentra prohibidos cuando se trata de trabajos permanentes, no así cuando ciertas empresas prestan servicios complementarios de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. Este tipo de situaciones han dado lugar a la configuración de actos fraudulentos pretendiendo hacer uso de la excepción que los artículos 104, 105 y 106 del D.S. 003-97-TR.

■ “Que autoriza la prestación de servicios de empleos permanentes por personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, sólo en los casos en que dicha entidad mantengan con la empresa contrato para efectuar actividades complementarias, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado. No precede la excepción cuando el trabajador ha estado realizando labores comunes de carácter permanente y no se prueba su relación con la empresa de servicios”.

■ “La labor de envasado es de naturaleza permanente, quedando la validez y legalidad de la prestación de servicios por intermedio de terceros por cuenta del empleador”.

(Actualidad Laboral, diciembre de 1987, p.19).

También en estos casos, el juzgador ha tenido que recurrir a la verificación de la naturaleza de la prestación de servicios, toda vez que los respectivos empleadores basaban su defensa en la afirmación de que los empleadores o trabajadores no estaban bajo su mando, sino que pertenecían a empresas distintas a las tuyas, lo cual en la realidad quedó desvirtuado, reponiéndose a éstos en sus legítimos derechos convencionales.

h) **El Caso de las Empresas de Servicios Especiales:**

Se debe tener presente también el tema de las empresas de servicios especiales a través de las cuales se desnaturaliza los efectos de la norma que regula dichos contratos tercerizándose la relación laboral y eludiendo en muchos casos estas empresas el cumplimiento de las disposiciones laborales y eludiendo quienes contratan con ellas el derecho a beneficios que si

poseen los trabajadores de la empresa contratante.

A pesar de ello, el D.S. 003-97-TR establece una serie de requisitos con los cuales deben de contar estas empresas para poder actuar como agente intermediadores, todo esto es un intento para evitar la formación de “empresas fantasmas” valiéndose para ello de las normas mercantiles para eludir los cumplimientos de leyes laborales.

3.1.2. De la Simulación al Diseñar la Estructura

Remunerativa:

Es posible que al diseñar la estructura remunerativa de un trabajador se cometa Fraude a la Ley Laboral utilizando el sentido literal de la norma para producir efectos contrarios a los queridos por el legislador desvirtuando la misma y perjudicando directamente la esfera patrimonial del trabajador al reducir sus fondos de pensiones y reducir el pago de beneficios colaterales con un consecuente ahorro por parte del empleador en lo concerniente al pago de aportes a su cargo perjudicándose igualmente al ente recaudador, llámese El Estado a través de la ONP, Essalud, Fonavi, etc., o a los organismos particulares (entiéndanse AFPs u Organismos Privados de Salud).

Los conceptos remunerativos enumerados tiene un tratamiento distinto pudiendo de acuerdo a la forma de su otorgamiento estar afectos a determinados regímenes de aportaciones o ser base de cálculo para el pago de beneficios colaterales.

Como podrá apreciarse el empleador puede disfrazar la remuneración con conceptos que no sean afectos y reducir sus costos a la vez que se atenta contra la esfera patrimonial del trabajador quien verá reducidos sus ingresos.

CONCEPTO	EMPLEADOR			
	R	C	S	SENATI
<u>REMUNERACIONES</u>				
1. SUELDOS Y SALARIOS BASICOS	SI	SI	SI	SI
2. COMISIONES O DESTAJOS	SI	SI	SI	SI
3. COMISIONES EVENTUALES A TRABAJADOR	SI	SI	SI	SI
4. HORAS EXTRAS Y TRABAJO EN FERIADOS Y DIAS DE DESCANSO	SI	SI	SI	SI
5. REMUNERACION DIAS DE DESCANSO Y FERIADOS (INCLUIDA LA DEL 1ro DE MAYO)	SI	SI	SI	SI
6. REMUNERACION VACACIONAL	SI	SI	SI	SI
7. REMUNERACION POR VACACIONES TRABAJADAS	SI	SI	SI	SI
8. RECORD TRUNCO VACACIONAL	SI	SI	SI	SI
9. PREMIOS POR VENTAS	SI	SI	SI	SI
10. REMUNERACIONES DE LOS SOCIOS DE COOPERATIVAS	SI	SI	SI	SI
11. REMUNERACIONES DE TRABAJADORES DOMESTICOS	SI	NO	NO	NO
12. SUBVENCION ECONOMICA MENSUAL	NO	NO	NO	NO
13. PROPINA A APRENDICES DEL SENATI	SI	NO	NO	NO
14. REMUNERACIONES DEVENGADAS	SI	SI	SI	SI
15. ALIMENTACION EN DINERO	SI	SI	SI	SI
16. ALIMENTACION EN ESPECIE	SI	NO	SI	SI
17. INCREMENTO 10.23% AFP	SI	SI	SI	SI

18. INCREMENTO 3.00% AFP	SI	SI	SI	SI
19. REMUNERACION EN ESPECIE	SI	NO	SI	SI
20. INCREMENTO 3.3.% SNP	SI	SI	SI	SI

ASIGNACIONES

1. ASIGNACION FAMILIAR	NO	NO	NO	NO
2. ASIGNACION O BONIFICACION POR EDUCACION	NO	NO	NO	NO
3. ASIGNACION VACACIONAL	SI	SI	SI	SI
4. ASIGNACION PROVISIONAL POR DEMANDA DE TRABAJADOR DESPEDIDO	NO	NO	NO	NO
5. ASIGNACION POR FALLECIMIENTO DE FAMILIARES	NO	NO	NO	NO
6. ASIGNACION POR NACIMIENTO DE HIJOS	NO	NO	NO	NO
7. ASIGNACION POR MATRIMONIO	NO	NO	NO	NO
8. ASIGNACION POR CUMPLEAÑOS	NO	NO	NO	NO
9. OTRAS ASIGNACIONES OTORGADAS POR UNICA VEZ CON MOTIVO DE CIERTAS CONTINGENCIAS	NO	NO	NO	NO
10. OTRAS ASIGNACIONES QUE SE ABONEN POR PACTO DE DETERMINADAS FESTIVIDADES	NO	NO	NO	NO
11. OTRAS ASIGNACIONES OTORGADAS REGULARMENTE	NO	NO	NO	NO

BONIFICACIONES

1. BONIFICACION POR 30 AÑOS DE SERVICIO	SI	SI	NO	SI
2. OTRAS BONIFICACIONES POR TIEMPO DE SERVICIOS	SI	SI	SI	SI
3. BONIFICACION POR RIESGO DE CAJA	SI	SI	SI	SI
4. BONIFICACION POR PRODUCCION, ALTURA, TURNO, ETC	SI	SI	SI	SI
5. BONIFICACION POR CIERRE DE PLIEGO	NO	NO	NO	NO
6. OTRAS BONIFICACIONES REGULARES	SI	SI	SI	SI

GRATIFICACIONES

1. GRATIFICACIONES DE JULIO Y DICIEMBRE	SI	SI	SI	SI
2. OTRAS GRATIFICACIONES ORDINARIAS	SI	SI	SI	SI
3. GRATIFICACIONES EXTRAORDINARIAS	NO	NO	NO	NO

INDEMNIZACIONES

1. INDEMNIZACION POR VACACIONES NO GOZADAS	NO	NO	NO	NO
2. INDEMNIZACION A MUJERES	NO	NO	NO	NO
3. INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTIFICADO U HOSTILIDAD	NO	NO	NO	NO
4. INDEMNIZACION POR DESPIDO EN ESTA GRAVIDO	NO	NO	NO	NO
5. INDEMNIZACION POR RESOLUCION DE CONTRATO SUJETO A MODALIDAD	NO	NO	NO	NO
6. INDEMNIZACION POR MUERTE O INCAPACIDAD	NO	NO	NO	NO

OTROS

1. PENSIONES DE JUBILACION O CESANTIA, MONTEPIO E INVALIDEZ	SI	NO	NO	NO
2. CTS	NO	NO	NO	NO
3. GASTOS DE REPRESENTACION (MOVILIDAD, VESTUARIO, VIATICOS Y SIMILARES)	NO	NO	NO	NO
4. REFRIGERIO QUE NO ES ALIMENTACION PRINCIPAL	NO	NO	NO	NO
5. SUMA O BIENES QUE NO SON DE LIBRE DISPOSICION	NO	NO	NO	NO
6. PARTICIPACION EN LAS UTILIDADES	NO	NO	NO	NO
7. RECARGO AL CONSUMO	NO	NO	NO	NO
8. LICENCIA CON GOCE DE HABER	SI	SI	SI	SI
9. CONDICIONES DE TRABAJO	NO	NO	NO	NO
10. CANASTA DE NAVIDAD O SIMILARES	NO	NO	NO	NO
11. MOVILIDAD SUPEDITADA A ASISTENCIA Y QUE CUBRE SOLO EL TRASLADO	NO	NO	NO	NO
12. MOVILIDAD DE LIBRE DISPOSICION BIENES DE LA	SI	SI	SI	SI
13. INCENTIVOS POR CESE DEL TRABAJO	NO	NO	NO	NO
14. SUBSIDIOS	NO	SI	NO	NO

A continuación se detallan algunas de las prácticas más comunes con alguna jurisprudencia al respecto.

a) **Asignaciones por movilidad:**

Concepto que se encuentra inafecto, y que por tanto se utiliza mucho en nuestro medio pues permite un ahorro en los costos laborales de toda empresa, es una práctica común disfrazar la remuneración separando dicho porcentaje y dándole el nombre de movilidad.

Se debe tener presente que constituye remuneración toda cantidad que percibe el trabajador como contraprestación por su labor, cualquiera sea la denominación que se le de, siempre que sea de libre disposición. Por tanto de no acreditarse que los referidos pagos hayan sido otorgados por movilidad, estos deberán ser considerados como remuneración asegurable y computable para todo efecto.

“Los abonos por movilidad se encuentran afectos al pago de aportaciones en tanto son otorgados al trabajador con carácter

permanente y son de su libre disposición, por lo que, no contando el empleador con los documentos que acrediten que la movilidad otorgada fue para un fin específico, debe considerarse afecta a las aportaciones sociales”.

Exp. N° 1113-95

Res. del Tribunal Fiscal N° 451-4-98 del 09 de Julio de 1998.

La administración señala que los abonos por movilidad se encuentran afectos al pago de aportaciones en tanto son otorgados al trabajador con carácter permanente y son de su libre disponibilidad, por lo que no contando el empleador con los documentos que demuestren que la movilidad otorgada fue para un fin específico, debe considerársele afecto por dichos montos.

b) Gratificaciones Extraordinarias

Constituye otra manera de disfrazar la remuneración del trabajador. La forma habitual es otorgar una o más gratificaciones extraordinarias anuales bajo este concepto y ajustándonos al sentido literal de la norma estas cantidades que son remuneración pactada con el trabajador con anterioridad no formarían parte de la base de cálculo de aportaciones ni de beneficios colaterales eludiendo y perjudicando directamente la esfera patrimonial del trabajador.

Se debe señalar que la ley señala que la "Gratificación Extraordinaria" debe ser percibida por el trabajador ocasionalmente, por ello la calidad de la Gratificación Extraordinaria no está en su definición ni en como se encuentra registrado en los libros contables, pero si en las características que los envuelve o situaciones en que se otorgan.

3.2. CONTRASTACION Y VERIFICACION DE HIPOTESIS

Luego del desarrollo de los Objetivos Específicos propuestos, en el cual se han discutido y analizado las Variables en el contexto de la realidad, con la finalidad de obtener conclusiones que permitan Verificar y Contrastar la Hipótesis postulada, hemos empleado la tabla de análisis N°1 que nos permitió establecer una relación estructural entre Objetivos, Hipótesis y Conclusiones; y empleando criterios de calificación a través de una tabla de índices de relación, hemos obtenido, como la muestra la table, que entre la Hipótesis y las Conclusiones existe un alto grado de relación (100%), que nos expresa “QUE LA HIPOTESIS

POSTULADA TIENE UN ALTO NIVEL DE
CONSISTENCIA Y VERACIDAD”.

Indice de Relación

- | | |
|-----------------------|-----|
| a. Total Relación | (5) |
| b. Muy buena Relación | (4) |
| c. Buena Relación | (3) |
| d. Regular Relación | (2) |
| e. Ninguna Relación | (0) |

TABLA N° 01

HIPOTESIS GENERAL	OBJETIVO GENERAL	OBJETIVOS ESPECIFICOS	CONCLUSIONES	RELACION: CONCLUSION-OBJETIVO-HIPOTESIS GENERAL
<p>El Fraude a la Ley desnaturaliza las normas que regulan las Relaciones Individuales de trabajo, afectando el espíritu de los mismos.</p>	<p>Conocer cómo el Fraude a la Ley afecta las Relaciones Individuales en el Ambito Laboral Peruano, mediante un análisis exhaustivo de la Legislación vigente y de la observación de casos concretos, con la finalidad de plantear alternativas para proteger al trabajador de este tipo de conductas.</p>	<p>a) Determinar de qué manera la Simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales.</p> <p>B) Determinar de qué manera la Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa, afecta las Relaciones Individuales.</p>	<p>a) Que, al momento de establecer el tipo de vínculo con el trabajador se comete Fraude a la Ley laboral utilizando diversas figuras contractuales que poseen como característica la de no generar Vínculo Laboral en algunos casos o de no poseer los beneficios que vienen dados por la Legislación para un trabajador común de la actividad privada.</p> <p>b) Que, se viene utilizando conceptos Remunerativos que la Legislación Laboral y previsional califican como inafectos o no computables, ocultando tras de estos conceptos el total de la remuneración que debería percibir el trabajador.</p>	<p>5</p> <p>5</p> <p>TOTAL : 20 (100%)</p>

3.3. ANALISIS SITUACIONAL DE LA LEGISLACION COMPARADA

3.3.1. Análisis de la Jurisprudencia Argentina:

- a) Empleo de personas jurídicas regularmente
constituídas en perjuicio de los trabajadores.
Artículo 14 de la ley de contrato de trabajo
(t.o)

Las sociedades regularmente constituídas pueden ser utilizados por personas individuales como sujeto interpuesto en fraude a la ley laboral, para evitar precisamente como sujeto individual - las obligaciones legales - en el caso derechos derivados de la antigüedad adquirida por el trabajador, a través de la continuidad comercial de distintos sujetos. En tal caso, por imperio de lo dispuesto por el artículo 14 de la Ley de Contrato de Trabajo (t.o), correspondiente aplicar al sujeto interviniente, las disposiciones que regulan la vinculación laboral.

SPOSITTO, RUBE OSCAR Y OTROS c/GARCIA
BOADO, HORACIO A. Y OTROS - CNTRAB -
SALA II - 24/6/86

BD6 - T 00776

La Jurisprudencia en mención, alude al hecho de la contratación de trabajadores vía contrato de Locación de Servicios entre la Empresa Contratante (empleador) y El Trabajador (quien aparece bajo la Fechada de Empresa

Unipersonal). La Corte Nacional de Trabajo consideró que el empleador lo que pretendía era evadir los derechos que adquiriría el trabajador por efecto del tiempo en el puesto laboral y decreto que existía en el presente caso Fraude a la Ley Laboral, debe tenerse presente que en la Legislación Argentina (EL Fraude a la Ley se encuentra regulado en el art. 14 de la Ley de Trabajo la misma que considera el acto en Fraude a la Ley como acto nulo). Se decretó que existía Acto en Fraude a la Ley, reconociéndose el vínculo laboral del accionante y los derechos que de el derivarían.

b) Contrato de Trabajo. Fraude Laboral:

La circunstancia de que la demanda, una cooperativa de trabajo, haya sido legalmente constituida y autorizada a funcionar como tal, así como que llevará los libros en legal forma, no implica que no pueda existir una relación laboral con algún dependiente, si quedó demostrado en la

causal que bajo el amparo de dicha figura jurídica se pretendió eludir la ley laboral. En tal sentido, el derecho comercial resulta desplazado por el ordenamiento de conformidad con el artículo 14 de la ley de contrato de trabajo.

GOMEZ, JOSE FERNANDO C/COOPERATIVA DE TRABAJO 4 DE SETIEMBRE LTDA. Y OTROS - CNTRAB. SALA II - 5/9/95

BD 5 - T 02179

Nos encontramos ante la figura del Fraude a la ley al establecer el vínculo laboral, en el presente caso se pretende eludir el vínculo laboral a través de la figura del socio cooperativo. El tribunal se pronuncia en el sentido de que el hecho de tener la documentación en regla y tener registrado al trabajador como socio no impide que pudiera considerársele como trabajador pues de las pruebas actuadas así se desprende.

En nuestra Jurisprudencia encontramos casos similares en los cuales se ha reconocido la

calidad de socio cooperativo y por tanto eliminado todo beneficio derivado del vínculo laboral.

Nuestra Legislación ha venido cambiando con respecto a las Cooperativas de trabajo, reconociéndoles actualmente a sus socios, beneficios iguales que a los de un trabajador común de la actividad privada, sin embargo al establecerse el vínculo de socio cooperativo lo que se pretende es eliminar la estabilidad del trabajador, pues este no tendría derecho a la indemnización por despido arbitrario.

c) **Contrato de Trabajo. Fraude Laboral. Socio**

Farmacéutico:

La ley 17565, al establecer que la dirección y la responsabilidad de los establecimientos de farmacia (esencialmente en lo relativo a la venta de medicamentos) deben ser ejercidas por un profesional farmacéutico universitario que además

debe ser socio comanditado cuando el otro social no revista tal carácter, es de interés general. En consecuencia, la circunstancia de que el dueño del establecimiento de preparación y venta de medicamentos implemente su explotación bajo tal forma societaria, no se perfila como una actitud deliberada de fraude a la ley (art. 14 LCT) porque está de por medio, además del interés general ya expresado, el orden público, pues la ley 17565 tiene su propio régimen de sanciones y procedimientos para su aplicación (art. 49 y ss de dicha norma).

OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE
FARMACIO c/FARMACIA INDEPENDENCIA
1702 S.O.S. - SALA VII - 22/9/97

BD 3 - 02520

En el presente caso el Tribunal se pronunció con respecto al socio comanditario con título de farmacéutico exigido por la legislación sanitaria del país, declarando que el socio principal

actuaba por imperio de la Ley, y no tuvo la intención de cometer fraude.

Distinta es la realidad nacional donde el Farmacéutico colegiado no tiene participación accionaria, ni es socio comandatario, y mas bien hace labores de empleado a pesar de que en muchos casos se utilice la figura de la Locación de Servicios Profesionales.

Deberá examinarse si el trabajador tiene un horario fijo, si tiene subordinación, remuneración periódica y declararse de ser el caso el vínculo laboral en estricta aplicación del principio de la Primacía de la Realidad.

- d) “El fin del principio de irrenunciabilidad es la protección de quién, por situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible,

frente a una oferta que venga a remediar, con su valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una vía compulsiva suficiente para invalidar el acto de renuncia”.

(TS NEUQUEN, MARZO 19, 1,998 - HERNANDEZ SALVATO, JORGE H.C. GUEREÑO S.A.), DT, 1998-B-2363.

En la ejecución en comentario el tribunal se pronuncia más allá de la conducta fraudulenta propiamente dicha, declarando nulo un acto de manifestación de voluntad personal como es la renuncia por encontrarlo viciado, al encontrarse disminuida la capacidad del trabajador por la necesidad imperante de subsistir con lo mínimo que pudiera otorgarle el empleador.

Es sumamente difícil en caso como el presente poder distinguir la conducta fraudulenta del empleador pues en todo caso se trataría mas bien

de un acto producido por la propia conducta del trabajador. Sin embargo resulta interesante nombrarlo pues alude primero el juzgador a la imposibilidad de poder demostrar el fraude a la ley y a la eventual declaración de nulidad del acto por encontrarse viciado. Situaciones como éstas se suceden a diario en nuestra realidad jurídica laboral sin que hasta la fecha se haya podido obtener un fallo que repare a la parte afectada.

- e) “Resulta acto en fraude a la ley el negocio aparentemente lícito por realizarse al amparo de una determinada ley vigente (ley de cobertura), pero que persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa (ley defraudada).”

CIVIL Y COM. SAN ISIDRO, SALA I MAYO 7,
1998-HASSASSIAN, RUBEN E. C.
VERNOCCI, ROBERTO H.), LLBA, 1998-1439
Reproducimos la presente ejecutoria del Tribunal
Argentino por el contenido doctrinario que

contiene, es importante apreciar que la Jurisprudencia argentina reconoce este tipo de conducta como causal de nulidad del negocio jurídico.

f) **Contrato de Trabajo - Empresa de Servicio Eventual - Fraude a la Ley - Interposición y Mediación:**

“Si se acredita la existencia de una interposición fraudulenta de un tercero para enmascarar la relación de trabajo, la situación se enmarca en lo previsto por el art. 14 de la ley de contrato de trabajo (DT. 1976-238) y no puede considerarse aplicable lo establecido en el art. 29 “in fine” de la ley de contrato de trabajo, ya que la intención legislativa al autorizar la existencia de empresas de servicios fue precisamente permitir que éstas existiesen como tales y cumplieren un fin social de intermediación legítima entre oferta y demanda de trabajo y no que se utilicen abusivamente para enmascarar

vínculos directos y para satisfacer necesidades de las empresas usuarias referidas a trabajos ordinarios y habituales de sus respectivos emprendimientos”.

CNTRAB., SAL. V, ABRIL 15, 1998 - SANTOS MARIA F.C. RIGAMONTI S.A. OSVALDO Y OTRO), DT, 1998-C-2075.

Nos encontramos ante un caso de ocultamiento de vínculo laboral a través de una empresa de servicios, el juzgador ha considerado que las empresas de servicio fueron creadas para otra finalidad como es la intermediación legítima de poner en contacto la oferta laboral con la demanda laboral, normalmente se utiliza esta modalidad para evitar beneficios que tendría un trabajador si fuera contratado directamente. En nuestro país esta situación se ha venido dando con los empleados, textiles, mineros, etc., quienes al ser contratados por un service se elude el pago de beneficios.

Tratándose el presente trabajo una investigación sobre conductas que constituirían fraude a la ley pues se vienen utilizando figuras como los programas de formación laboral juvenil y tercerización de personal con un ánimo fraudulento hemos creído conveniente ilustrar el presente trabajo con 2 recomendaciones que hemos creído pertinente mencionar y son las referidas a los programas de formación laboral juvenil y colocación de personal, estas son la recomendación 136 y recomendación 42

RECOMENDACIÓN 136

Recomendación sobre los programas especiales de empleo y de formación para los jóvenes, con miras al desarrollo.

Principios Generales

Los programas especiales deberían llevarse a cabo dentro del marco de los planes nacionales de desarrollo, donde éstos existan, y deberían, en especial, formar parte integrante tanto de los planes y programas de recursos humanos orientados al logro

del empleo pleno y productivo como de los programas regulares de educación y de formación de jóvenes.

Los programas especiales deberían tener un carácter temporal para hacer frente a necesidades económicas y sociales actuales y apremiantes. No deberían ser una repetición de otras medidas de política económica o de desarrollo de los programas regulares de educación y formación profesional, ni perjudicarlas, ni tampoco deberían considerarse como sustituto de tales medidas y programas.

Los programas especiales no deberían funcionar en forma que disminuyan las normas de trabajo existentes, y los servicios de los participantes no deberían utilizarse en provecho de personas o empresas privadas.

En los casos apropiados, los programas especiales deberían proporcionar a los participantes al menos un nivel mínimo de educación general.

Entre los elementos esenciales debería incluir todo programa especial deberían figurar la protección de la dignidad humana y el desarrollo de la personalidad y del sentido de responsabilidad individual y social.

Los programas especiales deberían excluir toda forma de discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social ; dichos programas deberían utilizarse para la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato.

Los propósitos y objetivos de cada programa especial y las categorías de participantes deberían ser claramente definidos por la autoridad competente y estar sujetos a revisión periódica, a la luz de la experiencia obtenida.

La participación en los programas especiales debería ser voluntaria; solo podrían autorizarse excepciones por vía legislativa y si estas están en completo acuerdo con las disposiciones de los convenios internacionales del trabajo existentes sobre el trabajo forzoso y la política de empleo.

Los programas especiales respecto de los cuales se puedan permitir dichas excepciones podrían comprender:

- a) programas de educación y de formación que impliquen el reclutamiento obligatorio de jóvenes desempleados durante un periodo determinado después de la edad en que termine la enseñanza.

b) Programas para jóvenes que hayan aceptado participar en ellos por un periodo determinado como condición previa para adquirir instrucción o calificaciones técnicas de especial valor para el desarrollo de la comunidad.

Cuando se autoricen tales excepciones, se debería dar a los participantes la mayor libertad posible para que elijan entre las distintas formas de actividades existentes entre las diferentes regiones del país, y deberían tenerse en cuenta sus calificaciones y aptitudes al determinar su destino.

Las condiciones de servicio de los participantes en los programas especiales deberían ser claramente definidas por la autoridad competente, ser conformes con las disposiciones legales que regulan la edad mínima de admisión al empleo y estar en armonía con otras disposiciones aplicables a los jóvenes que reciben una formación regular o tienen empleos normales.

Los participantes deberían poder seguir siendo miembros de las organizaciones juveniles o de los sindicatos de su elección y tomando parte en sus actividades.

Deberían existir procedimientos formales que permitan a los participantes recurrir contra las decisiones relativas a su

reclutamiento, a su admisión o a sus condiciones de servicio, y procedimientos mas simples para examinar reclamaciones de menor importancia.

C. Contenido de los Programas Especiales

El contenido de los programas especiales debería adaptarse y variar, incluso dentro de un mismo programa, según la edad, el sexo, el nivel de educación y de formación y la aptitud de los participantes.

Todos los programas especiales deberían incluir un breve periodo inicial para :

- a) instruir a todos los participantes en cuestiones de importancia, tales como, en especial, las reglas generales de seguridad e higiene y las normas detalladas que regulan las actividades del programa;

- b) acostumar a los participantes a las condiciones de vida y de trabajo del programa y estimular su interés;

- c) Llegar a conocer las aptitudes de los participantes a fin de destinarlos al genero de actividad que corresponda mejor a dichas aptitudes.

Debería darse a los participantes en los programas especiales un complemento de enseñanza que incluya formación cívica, económica y social relacionada con sus necesidades y con las necesidades y aspiraciones el país, y debería informarse los sobre el papel y funciones de las organizaciones constituidas libremente para representar los intereses de los trabajadores y de los empleadores.

Los programas especiales destinados, en todo o en parte, a proporcionar a los jóvenes que tienen oportunidades limitadas las calificaciones necesarias para una actividad económico útil deberían:

- a) concentrarse en preparar a los participantes para las ocupaciones en que probablemente encontrarán oportunidades de empleo útil, pero prestando al mismo tiempo la mayor atención posible a sus preferencias profesionales;
- b) dar a los participantes una buena formación practica de base y los conocimientos teóricos correspondientes;

- c) tener en cuenta el papel potencial de los participantes para ejercer una influencia estimulante sobre otras personas, y darles las calificaciones necesarias para desempeñar tal papel;
- d) facilitar y en la medida de lo posible, asegurar:
 - i) la transición a programas regulares de educación o de formación profesional o a otros programas especiales con vistas a una educación o formación complementarias, particularmente de aquellos participantes que muesten capacidades especiales.
 - ii) La transición a una actividad económica normal especialmente por medidas destinadas a asegurar la aceptación en esa actividad de las calificaciones adquiridas por los participantes.

Los programas especiales destinados, en todo o en parte, a integrar a los jóvenes en los proyectos de desarrollo económico y social deberían:

- a) incluir instrucción que proporcione la formación completa que se requiera para el trabajo que se vaya a realizar , y formación sobre medidas pertinentes de higiene y seguridad;
- b) tratar de fomentar buenos hábitos de trabajo;

- c) siempre que sea posible, emplear a los participantes en actividades para las cuales muestren aptitudes y posean algunas calificaciones.

Entre los criterios para seleccionar los proyectos de trabajo para los programas especiales a que se refiere el párrafo anterior se deberían incluir los siguientes:

- a) posible contribución a la expansión de la actividad económica del país o de la región, y en particular a la ampliación de las posibilidades futuras para los participantes;
- b) utilidad formativa, especialmente para ocupaciones en que los participantes probablemente encontrarán oportunidades de empleo útil;
- c) utilidad como inversión para el desarrollo económico y social y viabilidad económica, incluida la proporción entre costos y resultados;
- d) necesidad de medios especiales de acción, que supongan en especial que el trabajo de los participantes no competirá deslealmente con el de los trabajadores en empleos normales.

D. Condiciones de servicio

Las condiciones de servicio deberían conformarse como mínimo a las siguientes normas:

- a) la duración del servicio no debería exceder normalmente de dos años;**
- b) ciertos motivos, tales como razones medicas, o dificultades de carácter familiar o personal, deberían admitirse como justificación para licenciar al participante antes de la expiración del periodo normal de servicio;**
- c) el numero de horas diarias y semanales que se dediquen al trabajo y a la formación debería limitarse de forma que los participantes tengan tiempo suficiente para la educacion y el descanso, asi como para actividades recreativas;**
- d) ademas del alojamiento, ropa y comida adecuados proporcionados según la índole del programa especial, debería darse a los participantes una remuneración en efectivo y ofrecérseles oportunidades e incentivos para acumular algunos ahorros;**

- e) cuando en un programa especial la duracion del servicio sea de un año o mas, se deberian conceder a los participantes vacaciones anuales que incluyan , cuando sea posible, el viaje gratuito de ida y vuelta a sus hogares;
- f) en la medida de los posible, los participantes deberian estar protegidos por las disposiciones de seguridad social aplicables a los trabajadores en empleos normales ; en todo caso; se deberian tomar disposiciones para asegurar asistencia medica gratuita a los participantes y una indemnizacion en caso de incapacidad o muertes debidas a accidentes o enfermedades acaecidos durante durante su participacion en el programa especial.

RECOMENDACIÓN 42

Recomendación Sobre las Agencias de Colocación

Deberían tomarse medidas para adaptar las oficinas publicas y gratuitas de colocación a las necesidades de aquellas profesiones en las que haya que recurrir con frecuencia a los servicios de las agencias retribuidas de colocación.

La especialización por profesión de las oficinas publicas de colocación debería ser adoptada como principio y, siempre que fuera posible, deberían adscribirse a dichas oficinas personas que estén al corriente de las características, usos y costumbres de las profesiones respectivas.

Debería invitare a los representantes de las organizaciones mas representativas de empleadores y de trabajadores de las profesiones interesadas a colaborar en el trabajo de las oficinas publicas de colocación.

No debería autorizarse el ejercicio de la profesión de agente de colocación a ninguna persona o empresa que, directamente o a través de un inter diario, obtenga un beneficio cualquiera en actividades tales como la explotación de despachos de bebidas,

hoteles, compraventa de ropas usadas, casas de prestamos y cambio de moneda.

Debería prohibirse la realización de operaciones de colocación en todo local o en cualquiera de sus dependencias o nexos donde se practique alguno de los comercios antes mencionado.

CAPITULO I V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A continuación se presentan una serie de planteamientos a manera de Conclusiones, obtenidas en el cumplimiento de los Objetivos Específicos. Se espera que sirvan de base explicativa del problema estudiado. Así mismo, se presentan las recomendaciones pertinentes al caso.

4.1. CONCLUSIONES

4.1.1. Conclusión General :

Que, en la práctica diaria laboral los empleadores aprovechando la posición privilegiada que mantienen en una relación laboral, aprovechando la falta de información de los trabajadores y el estado de necesidad, aprovechando una deficiencia en la labor de inspección y verificación por parte del ente gubernamental, vienen realizando actos jurídicos que deben ser calificados como "FRAUDE A LA LEY LABORAL" aplicando los principios básicos del derecho laboral y la constitución, recomendándose su regulación dentro de una Norma Específica del Fraude a la Ley.

Estas conductas que tienen por objeto eximirse del pago u otorgamiento de beneficios colaterales o propios de la actividad privada, perjudican directamente la esfera patrimonial del trabajador e incrementan de manera indebida los ingresos del empleador.

La práctica común nos ha hecho identificar dos modalidades básicas mediante las cuales se inicia la conducta fraudulenta del empleador a saber, “El Fraude al establecer el vínculo laboral” y “El Fraude al establecer la estructura remunerativa del trabajador”.

4.1.2. Conclusiones Específicas:

- a) Se ha podido determinar que al momento de establecer el tipo de vínculo con el trabajador se comete fraude a la ley laboral utilizando diversas figuras contractuales que poseen como característica la de no generar vínculo laboral en algunos casos o de no poseer los beneficios que vienen dados por la legislación para un trabajador común de la actividad privada.

Este es el caso de los trabajadores a con contrato sujeto a modalidad a quienes se les recorta el derecho a la estabilidad laboral, el de los jóvenes en formación laboral juvenil y en prácticas pre

profesionales en cuyos casos no se genera vínculo laboral y por ende ningún derecho ni beneficio propio de la actividad privada, el de los trabajadores de confianza a quienes también se les recorta el derecho a la estabilidad laboral, el caso de la locación de servicios que tampoco genera vínculo laboral y otros casos que se han examinado dentro de la investigación.

En todos los casos la intención del empleador es la de reducir costos laborales perjudicando de esta manera la esfera patrimonial del trabajador e incrementando por otra parte sus ingresos a costa del bienestar de los trabajadores.

- b) Se pudo comprobar por otra parte que Sí es posible cometer fraude a la Legislación Laboral y de Seguridad Social, cuando se determina la forma de pago al trabajador y se diseña su Estructura Remunerativa.

En efecto, se viene utilizando conceptos remunerativos que la Legislación Laboral y Previsional califican como inafectos o no computables, ocultando tras de estos conceptos el total de la remuneración que debería percibir el trabajador.

Casos ubicados son aquellos que vienen siendo observados por Essalud a través de inspecciones en las cuales se ha determinado que conceptos como “gratificación extraordinaria” y “movilidad” se vienen utilizando con la única finalidad de disfrazar los ingresos del trabajador, agrediendo de esta manera el espíritu de la norma y las razones por las cuales se crea su inafectación.

- c) No se encuentra legislado de manera clara y precisa los conceptos afectos e inafectos, computables y no computables, asegurables y no asegurables.

d) El intento por flexibilizar el mercado laboral ha traído como consecuencia que se utilicen estas normas con la finalidad única de reducir costos laborales a través de la comisión de Fraude a la Ley Laboral, especialmente en los dos supuestos señalados en el presente trabajo.

4.2. RECOMENDACIONES.-

En relación a las conclusiones obtenidas se infieren las siguientes recomendaciones:

4.2.1. Necesidad de tener debidamente Legislado el Fraude a la ley laboral.

La magnitud de los intereses que se encuentran en juego “derechos reconocidos por la Constitución y los Tratados Nacionales”, la necesidad de proteger al sujeto débil en la Relación Laboral, a la par de encontrarse involucrados derechos primordiales que nuestra Constitución reconoce como son: el que no se permita el abuso del derecho, el derecho a un trabajo digno a una remuneración justa ,circunstancias que se mezclan con una coyuntura no muy favorable para el trabajador por la excesiva oferta de mano de obra y una deprimida demanda laboral, hacen necesaria la Regulación de algunas conductas incongruentes con las declaraciones que se establecen en nuestra Carta Magna.

Estimamos que podría incluirse un artículo con referencia al Fraude a la Ley Laboral dentro del D.S. 003-97 TR que básicamente constituye la norma que regula en la actualidad el marco contractual de las relaciones individuales de trabajo.

Por ello como recomendación se plantea la dación de una norma bajo los siguientes alcances:

**PROYECTO DE LEY DE MODIFICACION DEL D.S.003-97
TR (LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD
LABORAL)**

» Antecedentes:

El Decreto Legislativo Nro. 728, Ley de Fomento del Empleo, cuyo texto original fue publicado el 12 de Noviembre de 1991, con vigencia a partir del 12 de Diciembre del mismo año, ha sufrido diversas

modificaciones a lo largo de sus mas de cinco años de existencia.

La primera variación estuvo contenida en el Dec. Leg No. 765 de fecha 13.11.91 que modificó su art. 77°, el párrafo inicial del art. 88°, el art. 90 (sobre terminación de contratos de trabajo por necesidades de funcionamiento sin afectar el nivel global del empleo), la octava disposición final del Dec.Leg. 728 y la denominación del capítulo VI de título II al que se denominó “De las situaciones especiales “ en vez de “De los trabajadores de dirección y de confianza “ .

Posteriormente, mediante D.S. N° 009-92-TR de 28.04.92 (01.05.92) se reglamentó prematura y precipitadamente lo concerniente a las Cooperativas de Trabajadores estableciéndose 2 modalidades: las que prestaban servicios a favor de terceros llamados empresas usuarias, y las que se constituían específicamente para cumplir el objeto de empresas de servicios temporales.

Con este texto se trató de que la limitación del 20% en la utilización de socios cooperativistas, se aplicara únicamente a la modalidad de

cooperativas cuyo objeto era prestar servicios meramente temporales, determinación esta que superaba los alcances de la Ley, introduciendo así un elemento distorsionador de su texto original.

El D.S. N° 003-93-TR aprobó el primer TUO del Dec Leg. N° 728, posteriormente el D.S. 001-96-TR aprobó un nuevo reglamento con vigencia desde el 27.01.96 y además derogó el acotado D.S. N° 004-93- TR.

« Exposición de motivos:

Dentro del marco del Dec. Sup. 003-97 TR se plasmaron todas las orientaciones de las anteriores modificaciones y que básicamente contenían un elemento flexibilizador de las relaciones laborales creandose algunas figuras nuevas en cuanto a contratación y formación profesional, sin embargo algunas de estas posibilidades flexibilizadoras vienen siendo mal utilizadas por los agentes económicos, llamese empleadores, con la finalidad de eludir el pago de beneficios sociales y reducir costos laborales en desmedro

económico del trabajador.

Por ello el Dec Sup. 003-97 TR no contempla alguna sanción específica para quienes haciendo mal uso de las figuras jurídicas allí comprendidas pudieran estar cometiendo abusos en perjuicio de la clase trabajadora, es necesario por tanto incluir una modificación necesaria adicionando un artículo que sancione las conductas fraudulentas, con sanción de nulidad y haciendo prevalecer principios esenciales del derecho laboral como son el de primacía de la realidad y otros.

» Análisis del proyecto de Ley:

El artículo a incluir refleja de manera clara que serán nulos aquellos actos cometidos contra la ley otorgándoles la calidad de fraudulentos y sancionando con la nulidad absoluta, esta norma pretende revertir por ello las conductas que se vienen dando en la realidad social y que perjudican al trabajador y desnaturalizan una de las funciones esenciales del estado y que es la de protección del trabajador.

Por estas consideraciones y de conformidad con el art. 70° inciso b) del reglamento del Congreso de la República, la comisión de trabajo

y seguridad social se pronuncia por la aprobación de la modificación del Dec. Sup. 003-97, adicionándose como artículo primero de un título preliminar de la ley el siguiente texto:

TITULO PRELIMINAR

Artículo Primero : “serán nulos los actos jurídicos derivados de una relación laboral cuando dicho acto constituya un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa”

4.2.2. "Necesidad de contar con un Procedimiento de Inspección más rápido y eficiente y con personal idóneo en el que pueda incluirse la solicitud de inspección por vía telefónica, fax u otro medio".

En la actualidad el proceso de Inspecciones se realiza de conformidad con lo dispuesto por el D.S.004-96 TR a través del cual la función inspectiva está a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social y tiene por finalidad la prevención de los conflictos laborales a través de la supervisión del cumplimiento de las normas legales y convencionales en materia de trabajo y de las normas básicas de higiene y seguridad ocupacional así como a través de la orientación al trabajador sobre los derechos y deberes que le corresponden, y la obtención de información acerca de los vacíos legales que surjan en la aplicación de la legislación vigente.

Para ello se han establecido dos tipos de inspecciones: Inspecciones Programadas e Inspecciones No Programadas o Especiales.

En el caso de las Inspecciones Programadas se realizan por impulso del propio Ministerio de Trabajo y previamente planificada y tiene por objeto verificar el cumplimiento de las disposiciones legales y prevenir los riesgos laborales.

En el caso de la Inspección Especial esta tiene por objeto verificar hechos expresamente determinados y vinculados a la relación laboral que requieran de una inmediata y urgente comprobación o que evidencien un notorio incumplimiento de las normas legales o convencionales.

En ambos casos es importante notar que se trata de verificar incumplimiento de obligaciones laborales. En la mayoría de los casos estas obligaciones se cumplen presentando al inspector los documentos que

la acrediten, documentos que son fácilmente manejables al interior de la organización y que se obtienen con un poco de presión al trabajador.

Pensamos que la labor de Inspección debería ir más allá, debería también poder demostrar en qué situaciones se podría estar cometiendo Fraude a la Ley Laboral advertirlo y castigar este tipo de conductas.

Por otra parte nos interesa de sobremanera los referente a la Inspección No Programada con la cual se podrían descubrir todas aquellas conductas con intenciones ocultas que constituyen Fraude a la Ley Laboral sin embargo el procedimiento que tienen hace que se vuelvan inútiles para poder descubrir conductas fraudulentas.

En efecto la Inspección Especial deberá realizarse a petición del trabajador, del empleador o de la autoridad administrativa de trabajo, para el caso en

estudio nos interesa la inspección a pedido del trabajador, para que esta proceda debe el trabajador presentar una solicitud de parte para la inspección en la cual deberá incluir indicación de la autoridad competente a quien se dirige, nombre del solicitante, determinación clara de los hechos que requieren constatación, la ubicación del centro de trabajo, firma del solicitante, este trámite deberá hacerse en forma personal, posteriormente en los casos que corresponda las solicitudes de Inspección Especial o No Programadas serán evaluadas previamente por el servicio de orientación legal en materia laboral en coordinación con la autoridad Inspectiva, de reunir los requisitos establecidos en el presente Decreto se emitirá la respectiva orden de inspección.

Como se puede apreciar el trámite es engorroso e involucra necesariamente al empleador quien deber ser notificado. En primer lugar pensamos que cuando se trata de conductas fraudulentas que tienen una intención oculta debería obviarse el trámite de

notificación al empleador, pues al poner sobreaviso a este pueden subsanarse situaciones incluyendo los documentos antes de la inspección y solo para engañar al inspector, que básicamente verifica documentación, por otra parte al conocer el empleador del reclamo la relación entre estos normalmente se deteriora y empieza los hostigamientos a fin de que el trabajador abandone el centro de trabajo; creemos que podría también mantenerse en secreto el nombre del trabajador.

Por último pensamos que un departamento de inspecciones agil y que pretenda descubrir conductas fraudulentas, debería aceptar denuncias incluso telefónicas, o por fax del trabajador que se considere agredido por una conducta fraudulenta, en estos casos podría si descubrirse in situ y en el acto las intenciones ocultas de quien comete Fraude a la Ley Laboral.

4.2.3. Debe Legislarse de manera clara y concisa sobre todos los temas relacionados con conceptos afectos e inafectos, computables y no computables, asegurables o no asegurables a fin de que estos vacíos no generen espacio para que se cometa Fraude a la Ley al diseñar la Estructura Remunerativa del Trabajador.

Las normas que regulan estos conceptos así como su otorgamiento han sido dadas en diferentes cuerpos de leyes y reguladas y modificadas constantemente mediante decretos o resoluciones supremas haciéndose en la actualidad mal uso de ellas generándose el fenómeno de la dezalarización.

Es ostensible la preocupación de empleadores, trabajadores y del propio legislador, de privar de carácter salarial a un conjunto de ingresos o ventajas patrimoniales que percibe el trabajador como correlato de la existencia del contrato de trabajo. Ello se ve estimulado porque por esa vía se facilita la

elusión de cargas impositivas y de previsión social que se calculan sobre la base del salario y no de otros ingresos. Empero, es importante destacar que en materia de afectación del ingreso del trabajador al Impuesto a la Renta, el legislador tributario grava todo lo que percibe el trabajador en dinero o en especie, sea o no salario desde la perspectiva laboral, optando por considerar renta imponible lo percibido por trabajo personal en relación de dependencia, cualquiera que sea la forma que se le dé, abarcando, en general, toda retribución por servicios personales.

Esta amplitud omnicomprensiva propia del impuesto a la renta es, sin embargo, materia de cavilaciones y desencuentros en materia laboral y previsional.

Desde nuestra perspectiva debe apuntarse a un sinceramiento del concepto de remuneración, con el fin de plasmar su regulación normativa con vocación de universalidad. Así, no acogemos la idea de

desarrollar un concepto de salario exclusivo para el régimen previsional, no sólo porque ello tiende a dificultar a los actores sociales el manejo de las distintas prestaciones que les conciernen, sino porque crea compartimentos impermeables al interior del Derecho respecto de los mismo institutos. En principio, todo pago, en dinero o en especie que perciba el trabajador por parte de su empleador en el contexto del contrato de trabajo, o beneficio indirecto susceptible de ser individualizado, debe ser considerado salario cuando le conceda una ventaja patrimonial o le ahorre un gasto a su cargo. Así, deberían obviarse únicamente aquellas prestaciones cuyo goce no necesariamente se actualiza por el trabajador y que resulten de difícil individualización y valorización como parte del salario (clubes de recreación, economatos o facilidades de compra de bienes de consumo, formación profesional y condiciones de trabajo típicas en cuanto que esencialmente se orienten a atender necesidades de la empresa, etc.). Ello determina prever mecanismos

desarrollar un concepto de salario exclusivo para el régimen previsional, no sólo porque ello tiende a dificultar a los actores sociales el manejo de las distintas prestaciones que les conciernen, sino porque crea compartimentos impermeables al interior del Derecho respecto de los mismo institutos. En principio, todo pago, en dinero o en especie que perciba el trabajador por parte de su empleador en el contexto del contrato de trabajo, o beneficio indirecto susceptible de ser individualizado, debe ser considerado salario cuando le conceda una ventaja patrimonial o le ahorre un gasto a su cargo. Así, deberían obviarse únicamente aquellas prestaciones cuyo goce no necesariamente se actualiza por el trabajador y que resulten de difícil individualización y valorización como parte del salario (clubes de recreación, economatos o facilidades de compra de bienes de consumo, formación profesional y condiciones de trabajo típicas en cuanto que esencialmente se orienten a atender necesidades de la empresa, etc.). Ello determina prever mecanismos

expeditivos de valorización de las prestaciones en especie, así como medios idóneos para zanjar divergencias entre las partes. Una vez valorizadas, deben ser consignadas en la planilla de pago de remuneraciones o nómina, de manera que cuenten con el elemento de registro y fiscalización necesario, para determinar, sobre esa base, los beneficios y pagos previsionales que se calculan en función del salario. Mantener el régimen actual importa convivir con la ficción. En materia previsional, pretender que no es salario aquel ingreso del trabajador que le permite un determinado nivel de vida no es sino diferir a futuro una situación de dicotomía entre lo que corresponde a su nivel de vida como trabajador activo y el que tendrá como cesante.

Por último, no participamos de la idea que este sinceramiento salarial de los ingresos del trabajador contribuya a inhibir el otorgamiento por el empleador de beneficios a los cuales hoy se les ha privado de carácter salarial. Será preferible revisar la justicia de

las tasas impositivas vigentes o de las cargas que soportan el salario, antes que continuar en un régimen de esquizofrenia jurídica conforme al cual se pretende que no es salario aquello que efectivamente lo es mientras que el fisco y el régimen previosional establecen tasas y contribuciones en porcentajes significativos porque se asume que existe una diversidad de conceptos que no resultan afectos a tributos o a contribuciones sociales.

Confiemos, pues, que la racionalidad impregne nuestros regímenes laborales y previsionales de manera que mediante la efectiva participación de los interlocutores sociales se arribe a soluciones de consenso, que en estas materias permitan soluciones equilibradas, coherentes y perdurables en el tiempo.

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TEMA	PROBLEMAS	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES E INDICADORES	TECNICAS DE RECOLECCION DE INFORMACION
<p>“El Fraude a la Ley en el Derecho Laboral al establecer la modalidad de Contratación y la Estructura Remunerativa”</p>	<p>1. Problema General- ¿Cómo el Fraude a la Ley afecta las Relaciones Individuales en el Ambito Laboral Peruano?</p> <p>2. Problemas Especificos: a) ¿De qué manera la Simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales? b) ¿De qué manera la Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa afecta las Relaciones Individuales?</p>	<p>1. Objetivo General - Conocer cómo el Fraude a la Ley afecta las Relaciones Individuales en el Ambito Laboral Peruano, mediante un análisis exhaustivo de la Legislación vigente y de la observación de casos concretos, con la finalidad de plantear alternativas para proteger al trabajador de éste tipo de conductas.</p> <p>2. Objetivos Especificos: a) Determinar de qué manera la Simulación al establecer el Vínculo Laboral afecta las Relaciones Individuales. b) Determinar de qué manera la Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa, afecta las Relaciones Individuales.</p>	<p>1. Hipótesis General - El Fraude a la Ley desnaturaliza las normas que regulan las Relaciones Individuales de trabajo, afectando el espíritu de las mismas.</p> <p>2. Hipótesis Especificas: a) La Simulación al establecer el Vínculo Laboral perjudica la situación laboral del trabajador, disminuyendo los derechos y beneficios establecidos por la ley. b) La Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa perjudica la situación económica del trabajador, afectando sus derechos previsionales, sus derechos remunerativos colaterales y aquellos de naturaleza indemnizatoria.</p>	<p>1. Variable Independiente: X “Fraude a la Ley”</p> <p>Indicadores : X₁. Simulación al establecer el Vínculo Laboral X₂. Simulación al diseñar la Estructura Remunerativa</p> <p>2. Variable Dependiente: Y “Relaciones Individuales”</p> <p>Indicadores : Y₁. Practica Pre-Profesional Y₂. Puesto de Confianza Y₃. Comisión Mercantil Y₄. Formación Laboral Juvenil Y₅. Trabajador Fuera de Planilla Y₆. Contrato de Trabajo sujeto a Modalidad Y₇. Intermediación Laboral Y₈. Locación de Servicios Y₉. Remuneraciones Afectas Y₁₀. Remuneraciones Asegurables Y₁₁. Remuneraciones Computables</p>	<p>ANALISIS DOCUMENTAL</p>

ANEXO N° 02

JURISPRUDENCIA COMENTADA

I. Honorarios del Contador y Pago de Aportaciones Sociales

Para determinar si los pagos efectuados al contador están sujetos al régimen de aportaciones sociales se debe constatar si existe entre dicho profesional y el recurrente una relación laboral (prestación personal de servicios, pago de una remuneración y existencia de subordinación). De esta manera, si se ha constatado que la relación no denota subordinación dada la no sujeción a un horario fijo, no sometimiento a las directivas de recurrente y al no evidenciarse el ejercicio de facultades sancionatorias, puede decirse que las labores del pre-profesional se prestaron en forma independiente y los honorarios pagados a éste no estaban gravados por la aportaciones sociales.

II. Recibos mal emitidos y pago de aportaciones sociales

Carece de sustento lo alegado por el IPSS en cuanto a que la exhibición de recibos por honorarios profesionales que incumplen el Reglamentos de Comprobantes de Pago, determina la existencia de un vínculo laboral entre el recurrente y los emisores de estos recibos, pues este vínculo deviene de la existencia de una prestación personal, remunerada y subordinada de servicios.

III. Remuneración asegurable: pagos por movilidad

Los abonos por movilidad se encuentran afectos al pago de aportaciones en tanto son otorgados al trabajador con carácter permanente y son de su libre disposición; por lo que, no contando el empleador con los documentos que acrediten que la movilidad otorgada fue para un fin específico, debe considerarse afecta a las aportaciones sociales.

Interesado: Centro Social Santa Rosa de Lima.

Asunto: Aportaciones al Instituto Peruano de Seguridad Social.

Lima, 09 de julio de 1998.

Vista la apelación interpuesta por CENTRO SOCIAL SANTA ROSA DE LIMA representada por Gregorio Morales Morales, contra la Resolución N° 003-95/IPPS-GDTU de fecha 05 de enero de 1995, que declara infundado su recurso de apelación contra la Resolución N° 174-94/IPSS-GDTU-SGO, que declaró improcedente su reclamo contra la Liquidación Inspectiva N° 000277 e Informe N° 003-94.

CONSIDERANDO:

Que, en el presente caso la Administración ha efectuado los siguientes reparos al recurrente, referidos al pago de aportaciones sociales: (1) pago de honorarios a su contador, (2) desconocimiento de recibos por honorarios, al incumplir requisitos contemplados para los comprobantes de pago, (3) pago de horas extras a sus trabajadores, y (4) pago de gratificaciones legales;

Que, en relación al primer reparo, para establecer si los pagos efectuados a su contador están sujetos al régimen de aportaciones sociales, debemos determinar si dicho profesional tiene relación de dependencia con el recurrente;

Que, en tal sentido, de los elementos esenciales de una relación laboral, es decir, (1) la prestación personal de servicios, (2) el pago de una remuneración y (3) la existencia de subordinación, es el último el que tiene mayor relevancia;

Que, en el presente caso, la relación del contador Jorge Alburquerque Jiménez con el recurrente, no denota la existencia de subordinación, ya que aquél no estaba sujeto a un horario fijo, la prestación de sus servicios no estaba sometida a las directivas del recurrente y no existe evidencia que éste ejerciera facultades sancionatorias sobre dicho profesional, por lo que al haber desarrollado sus labores en forma independiente, los horarios que se le pagaron no estaban gravados por las aportaciones sociales;

Que, carece de sustento lo alegado por la Administración en cuanto a que la exhibición de recibos por honorarios que no cumplen con los requisitos establecidos por el Reglamento de Comprobantes de Pago, determina que el recurrente tuviera vínculo laboral con los emisores de esos recibos, puesto que ella deviene de otros factores, como los indicados en el párrafo anterior, resultando improcedente este reparo;

Que, respecto al tercer reparo, si bien de un lado la Administración considera que los mismos son en realidad retribución por horas extras de trabajo, excluidos indebidamente de la base de cálculo de las aportaciones adeudadas por aquél, también lo es que el recurrente señala que los mismos constituyen pago por concepto de "movilidad";

Que, aun siendo ello así, debe indicarse que constituye remuneración toda cantidad que perciba el trabajador como contraprestación por su labor;

Que, el recurrente no ha acreditado, con excepción de aquéllos cuyas copias de recibos se encuentran en fojas 41,42 y 43 que los pagos se hayan efectuado por concepto de gastos de movilidad efectuados por los trabajadores al realizar sus labores para el recurrente, más aún cuando los pagos reparados han sido otorgados por montos iguales;

Que, en relación al reparo por pago de gratificación del ejercicio anterior, debemos señalar que obran en el expediente los recibos girados por dicho concepto, así como el asentimiento de la acotación por dicho motivo por parte del recurrente, por lo que al constituir conceptos que forman parte de remuneración, se encuentran afectos al pago de aportaciones;

De acuerdo con el dictamen de la Vocal Flores Talavera, cuyos fundamentos se reproduce;

Con las vocales Flores Talavera, Chau Quispe y Byrne Santa María, a quien se llamó para completar Sala;

RESUELVE:

REVOCAR EN PARTE la Resolución N° 003-95/IPSS-GDTU de fecha 05 de enero de 1995, en lo referido a los reparos (1) y (2) del primer considerando de la presente resolución y del referido a gastos de movilidad cuyas copias de recibos se encuentran a fojas 41, 42 y 43; y **CONFIRMARLA** en lo demás que contiene.

REGISTRESE, COMUNIQUESE Y DEVUELVA a la Gerencia Departamental Tumbes del IPSS, para sus efectos.

Dictamen Fiscal: 0183-Vocal Flores Talavera

Lima, 09 de junio de 1998

SEÑOR:

CENTRO SOCIAL SANTA ROSA DE LIMA Representada por Gregorio Morales Morales, interpone recurso de apelación contra la Resolución N° 003-95/IPSS-GDTU de fecha 05 de enero de 1995, que declara infundado su recurso de apelación contra la Resolución N° 174-94/IPSS-GDTU-

SGO, que declaró improcedente su reclamo contra la Liquidación Inspectiva N° 000277 e Informe N° 003-94.

Argumentos de la Administración:

1. El Instituto Peruano de Seguridad Social ha meritado como valederas y arregladas a ley los Comprobantes de Pago o Recibos por Honorarios Profesionales del Contador Jorge Alburqueque Jiménez, que reúnen los requisitos formales señalados en la Resolución Suprema N° 067-93-EF/SUNAT y que no han sido acotados en el Balance de Obligaciones. Los recibos simples son ilegales y por lo tanto pasibles de acotación mientras no se demuestre lo contrario.
2. De igual modo, los recibos por concepto de movilidad así como los referidos a vacaciones y aguinaldos otorgados por reintegros a ciertos trabajadores del apelante, se encuentran afectos en aplicación al Decreto Supremo N° 179-91-PCM y artículo 9° del Decreto Ley N° 19990.

Argumentos de la recurrente:

1. La Resolución N° 003-95/IPSS-GDTU, incurre en los mismo errores y vicios legales y reglamentarios cometidos en la resolución apelada anteriormente, pues no ha meritado la Resolución de Tribunal Fiscal N° 24646 de fecha 02 de abril de 1992, que señala con claridad que los honorarios profesionales de los contadores que trabajan en forma independiente sin relación laboral, no son objeto de acotación para el pago por aportación al Instituto Peruano de Seguridad Social.
2. El Contador Jorge Alburqueque Jimenez, no trabajó para el recurrente como trabajador dependiente y por consiguiente no estaba sujeto al pago por planillas.

Análisis:

La administración, mediante Liquidación de Aportaciones N° 000277 de fecha 27 de julio de 1994, acotó al recurrente la suma de S/.459.62.

El recurrente, con fecha 07 de setiembre de 1994 interpuso recurso de reclamación contra la referida Liquidación de Aportaciones, alegando que se ha tomado como materia imponible para el cálculo de adeudos y recargos, montos cancelados al contador por honorarios por servicios profesionales en relación por servicios profesionales en relación no subordinada, otros a trabajadores por gastos de movilidad local, para lo que adjunta copia de recibos y, en enero de 1994 la cancelación de saldo a empleado por el mes de diciembre de 1993.

A fojas 16 obra un informe del fiscalizador, que señala que se acotó por haber encontrado recibos por horas extras del personal empleado, por lo que se presume que los recibos han sido cambiados por los de movilidad local que presenta el recurrente. Indica además que en todo caso no se cuenta con documentos que demuestren que la movilidad otrogada es para un fin específico, por lo que la misma se encuentra afecta al pago de aportaciones.

Asimismo, dicho informe señala que se repararon honorarios profesionales, en vista de que los recibos carecen de valor legal y tributario, probándose con esto que los pagos efectuados son por concepto de remuneraciones permanentes, estableciéndose la relación laboral existente.

Mediante Resolución N° 174-94/IPSS GDTU-SGO de fecha 05 de diciembre de 1994, que obra a foja 27 del expediente, la Administración declara improcedente la reclamación, señalando que las pruebas aportadas carecen de valor; que los contadores se encuentran comprendidos en los alcances de la Ley N° 4916. Por mandato expreso de la Ley N° 13266 que señala que los contadores que trabaja en comercio, empresas culturales, sociales, así como los que trabajan por horas, en aplicación de la Ley N° 10437 se encuentran sometidos al citado dispositivo; que los conceptos por movilidad se encuentran afectos de conformidad al Decreto Supremo N° 179-91-PCM; y, que los conceptos de gratificaciones de julio y diciembre de igual modo se encuentran afectos por tener el carácter de obligatorias y se perciben en forma permanente.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1994 presenta recurso de apelación contra dicha Resolución, repitiendo los argumentos de su reclamación.

La Administración, con fecha 05 de enero de 1995 emitió la Resolución N° 003-95/IPSS-GDTU en la que declara infundado el recurso de apelación presentado, por lo que el recurrente con fecha 23 de enero de 1995, presentó recurso de apelación contra tal Resolución.

En relación a los reparos por los pagos realizados por caja y no incluidos en planillas a favor del contador Jorge Alburquerque Jiménez, corresponde determinar si en los hechos existe relación laboral entre la recurrente y dicho profesional, a fin de establecer si la acotación efectuada por la Administración es correcta.

De acuerdo con la legislación laboral y la doctrina, los elementos esenciales de una relación laboral son:

a) La prestación personal de servicios, por la que el trabajador pone a disposición del empleador su propia

fuerza de trabajo, debiendo prestar el servicio en forma personal y directa.

b) La remuneración, contraprestación que otorga el empleador al trabajador a cambio de la actividad que éste realiza a su favor.

c) La subordinación, vínculo jurídico del que derivan las facultades de dirección del empleador y la correlativa obligación del trabajador de acatar dichas indicaciones. Cabe indicar que el empleador también cuenta con poderes disciplinarios y sancionadores en virtud de la relación de dependencia.

Es de advertir que de dichos elementos, la subordinación es el más relevante, sin embargo, no siempre es fácil de identificar, por ello se recurre a los rasgos distintivos o conjunto de características típicas de los contratos de trabajo, que permiten presumir la existencia de una relación laboral. Estas características son las siguientes:

- a) Que el trabajo se realice en un local o centro de trabajo determinado, proporcionado o dirigido por el empleador que contrató los servicios.
- b) Que el trabajo se preste dentro de un horario de trabajo regular o dentro de la jornada laboral del centro de trabajo.
- c) Existencia de estabilidad o contrato celebrado por un tiempo indeterminado.
- d) Exclusividad o trabajo para un sólo empleador.

Cabe indicar que el Tribunal Fiscal, en numerosas Resoluciones como las N°s. 24148, 24011 y 24646, ha señalado que no sólo se debe acreditar que la prestación de servicios es de carácter regular y continuo, sino que básicamente debe acreditarse la existencia de subordinación y exclusividad para identificar una relación laboral.

Al respecto, la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo N° 728 modificado por la ley N° 26513, establece

en el artículo 1° que se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados. Más aún, el artículo 42° de dicha norma establece una definición del elemento subordinado concordante con lo antes expuesto:

...”por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores”...

En tal sentido, puede decirse que el elemento subordinación implica presencia de manifestaciones tanto de la facultad de dirección del empleador, y en su caso de imponer sanciones, como el acatamiento de dichas órdenes por parte del trabajador.

En el caso de autos, se observa que el recurrente contrató al contador Jorge Alburqueque Jiménez para que lleve la contabilidad de su institución, según el contrato por el que aparecen girados los recibos por honorarios profesionales que presenta el recurrente.

Ahora bien, conforme a los referidos recibos, el Sr. Alburqueque realiza sus actividades de contador mediante una Oficina de Contabilidad y Tramitaciones en General, lo que nos da indicios de que dicho profesional no preste servicios en forma exclusiva al recurrente.

Ahora bien, conforme a los referidos recibos, el Sr. Alburqueque en 6 meses consecutivos, no existe prueba alguna por parte de la Administración que señale que éste realizase sus labores de contador dentro de la empresa ni en un horario determinado

Cabe advertir que la presencia de una regularidad en cuanto a la prestación del servicio no es un rasgo determinante de la

existencia de subordinación, ya que de un lado, no está probado que esté acompañada de órdenes directas en la forma de ejecución de la labor y, de otro lado, dicha regularidad simplemente implica un orden en la prestación del servicio, por consiguiente, puede afirmarse que la prestación de servicios se efectúa de modo independiente, toda vez que el contador realiza su labor específica de acuerdo a su criterio personal y conocimientos, observando un mínimo de reglas básicas generales propias de cada actividad profesional.

Como resultado de la fiscalización efectuada por la Administración, no se ha logrado determinar fehacientemente la presencia del elemento subordinación, habida cuenta que no se presentan en el caso de autos las características mínimas de una sujeción a órdenes y directivas en cuanto a la forma de prestar servicios y el prestador del servicio no se encuentra sujeto a un horario fijo predeterminado; en tal sentido, y no existiendo evidencia que el empleador pueda ejercer su poder de dirección y de sanción respecto al Sr. Jorge Alburquerque Jiménez, puede concluirse que el mismo

desarrolla sus labores de modo independiente, teniendo en cuenta simplemente las directivas propias de su profesión.

De otro lado, en cuanto a lo afirmado por la Administración respecto a que algunos de los recibos presentados por el recurrente no tendrían validez por no haber sido girados de acuerdo a lo establecido por las normas tributarias, cabe señalar que este hecho no prueba en forma alguna la subordinación ni por tanto la existencia de relación laboral, sino que sería indicativo de haberse incumplido con obligaciones tributarias no relevantes para el caso de autos.

En relación a las acotaciones por pago de horas extras del personal de planilla, según consta en la Acotación de Caja, debemos señalar que la Administración no adjunta el expediente la copia de los recibos de pago ni documento o prueba alguna que sustente la acotación. El recurrente por su parte, señala que lo acotado no corresponde al pago de horas extras, sino al pago de importes por concepto de movilidad referida a trámites realizadas a favor de la empresa. Sin

embargo, los documentos que acompaña por tales conceptos no coinciden con exactitud con los montos acotados.

La Administración señala que los abonos por movilidad se encuentran afectos al pago de aportaciones en tanto son otorgados al trabajador con carácter permanente y son de su libre disponibilidad, por lo que no contando el empleador con los documentos que demuestren que la movilidad otorgada fue para un fin específico, debe considerársele afecto por dichos montos.

Es pertinente señalar que constituye remuneración toda cantidad que perciba el trabajador como contraprestación por su labor, cualquiera sea la denominación que se le dé, siempre que sea de libre disposición. En el presente caso, la recurrente no ha acreditado que los referidos pagos hayan sido otorgados por "movilidad", más aún cuando éstos han sido otorgados por montos iguales a cada trabajador.

Caso distinto es el de aquéllos cuyas copias de recibos se encuentran a fojas 41, 42 y 43, pues se habrían otorgado por

movilidad local para realizar trámites de apoyo en el tratamiento de planillas de descuento a socios correspondientes al mes de febrero, marzo y abril de 1994, según se desprende de las pruebas acompañadas.

En relación al pago efectuado a José Diego García Otero por concepto de reintegro de la bonificación por aguinaldo y vacaciones según el recibo que obra a fojas 40 del expediente, debemos señalar que obran en el expediente los recibos girados por éste por dicho concepto, así como el asentimiento de la acotación por dicho motivo por parte del recurrente, por lo que al constituir conceptos que forman parte de la remuneración, se encuentran afectos al pago de aportaciones.

Conclusión:

Por lo expuesto, soy de opinión que este Tribunal acuerde **REVOCAR EN PARTE** la Resolución N° 003-95/IPSS-GDTU de fecha 05 de enero de 1995, en lo referido a los repartos (1) pago de honorarios a su contador, y (2) desconocimiento de recibos por honorarios, al incumplir

requisitos contemplados para los comprobantes de pago y del referido a gastos de movilidad cuyas copias de recibos se encuentran a fojas 41, 42 y 43; y **CONFIRMARLA** en los demás que contiene.

IV. Locación de Servicios y Contrato de Trabajo

“Que el requisito fundamental para establecer que servicios confieren a quien los presta la calidad de asegurado obligatorio, es la existencia del contrato de trabajo, con prescindencia de su duración o el tiempo de trabajo por día, semana o mes y aunque no genere beneficios sociales. En consecuencia, basta que haya contrato de trabajo, sea indefinido o temporal, para que quien presta los servicios tenga calidad de asegurado obligatorio; debe indicarse que para que exista un contrato de trabajo debe estar presente el elemento subordinado que es el estado de limitación de la autonomía del trabajo el cual se encuentra sometido en sus prestaciones por razón de su contrato” (Resolución N° 0469-3-97).

Asimismo, definen el contrato de trabajo de la siguiente manera:

“... es el acuerdo de voluntades, por el cual el trabajador se compromete libremente a prestar sus servicios al empleador en forma personal y subordinada, por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad, a cambio de una remuneración” (Resolución N° 638-2-97).

El primer aspecto que se plantea en las Resoluciones es la diferencia entre el contrato de trabajo y el contrato de locación de servicios.

Adicionalmente, algunas resoluciones señalan que para la existencia de un contrato de trabajo, deben darse los siguientes elementos:

- Prestación personal.

- Subordinación o dependencia, que es definida como el vínculo del cual deriva el derecho del empleador de dirigir la actividad que el trabajador pone a su disposición, el cual tiene facultad para normar reglamentariamente las labores,

dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas; y la correspondiente obligación del trabajador de acatar las indicaciones y órdenes que el empleador imparta.

- Remuneración: el derecho del trabajador de percibir un sueldo, salario o comisión por los servicios prestados y, que el empleador se compromete a pagar (por ejemplo, Dictamen de la Resolución N° 658-2-97).

Para definir el contrato de locación de servicios utilizan la definición establecida en el Artículo 1764° del Código Civil que señala:

“Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

Asimismo, explican esta relación de la siguiente manera:

“La prestación del servicio se realiza en forma no subordinada, es decir, en forma independiente, por una retribución u honorario pactado, pudiendo efectuarlo en forma

personal o mediante terceros, si el pacto, los usos o la naturaleza de la prestación lo permiten” (Resolución N° 638-2-97).

Luego de definir conceptualmente a los dos institutos, señalan el elemento central que diferencia estos contratos. Ese elemento es la subordinación.

Para definir la subordinación han recurrido, reiteradamente, a la definición contenida en el Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas (Tomo VII, pg.535), el cual señala lo siguiente:

“Debe entenderse por subordinación de quien presta el servicio, ||...el estado de limitación de la autonomía del trabajador, el cual se encuentra sometido en sus prestaciones en razón de un contrato; y que origina la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte, en orden al mayor rendimiento de la producción y el mejor beneficio de la empresa||”.

V. Principio de Primacía de la Realidad

Tanto el Instituto Peruano de Seguridad Social en sus alegatos, como el Tribunal Fiscal hacen mención al principio de primacía de la realidad de manera reiterada.

Plá Rodriguez lo define de la siguiente manera:

“El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (PLA RODRIGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. 2da Edic. De Palma, Buenos Aires, 1990, pg.243).

En el caso del IPSS, alegan dicho principio pero no aportan elementos, salvo el de permanencia (que es tratado más adelante), del cual no se puede deducir que la relación evaluada se trata de un contrato de trabajo, especialmente, si no contribuyen a determinar la existencia del elemento subordinación.

Sobre este tema, el Tribunal ha mencionado lo siguiente:

“En este mismo sentido, el Tribunal del Trabajo en su Resolución de 22 de mayo de 1980, se pronuncia que para determinar la existencia de un vínculo de trabajo dependiente, prima el contenido de la relación y la forma en que se presta, sobre los términos del documento suscrito y al denominación que las partes hayan adoptado, por cuanto el contrato de trabajo es un contrato realidad; que si se comprueba la prestación subordinada de servicios personales, lícitos, remunerados y voluntarios para un empleador, existe un vínculo laboral”.

Cabe señalar que existe un número significativo de resoluciones judiciales posteriores a la señalada que acogen el mismo principio.

Es positivo que el Tribunal considere uno de los principios más difundidos en el área laboral. Sin embargo, es conveniente tener en cuenta que no basta con mencionarlo, como generalmente lo hace el IPSS, sino que debe comprobarse la realidad de la relación, para luego aplicar el principio desplazando el documento.

Situación distinta se plantea en el siguiente supuesto señalado por el Tribunal Fiscal:

“En ese sentido, no debe estarse a la denominación que se dé a un contrato para determinar su naturaleza, pues si se hubiera pactado una locación de servicios en el que existe o se den todos los elementos que califican a un contrato de trabajo, para efectos del aporte al IPSS, el mismo tiene la naturaleza de un contrato de trabajo” (Dictamen de la Resolución 638-2-97).

En este caso, no se trata de la aplicación del principio de la primacía de la realidad, sino de la interpretación del propio contrato, que a pesar de tener una determinada denominación (locación de servicios) de su contenido se desprende un contrato distinto (contrato de trabajo), incluida la naturaleza de las labores mencionadas en el mismo.

VI. Principio de Primacía de la Realidad

“Que el Instituto Peruano de Seguridad Social no ha aportado pruebas que acrediten que se han verificado los elementos del hecho imponible, esto es, una relación laboral caracterizada por la subordinación o dependencia del trabajador ante el empleador, la observancia de un horario de trabajo y la periodicidad en el desempeño de tales labores y en la retribución que perciben...”

El Instituto Peruano de Seguridad Social parte de premisas al momento de hacer la acotación, considerando que es el reclamante quien debe probar que no se trata de un contrato de trabajo, sino de una locación de servicios, para lo cual deberá presentar la documentación pertinente.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal de manera reiterada se ha pronunciado en el sentido inverso, es decir, que es la Administración Tributaria la que tiene que probar que dicha relación es un contrato de trabajo, no siendo válida la presunción que ellos efectúan.

Por ejemplo, se señala:

“Que en sentido contrario a lo manifestado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, corresponde a éste, probar que respecto de la recurrente se han verificado los elementos del hecho imponible que dan nacimiento a la obligación tributaria,...” (Resolución N° 1561-5-96).

Queda claro que para el Tribunal Fiscal es necesario que la administración presente las pruebas que comprueben que la relación es una de trabajo, lo que es muy difícil que suceda debido a que la actuación de la institución ha sido justamente la contraria, salvo que de las pruebas del reclamante o de la naturaleza de las labores pueda llegarse a esa conclusión.

VII. Comisionista Mercantil

“Que la Administración al respecto, debe tener en consideración que las características de un contrato de locación de servicios son, que si bien el trabajo lo realizan personalmente, pueden contar a su costo para efectuarlo, con personal auxiliar, como ocurre en el caso de autos, con los contratos de comisión mercantil, por el cual la empresa celebra con el comisionista, un contrato de comisión

mercantil no exclusivo, para que éste se encargue de la venta de paquetes turísticos y servicios conexos de hotelería y transporte valiéndose para ello de terceras personas, que además no es de carácter permanente sino a plazo fijo o por una labor determinada, que por otro lado, la remuneración no es fija ni permanente y la labor se efectúa sin sujetarse a órdenes de quien le encarga ejecutando según sus conocimientos, siendo su resultado de cuenta y riesgo de quien lo presta y asimismo, no están sujetas a una determinada forma de trabajo” (Resolución N° 831-1-94).

Lo señalado en esta resolución determina una serie de elementos que deben ser evaluados para determinar la existencia de la relación laboral, como son: la exclusividad, la posibilidad de prestar el servicio con personal auxiliar y el riesgo del negocio.

VIII. Incumplimiento de Registrar al Trabajador en Planillas

Es obligación del empleador registrar al trabajador en el libro de planillas y otorgarle boletas de pago, de no

hacerlo es de aplicación la presunción contenida en el artículo 13° del D.S. N°015-72-TR, teniéndose por ciertas las afirmaciones del trabajador en cuanto a su tiempo de servicios, última remuneración y demás aspectos de la relación laboral.

Ex. N° 3007-93-SL

Trujillo, 10 de Agosto de 1994

VISTOS; en audiencia pública de la fecha, por sus fundamentos pertinentes y CONSIDERANDO además: que, las actas de visita inspectiva cuyas copias corren a fojas 1 y 2, acrediten fehacientemente que el centro de trabajo donde laboró la demandante ubicado en Jr. Diego de Almagro N° 635, Trujillo, es el mismo que posteriormente aparece funcionando en Jr. Ayacucho N° 404 de esta misma ciudad, pues tiene el mismo administrador, la misma propietaria, y el mismo giro del negocio; que, dichas instrumentales prueban además la existencia de la relación laboral, por lo que la demandada estaba en la obligación de registrar a su trabajadora en los libros de planillas y otorgarle boletas de

pago, y al no haber actuado así es de aplicación la presunción contenida en el Art. 13° del Decreto Supremo N° 105-72-TR, teniéndose por ciertas las afirmaciones de la demandante en cuanto a su tiempo de servicios, última remuneración percibida y demás aspectos ordinarios de la relación laboral; que, siendo así el importe de la compensación por tiempo de servicios, gratificaciones adeudadas, vacaciones no gozadas y truncas, así como las indemnizaciones especiales por despido de hecho y por condición de mujer se encuentran arregladas a ley y al mérito del proceso, correspondiendo por tales conceptos S/.5,494.84; que, el extremo sobre pago de remuneraciones devengadas deviene infundada por cuanto desde la interposición de la demanda para que el pago de los beneficios sociales el actor pone fin al vínculo laboral, desapareciendo así definitivamente el requisito jurídico y fáctico necesario para que se devenguen remuneraciones durante el trámite del proceso, cual es la existencia del vínculo laboral, debiendo tenerse en cuenta además que el Art. 78° del Decreto Legislativo N°728, invocado por el A quo, se refiere a los casos en que se ha ordenado la reposición o ésta ha sido sustituida por la indemnización,

ninguno de los cuales se ha producido en autos, pues se ha demandado directa e inmediatamente la indemnización, semejándose más este caso al previsto en el Art.58° del Decreto Supremo N° 032-91-TR en el cual expresamente se establece que no procede el pago de remuneraciones caídas cuando el trabajador opta por la terminación del contrato de trabajo en caso de hostilidad, precisamente “por haberse resuelto el vínculo laboral”; que, en lo demás la recurrida se encuentra arreglada a ley y al mérito de los autos: CONFIRMARON en parte la sentencia de fojas 24-26, que declara fundada la demanda interpuesta por doña Dora Natalia la Barrera Tejada contra Juana Solari Aramburú-Heladería El Chileno, sobre beneficios sociales; la REVOCARON en el extremo que declara fundado el pago de remuneraciones caídas durante el proceso, el que declararon infundado; en consecuencia DISPUSIERON que la demanda pague a la demandante el importe de S/.5,494.84 por concepto de beneficios sociales, más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia; con lo demás que contiene; dejaron sin efecto la multa impuesta a la demandada; y los devolvieron al Segundo Juzgado de Trujillo.

IX. Contratación a Través de Terceros

Resulta improcedente la demanda planteada por el trabajador que prestó servicios en una empresa siendo contratado por otra cuando se acredita que su empleador es una empresa de servicios debidamente autorizada y que tenía un contrato de servicios celebrado con la empresa donde laboró en trabajador, realizando además tareas propias de la entidad demandada.

Exp. N° 2598-93-R(S)

Señores : Beltrán, More, Zúbiría.

Lima, 19 de Noviembre de 1993

VISTOS, en audiencia pública de 9 de noviembre de 1993, con el informe del Dr. Pierre Villegas Pajuelo, por los fundamentos de la recurrida y CONSIDERANDO: Que el artículo 32° de la Ley 24514 admite que personal pagado que, teniendo vínculo permanente con empresa de servicios, realice su actividad en otra distinta, con lo cual su empleador mantiene vínculo contractual para efectuar actividades

complementarias de mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad y otras de carácter especializado; que la Resolución Ministerial N° 197-88-TR de 20 de mayo de 1988, inicialmente reglamentaria del Decreto Supremo 03-80-TR y conservando su vigencia por efectos de lo dispuesto en la Octava Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo 728, estableció requisitos formales que, en la medida que sean probadamente cumplidos, ameritan declarar legalmente válidos las modalidades de prestación de servicios por el actor a una empresa como la indicada o sea CONEMINSA; que de fojas 28 a 36, corren instrumentales que prueban que, de un lado, que tenía vínculo contractual con la emplazada y, por último que el actor prestaba sus servicios a aquella empresa y no a ésta, desempeñándose en tareas no propias de la entidad demandada; que en los demás, la recurrida se encuentra arreglada a Ley y al mérito de lo actuado; CONFIRMARON la sentencia de 1° de junio de 1993, corriente a fojas 40 y 41, en cuanto declara fundada la excepción de inoficiosidad de la demanda opuesta por la emplazada, absolviéndola de la instancia, en los seguidos por JUAN DAVID GOVE RIOS con BANCO DE LA NACION,

actuando como Vocal Ponente el Doctor More, y los devolvieron al Décimo Séptimo Juzgado de Trabajo de Lima.

BELTRAN - MORE - ZUBIRIA

Mercedes Valdivia.- Secretaria (i)

JUAN DAVID GOVE RIOS con BANCO DE LA NACION.

X. Contrato de Prácticas

Para demostrar las prácticas que realizan los estudiantes en las diferentes empresas, debe existir constancia de estudios, solicitud de prácticas y carta de presentación que debe de remitir el organismo correspondiente a la entidad que las otorga.

Exp. N° 1301-93-S (BS)

Señores Ampuero de Fuertes, Anchante Pérez, Yrivarren Fallaque.

Lima, 22 de julio de 1993

VISTOS; por sus fundamentos; y CONSIDERANDO: que la uniforme jurisprudencia de las Salas Laborales Especializadas ha establecido que para demostrar las prácticas que realizan los estudiantes en las diferentes empresas, debe existir constancia de estudios, solicitud de prácticas y carta de presentación que debe de remitir el organismo correspondiente a la entidad que las otorga, hecho que no ha ocurrido en el caso de autos; que aparte, la emplazada en la diligencia de inspección -fojas 3-y escrito de constestación -fojas 24- alega que: "el reclamante realizó trabajos esporádicos como practicante a medio tiempo, dado su condición de estudiante universitario en el décimo ciclo.." sic.; que probada la relación laboral, la esporadicidad o no exclusividad en las labores se acredita con la planillas y en conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo 015-72-TR.; que la demandada no ha dado cumplimiento al dispositivo legal antes mencionado en lo que al reclamante respecta; que conforme a las reiteradas ejecutorias de ésta Sala, dicho desconocimiento de derechos de los trabajadores implica el despido de hecho; que por consiguiente, es procedente ordenar el pago de S/. 600.00 por indemnización

por despido -tres remuneraciones- REVOCARON la sentencia de fojas 64-65 su fecha 1° de marzo de 1993, que declara infundada la despedida, extremo que declararon fundado; la CONFIRMARON en lo demás que contiene; la MODIFICARON en lo demás que contiene; la MODIFICARON en la suma ordenada pagar; en consecuencia, MANDARON que Colichon Herrera Gutiérrez S.R.L. pague a don Julio Vásquez Peralta la suma de OCHOCIENTOS VEINTIDOS NUEVOS SOLES CON VEINTIDOS CENTIMOS -S/.822.22- que agregados a S/. 60.00 que tiene recibidos hacen total de S/. 882.22 por los siguientes conceptos: S/.91.11 por vacaciones trucas, S/.600.00 por despedida y S/.100.00 por sueldo insoluto de 15 días; más los intereses legales que se liquidarán en ejecución de sentencia; interviniendo como Vocal Ponente Doctora Victoria Ampuero de Fuertes; y los devolvieron al Octavo Juzgado de Trabajo de Lima.

AMPUERO DE FUERTES.-ANCHANTE PERES.-
YRYVARREN FALLAQUE.

Irma Zegarra.-Sec. (i) 2da Sala Laboral.

JULIO VASQUEZ PERALTA con COLICHON HERRERA
GUTIERREZ SRL.

BIBLIOGRAFIA

- ANICO MALCO. “La forma de los Actos Jurídicos”, Tesis para Optar Título P.U.C.P., 1996.

- BOLTI, EMILIO. “Teoría General del Negocio Jurídico”, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952

- BOFFI REGGERO, Luis María. “Tratado de las Obligaciones”, Edit. Omeba, Buenos Aires, 1968.

- CONDORELLI, Epifanio L. "El Abuso del Derecho", Edit. Porrúa S.A., 1980 T.I.

- DE LACUEVA, Mario. "El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo", Edit. La Ley, Buenos Aires, 1971.

- DE LA VILLA GIL, Luis Enrique. "El Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales (Ensayo), 1970.

- DIAZ AROCO, Teófila. "Derecho Individual del Trabajo", parte general, Lima, Perú, 1997.

- EN NEVES MUJICA, Javier. "Materiales de Enseñanza de Derecho Laboral". Facultad de Derecho P.U.C.P. 1987.

- DIEZ PICASSO L. Y GUILLON A. "Sistemas de Derecho Laboral". Edit. Tednos, Madrid, 1980.

- ERMIDA URIARTE, Oscar. "Empresas Multinacionales y Derecho Laboral". Ediciones Jurídicas Amalia M. Fernandez, Montevideo, 1981.

- ESPONDA ANGELATS, José. “Derecho del Trabajo”. Lima, Edit. Eadili, Primera Edición, 1987 IT.

- FERNANDEZ GALIANO, Antonio. “Introducción a la Filosofía del Derecho”, Edit. Revista del Derecho Privado, Madrid, 1963.

- FERRARA, Francisco. “La Simulación de los Negocios Jurídicos”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.

- FERNANDEZ ALVAREZ, Oscar y Lucena, Héctor. “La Problemática de los trabajadores que prestan sus servicios en condiciones de fraude o simulación de la relación de trabajo (Ensayo) en Actualidad Laboral. Lima, mayo 1983.

- HERNANDEZ, Roberto y otros, “Metodología”, Edit. Mc Grall Hill, Colombia, 1995

- HERRERA NIETO, Bernardino. “La Simulación y el Fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo, Edit. Bosc, Barcelona, 1958.

- HUECK, Alfred y Nipperdey. “Compendio de Derecho del Trabajo”, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.

- KROTOSCHIN, Ernesto. “Instituciones de Derecho del Trabajo”, Buenos Aires, Edición de Palma, 3ra Edición, 1977.

- LIGEROPOULO, Alexander. “El Negocio Jurídico”, Informativo Legal Rodrigo, Lima, 1986.

- MAZEANA, Henry. “Lecciones del Derecho Civil”, Ediciones Jurídicas Europea América (EJRA), Buenos Aires, 1965.

- MESSINCO, Francisco. “Manual de Derecho Civil y Comercial”, E.J.E.A., Buenos Aires, 1979.

- MONTOYA MAVILA, José. "La Teoría del Abuso del Derecho", Tesis para optar el grado de Bachiller, P.U.C.P., 1964.
- HOSPINA FERNANDEZ, Guillermo. "Régimen General de las Obligaciones", Edit. Tenis, Bogotá, 1976-
- PLA RODRIGUEZ, Américo. "Los Principios del Derecho del Trabajo", Ediciones de Palma, 2da Edición, Buenos Aires, 1978.
- PUIG PEÑA, Francisco. "Tratado de Derecho Civil Español", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- REVOIEDO DE DEBACKEY, Delia, "Código Civil, T.IV, Expsoción de Motivos y Comentarios", Artes Gráficas de la Industria Avanzada", Lima, 1985.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, "Tratado de Derecho Civil", Edit. E.J.E.A., Buenos Aires, 1971

- ROSELLO DE LA PUENTE, Rafael, “El Fraude de los Actos Jurídicos”, Tesis para Optar el Grado de Bachiller, P.U.C.P., 1974
- RUBIO CORREA, Manuel, “El Sistema Jurídico Introducción al Derecho”, Fonde Editorial P.U.C.P., Para leer el Código Civil III Título Preliminares, 1986.
- SOLIS, Alejandro, “Metodología de la Investigación Jurídica Social”, Edit. Princeliness, Lima, 1991.
- VIDAL RAMIREZ, Fernando, “Teoría General del Acto Jurídico”, Cultural Cusco S.A., Lima, 1984.
- SCHWALB LOPEZ ALDANA “El Espíritu de las Perrogativas Jurídicas y la Teoría del Abuso del Derecho”, Tesis para optar el grado de Bachiller, P.U.C.P., 1940.
- WALKER LINARES, Francisco, “Nociones Elementales de Derecho del Trabajo”, Edit. Nacimiento, Santiago de Chile, 1941.

- REVISTAS CONSULTADAS, “Actualidad Laboral”, Consultores Laborales S.A., Autor y Director Fernando Elías Mantero, Lima.

- TAFUR, Raúl, “La Tesis Universitaria”, Edit. Mantaro, Lima, 1995.

- BOLETIN TECNICO TEXTIL, Centro de Investigación Educación y Desarrollo (CIEA), año II, N° 7, Lima, Febrero 1987.