

03 de abril de 2013
DAJ-AE-119-13

Doctor
Tomas Franceschi Alba
Colegio de Cirujanos Dentistas
de Costa Rica
Presente

Estimado señor:

Nos referimos a su nota recibida en nuestras oficinas el 12 de febrero del año en curso, en ella consulta si los casos que se detallan a continuación son contratos por servicios profesionales o contratos de trabajo:

1. Remuneración mensual fija.
2. Horario definido dentro o fuera de las instalaciones principales, por lo cual disponen de un lugar adecuado para realizar funciones.
3. Subordinación a la Dirección Administrativa o Junta Directiva, eventualmente puede recibir órdenes de estas para ejecutar el trabajo o se puede aplicar sanciones.
4. Existencia de un contrato por servicios profesionales.

Para dar respuesta a su consulta, es necesario analizar lo que es un contrato de trabajo y uno por servicios profesionales a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia nacional.

CONTRATO DE TRABAJO

De conformidad con el artículo 18 del Código de Trabajo, para que se configure un contrato de naturaleza laboral, es necesaria la simultánea concurrencia de tres elementos indispensables, los cuales son:

- a) Actividad personal del trabajador, sea, su obligación de prestar servicios personalmente, no pudiendo hacerlo por medio de sustitutos.
- b) Vínculo de dependencia (Subordinación) del trabajador con respecto al patrono, que brinda a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y velar por su estricto cumplimiento; esta dependencia puede darse aún en forma potencial, pues lo que interesa es que exista la posibilidad reconocida de ejercerla.

- c) Obligación de pagar un Salario (remuneración), como contraprestación al servicio prestado por el trabajador.

Es importante destacar, que el elemento más representativo de la relación laboral es la subordinación de una parte con respecto a la otra, otorgándole la facultad al patrono de dar órdenes, instrucciones o directrices a los trabajadores con relación al trabajo por el que se les contrató.

Es decir, que si en la relación contractual existente, se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente en presencia de una relación de índole laboral y, consecuentemente, se deberá cumplir con lo expuesto en los artículos 21, 22, inciso c) y 23, del Código de Trabajo, que al efecto establecen:

Artículo 21: “En todo contrato de trabajo deben entenderse incluidos, por lo menos, las garantías y derechos que otorgan a los trabajadores el presente Código y sus leyes supletorias o conexas”

Artículo 22: “El contrato de trabajo podrá ser verbal cuando se refiera:

...

- c) A los trabajos accidentales o temporales que no excedan de noventa días, no comprendidos en los dos incisos anteriores. En este caso el patrono queda obligado a expedir cada treinta días, a petición del trabajador, una constancia escrita del número de días trabajados y de la retribución percibida...”*

Artículo 23: “En los demás casos el contrato de trabajo deberá extenderse por escrito, en tres tantos: uno para cada parte y otro que el patrono hará llegar a la Oficina de Empleo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, directamente o por medio de la autoridad de trabajo o política respectiva, dentro de los quince días posteriores a su celebración, modificación o novación.”

De lo anterior se desprende, que la relación laboral conlleva una serie de derechos y garantías inherentes a los trabajadores y la suscripción, en la mayoría de los casos, de un contrato escrito. Si la relación contractual consultada se llegara a clasificar como “laboral”, necesariamente deberá ajustarse a las disposiciones legales expuestas.

A mayor abundamiento pasamos a transcribir lo dicho por nuestra jurisprudencia, en dos extensas citas que justificamos por lo esencial de su contenido:

“ III .- DE LOS ELEMENTOS QUE DEFINEN LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO: Esta Sala, en forma reiterada, ha señalado que la naturaleza de una relación jurídica puede establecerse mediante la identificación de sus elementos característicos. Para establecer si un determinado contrato tiene naturaleza laboral debe atenderse, primero, a las regulaciones establecidas en el numeral 18 del Código de Trabajo, que establece las particularidades que definen la relación laboral. Así, de conformidad con dicha norma, con independencia del nombre que se le dé, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar, a otra u otras, sus servicios o a ejecutarle(s) una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración, de cualquier clase o forma. Dicho numeral también establece una presunción legal -la cual admite prueba en contrario, pues es solo *iuris tantum* -, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre la persona que presta sus servicios y quien los recibe. La remuneración, de conformidad con el numeral 164 ídem, puede pagarse por unidad de tiempo, por pieza, por tarea o a destajo y en dinero, en dinero y especie, por participación en las utilidades, ventas o cobros que haga el empleador. **Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: a) la prestación personal de un servicio, b) la remuneración y c) la subordinación. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está o no en presencia de una relación laboral.** Esto por cuanto existen otros tipos de relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios o de la ejecución de obras y el de la remuneración también están presentes, configurando lo que se ha dado en llamar “zonas grises” o “casos frontera”. De esa manera, generalmente, el elemento determinante y diferenciador es el de la subordinación y en ese sentido Rivas señala: **“La distinción en abstracto y en concreto del contrato de trabajo con otras figuras contractuales en las que una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo, continúa fundándose en el criterio de la subordinación.”** (Rivas, Daniel. *La subordinación, criterio distintivo del contrato de trabajo*. Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 185). Luego, la subordinación ha sido definida como “ el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contrato; y que proviene de la potestad del patrono o empresario para dirigir la actividad de la otra parte,...; ...es un estado de dependencia real producido por el derecho del empleador de dirigir y dar órdenes, y la correlativa obligación del empleado de obedecerlas... por lo que basta ...con que exista no la posibilidad de dar órdenes, sino el derecho de hacerlo y de sustituir su voluntad a la de quién presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario.” (Cabanellas, Guillermo. *Contrato de Trabajo, Volumen I*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1963, pp. 239, 243). Por otra parte, debe apuntarse que al realizar el análisis de asuntos como el que se conoce debe tenerse en cuenta el principio de la

*primacía de la realidad, cuya regulación está implícita en el citado artículo 18. Como se sabe, el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. **Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual, en materia laboral, cuentan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico.** En efecto, dicho principio establece 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”. (Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). Por esa razón, el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” -aunque doctrinariamente se prefiere aquella acepción de primacía de la realidad-, dado que tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica y no por lo pactado inclusive expresamente por las partes. En consecuencia, de conformidad con este principio, en materia laboral, importa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos. (En ese claro sentido pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias números 135, de las 9:30 horas; 137, de las 9:40 horas, ambas del 8 de marzo, y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, todas del 2006). Tales premisas deben orientar el estudio del recurso incoado por la parte actora, a los efectos de determinar si la relación del accionante con el ... tuvo o no naturaleza laboral...*

IV.- SOBRE NUEVAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y LA DIFICULTAD DE DIFERENCIAR ENTRE TRABAJO DEPENDIENTE Y AUTÓNOMO: El Derecho Laboral enfrenta actualmente nuevos retos entre los que se incluye la necesidad de determinar sus alcances en relación con nuevas formas de contratación y el auge de algunas figuras que antes no se usaban mayormente. Los cambios económicos y los avances en la tecnología, así como el desarrollo de nuevos sistemas de producción, han dado paso a distintas figuras de prestación de servicios, conocidas con el nombre de contratos atípicos, por cuanto en ellos se ven desdibujados los elementos característicos que definen una relación laboral. Así, el típico contrato de trabajo, o sea el pactado por tiempo indefinido, en jornada ordinaria normal y ejecutado en las instalaciones del empleador, en mayor o menor medida, ha cedido ante otras figuras, nuevas o preexistentes, pero cuya utilización no revestía mayor importancia. Se nota, entonces, el auge de contratos a plazo o por obra determinada, del contrato a domicilio, los contratos a tiempo parcial, el desarrollo de otras distintas modalidades de descentralización productiva, entre ellas el contrato de prestación de servicios. El problema de identificar la existencia de un verdadero contrato de trabajo se exacerba con el proceso de relativización de la figura de la subordinación, que se da en muchos de esos supuestos, lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia, pues, en gran cantidad de casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta

ajena, donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario. (López Gandía, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9-12). Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se den, si se está o no en presencia de una relación laboral. A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si lo pactado pretendía disimular la existencia de un contrato de trabajo o si, por el contrario legítimamente el vínculo jurídico que existió entre las partes no tuvo naturaleza laboral. El tema de las relaciones laborales encubiertas y la necesidad de esclarecer la existencia de un verdadero contrato de trabajo en un determinado caso ha sido objeto de estudio por parte de la Organización Internacional de Trabajo. En efecto, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se presentaron una serie de criterios o parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido. (Conferencia Internacional del Trabajo, 91ª reunión, El ámbito de la relación de trabajo, Informe V, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003, pp. 66-67). De igual forma, en la Recomendación número 198, adoptada el 15 de junio del 2006, que puede ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, se puntualizaron los indicios de laboralidad de la siguiente manera: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al

*trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador. ” Por su parte, Mangarelli explica lo siguiente: 1) No deben confundirse las condiciones del servicio con la existencia de subordinación; pues, a todo profesional, debe indicársele por qué y para qué se necesitan sus servicios. 2) Inexistencia del carácter personal de la prestación. 3) Constituye un indicio de laboralidad del contrato el hecho de que la remuneración se pacte según las fijaciones y aumentos que se dispongan por ley. 4) La prestación de servicios en otros lugares –no exclusividad- ha sido considerado como indicio de que no media contrato de trabajo. 5) La inexistencia de un horario. 6) El no pago de los beneficios laborales durante la relación de trabajo. (Mangarelli, Cristina. Arrendamiento de servicios, en: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, pp. 273-275). Por último, cabe señalar que esta Sala, en su construcción jurisprudencial, también ha establecido distintos criterios que pueden servir para distinguir entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Entre ellos pueden enumerarse los siguientes: 1) **Existencia o no de la prestación personal del servicio** (sentencias números 319-99, 223-01, 448- 01, 540-02, 255-03, 312-03, 323-03, 583-03). 2) **Exclusividad en la prestación de las labores** (sentencias 319-99, 448-01, 512-02, 564-02, 241-05, 967-05, 780-07). 3) **El trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario** (sentencias 240- 99, 319-99, 275-01, 761-01, 365-02, 540- 02, 564-02, 338-03, 583-03, 135-06, 379-06, 401-06, 780-07). 4) **La retribución es fija y periódica** (sentencias 319-99, 275-01, 448-01, 761-01, 286-05, 780-07). 5) **Sometimiento a jornada y horario** (sentencias 241-99, 319-99, 275-01, 448-01, 717-01, 761-01, 365- 02, 515-02, 564-02, 583- 03, 693-05, 135-06, 379-06, 401-06, 81-07). 6) **Imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado** (votos 319-99, 564-02). 7) **Afiliación a la seguridad social** (fallos 319-99, 512-02, 564-02, 241-05, 286-05, 693-05, 538-07). 8) **Se proveen herramientas y materiales de trabajo** (sentencias 294-97, 240- 99, 364-01, 576-01, 761-01, 512-02, 373- 03, 241-05, 967-05, 135-06, 81-07). 9) **Debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa** (sentencia 390-02). 10) **Las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario** (sentencias 319- 99 y 294-01). 11) **No se pagan vacaciones ni aguinaldo** (votos 294-97, 576- 01, 715-01, 512-02, 241-05, 693-05). 12) **La remuneración excede el pago normal de un trabajador** (fallo 253-02). 13) **Se otorga capacitación** (538- 07). 14) **Se utiliza papelería de la empresa** (538-07). 15) **Se exige la presentación de informes periódicos** (538-07). **V.- DEL CONTRATO POR SERVICIOS:** La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo. En ese sentido, se indica que “... con el advenimiento de las nuevas formas de organización del trabajo y en especial con la tercerización, esta figura contractual tomó un auge sorprendente. Esta figura utilizada para el trabajo por cuenta*

ajena de algunas categorías de trabajadores como, entre otros, médicos, abogados, ingenieros, es actualmente utilizada de manera indiscriminada, para contratar todo tipo de trabajadores, incluso a los ex trabajadores subordinados de la empresa que terceriza en categorías laborales que en nada se asemejan a las categorías profesionales antes referidas.” (Fernández Brignono, Hugo. Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales, en: Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, p. 71). Mangarelli, por su parte, también expone sobre el auge de los contratos por servicios profesionales y es concluyente en el sentido de que el contrato de trabajo no absorbió al de prestación de servicios, al tiempo que indica que la diferencia entre ambos radica en el elemento subordinación. En ese sentido, señala: “Hoy ya no es posible sostener que el arrendamiento de servicios sea una categoría jurídica sin importancia. En la actualidad se ha producido un aumento considerable de los contratos de arrendamiento de servicios. Ello es debido a que -entre otras razones- esta modalidad de contratación es uno de los instrumentos para llevar a cabo la descentralización empresarial... El arrendamiento de servicios no fue absorbido por el contrato de trabajo, sino que se mantuvo como figura jurídica distinta, y reguló en los hechos, un sector del trabajo por cuenta ajena... El criterio acertado de distinción del contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo es la subordinación...” (Mangarelli, Cristina. Ibid. pp. 267, 273, 280). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales. Esta Sala ya ha indicado que los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales (véanse las sentencias números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999 y 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002). Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente, más aún si se trata de servicios especializados, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica necesariamente una independencia técnica que no obsta a la existencia de la contratación laboral. (En tal sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos N°s. 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio y 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todos del 2002).”¹

“III.-SOBRE LA DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO RESPECTO A OTRAS FORMAS DE CONTRATACIÓN: *Previo analizar el recurso presentado por el accionado, es necesario, retomar lo que esta Sala ha dispuesto en cuanto a los requisitos obligatorios para tener por instituida una relación de trabajo. De esta forma, en el fallo número 825 de las 15:10 horas del diez de junio de dos mil diez, citando al 637 de las 10:30 horas del primero de agosto de dos mil ocho, se estableció: “El artículo 18 del*

¹ Sentencia: 00657, Exp:04-001798-0166-LA, 08/08/2008, 9:30 a.m., Sala Segunda Corte Suprema de Justicia.

*Código de Trabajo, establece las características que definen una relación de naturaleza laboral, al indicar que, independientemente del nombre dado, media un contrato de trabajo cuando una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutar una obra, bajo su dependencia permanente y dirección inmediata o delegada, mediante el pago de una remuneración de cualquier tipo. La norma establece así una presunción legal -iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe, o se aprovecha de estos. Dicha presunción, por su naturaleza, admite prueba en contrario, **de manera que la parte empleadora puede refutar la laboralidad mediante la acreditación probatoria correspondiente.** Se ha indicado, pues, que son tres los elementos que definen jurídicamente el carácter de una relación de trabajo, a saber: a) la prestación personal del servicio; b) la remuneración; y, c) la subordinación. Ahora bien, el surgimiento de nuevos sistemas de producción, así como los procesos de reconversión tecnológica y empresarial han propiciado el surgimiento de nuevas relaciones jurídicas donde los elementos de la prestación de los servicios, o la ejecución de obras, y el de la remuneración también están presentes, de ahí que generalmente se les ha denominado como “zonas grises” o “casos frontera”. **No obstante, para diferenciar dichas figuras de una relación propiamente laboral se ha considerado la subordinación como el elemento determinante,** aún y cuando en aquellas también una parte se obliga a realizar una prestación de trabajo. Luego, la subordinación puede definirse como el estado de dependencia directa en que se coloca el trabajador ante el empleador o sus representantes, en virtud del cual, queda supeditado al poder de mando y dirección que aquellos ejerzan en el desempeño de sus labores. Un aspecto a considerar con respecto a este tema es el de la aplicación del principio de primacía de la realidad, cuyo contenido está implícito en el citado artículo 18 y que, al igual que otros principios propios de esta materia, definen la particularidad del Derecho Laboral respecto de otras ramas de la ciencia jurídica. Según dicho principio, **la verdadera esencia de una relación se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características, antes que a lo dispuesto en el contrato o cualquier otro documento.** (Sobre este tema, pueden consultarse, al respecto, las sentencias números 135, de las 9:30 horas del 8 de marzo y 377, de las 14:28 horas del 23 de mayo, ambas del 2006). No cabe duda que la prestación de servicios en un régimen sin subordinación ha provocado que la contratación de estos aparezca como la primera zona conflictiva con el contrato de trabajo, propiciado por las nuevas formas de organización del trabajo y la tercerización, a la vez que dicha modalidad es frecuente tratándose de profesionales liberales. Según se ha expuesto, “la proliferación de contratos de arrendamiento de servicios obedece en parte a la existencia de nuevas modalidades de trabajo en el sector de los servicios que pueden legitimar este tipo de contrato y en parte a acuerdos simulados tras los cuales se esconden verdaderos contratos de trabajo. Intuitivamente creemos que esta última cuota es la más importante en términos porcentuales, pero la ausencia de datos estadísticos nos impide confirmar la convicción. [...] De todos modos debemos ser categóricos al afirmar que en esta materia como en otras del campo laboral, se impone el principio de la realidad. [...] **La verdad prima sobre las formas, por lo que en definitiva todo pronunciamiento sobre la legitimidad de un***

*contrato de arrendamiento de servicios se difiere a la comprobación de la presencia o ausencia del elemento ‘subordinación’ en la prestación laboral.” (RASO DELGUE, Juan. La contratación atípica del trabajo. Montevideo, Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2000, pp. 212-213). Esta Sala, a través de su desarrollo jurisprudencial, también ha indicado: “...los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales (véanse las sentencias N° 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999 y 365, de las 10:10 horas del 24 de julio del 2002). Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado **que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente** -más si se trata de servicios especializados-, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica, necesariamente, una independencia técnica, que no excluye la existencia de la contratación laboral (en tal sentido, pueden leerse, entre otros, los fallos números 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio y 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todos del 2002). **Como se apuntó, la subordinación sigue siendo el criterio de distinción entre el contrato de trabajo y otras figuras afines**”. (Voto de la Sala Segunda número 254, de las 11:05 horas del 20 de abril del 2007). Así pues, se han establecido ciertos elementos que pueden ayudar a distinguir con acierto cuándo se está en presencia de labores subordinadas, entre ellos están: a) la forma de pago de retribución reiterativa mensual durante un período prolongado; b) la fijación del horario y/o la jornada de trabajo; c) el pago de los beneficios laborales tales como vacaciones y aguinaldo; d) la fijación de aumentos salariales según criterios de la actividad subordinada; e) el hecho de prestar funciones en locales de la empresa; f) el pago de los gastos de alojamiento y traslado; g) el marcado de tarjeta; h) la condición de estar a la orden (disponibilidad); i) la exclusividad de la prestación para un único empleador; j) la entrega de herramientas y uniformes; k) la no asunción de riesgos; l) la aplicación de sanciones. Por otra parte, también se han definido ciertos indicadores que, por el contrario, excluyen la existencia de la relación laboral, entre estos están: a) la inexistencia de una contraprestación de tipo salarial a cambio del pago de honorarios a través de un arancel; b) la no reclamación durante un extenso período de los beneficios laborales; c) el desempeño contemporáneo de otro trabajo; d) la no inclusión de determinado tipo de tareas en un convenio colectivo; e) la falta de órdenes para la realización de las tareas; f) el no cumplimiento de horarios. No obstante, debe tomarse en cuenta que, generalmente, la sola presencia de uno de los criterios indicados no es definitoria o excluyente de la existencia de una relación laboral, por lo que se deberán analizar de manera conjunta y no aisladamente, según cada caso en concreto. (RASO DELGUE, *op cit.*, pp. 62-69). Particularmente, respecto a la prestación de servicios por parte de los médicos, Montoya Melgar y Cámara Botía, han indicado que un aspecto importante a considerar “a la hora de distinguir la naturaleza civil o laboral de la prestación de servicios es la relativa al **carácter personalísimo de la prestación laboral**, es decir, la obligación del deudor de cumplir personalísimamente y sin posibilidad de sustitución su prestación. [...] resumidamente, mientras en caso de vinculación laboral es la entidad la encargada de suplir la ausencia, para el supuesto de la relación civil se*

concede al médico titular la facultad de designar sustituto.” (MONTROYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. “Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas.” Madrid, Editorial Tecnos, S.A., 1991, p.p. 14-15). Aparte del elemento antes indicado, ambos autores analizan una serie de factores que facilitan la determinación de la naturaleza laboral de la prestación, entre ellos, el indicio de exclusividad, la retribución en carácter de abono de un sueldo mensual o por paciente (mientras que la retribución por acto -honorarios- se entiende propia de la relación civil de servicios) y el sometimiento al control empresarial o institucional.(MONTROYA MELGAR y CÁMARA BOTÍA, op. cit., pp. 17-19)”. ...”²

La jurisprudencia supra transcrita constituye un fiel reflejo de la posición de la Sala Segunda, al considerar la existencia de relación laboral y por consiguiente de contrato de trabajo, en los casos donde concurren claramente los elementos de la prestación personal de servicio, de la remuneración y de la subordinación, siempre siendo el elemento distintivo **la subordinación**, que puede manifestarse de diversas maneras tal como se ha detallado en las notas jurisprudenciales incluidas, no obstante, *cada caso concreto debe analizarse de forma independiente*, pues es no es suficiente con que aparezca solo una de las características citadas, para decir, que hay subordinación y por consiguiente relación laboral.

CONTRATO POR SERVICIOS PROFESIONALES

Por otro lado, si la relación contractual carece de los elementos esenciales citados anteriormente, especialmente el de subordinación con todas las características destacadas por la jurisprudencia, el contrato podría ser por Servicios Profesionales.

El contrato por Servicios Profesionales, no es laboral, por cuanto, si bien se contrata un determinado servicio, condicionándolo a un estipendio económico como pago por el mismo, lo cierto es que no existe en este tipo de contratos la subordinación, pues el contratado **no recibe directrices continuas y permanentes del contratante**, sino que éste realiza las labores para las que fue contratado de acuerdo con su grado de profesionalidad y bajo su entera responsabilidad.

Estando este tipo de relación contractual fuera del ámbito laboral, su regulación esta tutelada por el Derecho Civil. Como su nombre lo indica, se trata de servicios netamente profesionales, con absoluta independencia del Derecho Laboral, pues éste no puede, por definición, tener injerencia alguna en la forma, métodos, tiempo y lugar de ejecución del contrato, pues será materia que convenga libremente las partes.

² Resolución: 2011-000104 Expediente: 06-002941-0166-LA, emitida por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia . San José, a las diez horas del dos de febrero de dos mil once.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples oportunidades ha analizado el contrato por servicios profesionales, insertamos un ejemplo de dicho análisis:

“...VI.-DEL CONTRATO POR SERVICIOS: *La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo. En ese sentido, se indica que “... con el advenimiento de las nuevas formas de organización del trabajo y en especial con la tercerización, esta figura contractual tomó un auge sorprendente. Esta figura utilizada para el trabajo por cuenta ajena de algunas categorías de trabajadores como, entre otros, médicos, abogados, ingenieros, es actualmente utilizada de manera indiscriminada, para contratar todo tipo de trabajadores, incluso a los ex trabajadores subordinados de la empresa que terceriza en categorías laborales que en nada se asemejan a las categorías profesionales antes referidas”.* (Fernández Brignono, Hugo. *Las actuales formas de la descentralización productiva. Criterios de identificación y modalidades contractuales*, en: *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, primera edición, 2000, p. 71). Mangarelli, por su parte, también expone sobre el auge de los contratos por servicios profesionales y es concluyente en el sentido de que **el contrato de trabajo no absorbió al de prestación de servicios, al tiempo que indica que la diferencia entre ambos radica en el elemento subordinación.** En ese sentido, señala: “Hoy ya no es posible sostener que el arrendamiento de servicios sea una categoría jurídica sin importancia. En la actualidad se ha producido un aumento considerable de los contratos de arrendamiento de servicios. Ello es debido a que -entre otras razones- esta modalidad de contratación es uno de los instrumentos para llevar a cabo la descentralización empresarial... El arrendamiento de servicios no fue absorbido por el contrato de trabajo, sino que se mantuvo como figura jurídica distinta, y reguló en los hechos, un sector del trabajo por cuenta ajena... El criterio acertado de distinción del contrato de arrendamiento y el contrato de trabajo es la subordinación...”. (Mangarelli, Cristina. *Ibid.* pp. 267, 273, 280). El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales. **Esta Sala ya ha indicado que los profesionales liberales pueden prestar sus servicios no solo a través de una relación laboral, sino también mediante un contrato por servicios profesionales** (véanse las sentencias números 311, de las 14:40 horas del 7 de octubre de 1999; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio de 2002 y 657, de las 9:30 horas del 8 de agosto de 2008). **Por otra parte, en esta materia, también se ha señalado que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente, más aún si se trata de servicios especializados, por cuanto el ejercicio de tales funciones implica necesariamente una independencia técnica que no excluye necesariamente la existencia de una contratación laboral.** (En tal sentido, pueden consultarse, entre otros, los fallos números 60, de las 10:00 horas del 20 de febrero; 365, de las 10:10 horas del 24 de julio y 540, de las 9:50 horas del 6 de noviembre, todos de 2002). En el caso concreto de la prestación de servicios por parte de los abogados, ya desde la sentencia de esta Sala número 36, de las 14:40

horas del 16 de febrero de 1999, los indicios de laboralidad y de autonomía se explicaron así:

“VI.-

*EL ABOGADO COMO PROFESIONAL LIBERAL: Hechas las anteriores consideraciones generales procede ahora referirnos al caso de la profesión que nos ocupa: la abogacía. Esta es uno de los ejemplos clásicos que muestra cómo el ejercicio de las profesiones liberales ha sufrido notorios cambios, como consecuencia a la masiva 'asalarización' de las correspondientes actividades. Bajo esta perspectiva, se pueden dar dos grandes grupos de profesionales en derecho: a) aquellos que prestan su servicio por cuenta y bajo dependencia de un empleador, e insertos en la organización de este y; b) los prestados a un cliente, en régimen de autoorganización profesional. En el primer supuesto, nos encontramos ante una relación laboral y, en el segundo, ante una relación o serie de relaciones reguladas por el derecho civil (normalmente previa celebración de contratos de arrendamiento de servicios). Ahora bien, dentro de los elementos que señala la doctrina para identificar que nos encontramos en alguno de estos supuestos, el primero de ellos consiste en la **existencia de una prestación personal**. Al respecto, se afirma que 'a ausencia de nota de personalidad (esto es, de la obligación del deudor de cumplir personalísimamente y sin posibilidad de sustitución su prestación) determina que la actividad del abogado quede al margen del contrato de trabajo y deba subsumirse en una relación de naturaleza civil. Tal sucede en los supuestos en que los servicios profesionales se contratan por un cliente con todo un bufete de abogados o consultorio jurídico, de modo que los mismos son prestados indiferenciadamente por todos sus integrantes' (MONTROYA MELGAR, Alfredo y CAMARA BOTIA, Alberto. ABOGADOS: PROFESION LIBERAL Y CONTRATO DE TRABAJO. Editorial Tecnos, España, Madrid, 1990, pág. 18). Otro elemento determinante para concluir que nos encontramos en presencia de una relación laboral es lo que se ha llamado '**indicios de dependencia**', los cuales se encuentran conformados por: a) el lugar de trabajo; b) la exclusividad; c) la jornada y el horario y; d) la retribución' (ibíd. cit. pág. 20). En cuanto al primer supuesto, el hecho de desempeñar la actividad en su propio despacho profesional y no en instalaciones que posibilitan la vigilancia del empleador, se toma como evidencia de la autonomía profesional. La exclusividad y la preferencia, supone la existencia de un cierto grado de subordinación. Por su parte, el aspecto de la retribución fija y periódica, o por el contrario, la retribución por acto profesional realizado, actúan, respectivamente, como indicios de la subordinación o autonomía del abogado. De esta manera, 'el carácter civil de la relación de servicios se 'robustece' si se tienen en cuenta la forma en que se remuneran, no por medio de asignaciones fijas ni periódicas sino mediante honorarios profesionales que se abonan en razón al número e importancia de asuntos despachados' (Ibíd. cit. pág. 24)”. (La negrita no consta en el original).*

Todos estos criterios, también se ha dicho, no resultan concluyentes ni definitivos y cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto, por lo que deben identificarse los indicios que según las circunstancias dadas permitan concluir

si se está o no en presencia de un contrato de trabajo; pues, como se indicó, puede que no se presencie una relación laboral sino legítimamente una de prestación de servicios por cuenta propia, mediante otra modalidad contractual.”³

De conformidad con lo anterior, la contratación de servicios es un régimen sin subordinación, no obstante, se ha prestado para que algunas empresas realicen contratos laborales de forma solapada, disfrazados de contratos de servicios, con el fin de eludir las cargas que conlleva una relación laboral, infringiendo los derechos de los trabajadores.

A pesar de lo anterior, aún cuando las partes hayan denominado al contrato como “servicios profesionales”, “arrendamiento de servicios”, etc., prevalece la realidad en que se desarrolla la relación, sobre lo escrito o pactado al inicio, especialmente si están presentes los elementos esenciales que analizamos supra, es decir, prevalece el **“contrato realidad”**.

Respecto a la determinación del carácter laboral o no de una relación, nuestra jurisprudencia ha sido clara al indicar:

“...Entonces, debe quedar claro, y así se ha dejado establecido en otros pronunciamientos, que cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto; por lo que no puede adoptarse una línea invariable, sino, que se han de fijar parámetros, para poder determinar, según las circunstancias dadas, si se está o no en presencia de un contrato de trabajo; pues, como se indicó puede que no se presencie una relación laboral; sino y legítimamente, una prestación de servicios por cuenta propia, mediante otra modalidad contractual...”⁴

EN CONCLUSIÓN

Para efectos de determinar si los casos por usted expuestos son contratos laborales o por servicios profesionales, debe analizarse cada uno utilizando como herramienta todo lo anteriormente expuesto, pues con la información brindada por su persona, no tenemos elementos suficientes para poder determinar si la relación es o no de índole laboral, determinación que en todo caso corresponde por lo general a los jueces laborales. Por tal motivo nos avocamos a darle alguna información sobre el tema, a fin de que usted, como

³ Resolución: 2010-001149, Expediente: 07-000615-0166-LA, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. San José, a las once horas cinco minutos del doce de agosto de dos mil diez.

⁴ Voto 312-2003 de las 9:00 horas del 13 de julio del 2003. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia. Apdo. 10133-1000 San José, Telefax: 2222-3280, 2222-2608, 2222-2612, 2222-2613

conocedor de todos los detalles que envuelven la relación existente, pueda determinar la naturaleza de la misma.

De usted con toda consideración,

Licda. Shirley Bonilla Guzmán
Asesora

SBG/
Ampo 3 B)