
DAJ-AE-254-10
20 de diciembre de 2010

Señora
Jazmín Calvo Ardón
Presente

Estimada señora:

Nos referimos a su nota, recibida en nuestras oficinas el 22 de noviembre de 2010, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, sobre si existe o no relación laboral en las ventas por catálogo, bajo estas condiciones: una empresa transnacional venderá sus productos a compradoras independientes (en adelante las compradoras), quienes luego los revenderán a sus clientes; las compradoras pueden negociar con otras empresas; las compradoras no tienen horario; las compradoras no tienen obligación con la empresa transnacional; las compradoras no tienen ninguna supervisión ni dirección de la empresa transnacional; las compradoras no reciben sanciones; la compradoras no ejercen la venta con exclusividad con futuros clientes de la empresa, ya que pueden recomendar compradoras para otras empresas; las compradoras reciben un porcentaje pagado en efectivo mensualmente, sobre las compras que realice el grupo de sus recomendadas. También consulta si en Costa Rica es posible que las compradoras puedan registrarse ante las autoridades fiscales como comerciantes independientes. Finalmente, solicitan que les indiquemos los aspectos más importantes que deben considerar para que las ventas por catálogos no sean consideradas relación laboral.

1.- Contrato de Trabajo y sus elementos

En primer lugar, es necesario que definamos qué es contrato de trabajo y cuáles son los elementos característicos de este tipo de contrato. El tratadista Guillermo Cabanellas, define al contrato de contrato como *“aquel que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse, bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra.”*¹ (El resaltado no es del original).

Por su parte, el Código de Trabajo, en su artículo 18, define el contrato de trabajo de la siguiente manera: *“Contrato individual de trabajo, sea cual fuere su denominación, es todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutar una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por*

¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral. Tomo I, 3ª. Edición, editorial Heliasta S.R.L., página 382.

una remuneración de cualquier clase o forma". El mismo numeral en el párrafo segundo, señala que *"Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe"*. A esto se le conoce en doctrina como contrato realidad².

Sobre la teoría del contrato realidad y el principio de primacía de la realidad, la jurisprudencia nacional ha sido basta en su reconocimiento. De esta forma, la Sala Segunda en la resolución número 2001-685, de las 10:10 horas, del 16 de noviembre de 2001, señaló lo siguiente:

"La Teoría del Contrato Realidad, se fundamenta en el principio de la primacía de la realidad, que es un principio general del Derecho del Trabajo. De acuerdo con él, los hechos prevalecen sobre las formas, las formalidades o las meras apariencias. En el caso de existir discordancia entre lo que ocurre en la práctica, y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darse preferencia a lo que suceda en el terreno de los hechos... En ese entendido, a efecto de determinar la existencia o no de un contrato laboral, no interesa tanto lo pactado en los documentos o en lo acordado, sino la prestación efectiva de servicios, tal y como se dio en la realidad."

Por su parte, la Sala Constitucional, en el voto 2001-136, de las 9:35 horas, del 23 de febrero de 2001, se refirió al principio de primacía de la realidad de la siguiente forma:

"El principio de primacía de la realidad que tutela las relaciones laborales señala que la existencia de una relación de trabajo depende, no de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado (...) La aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto, de una situación objetiva independiente, esto es, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad carecerán de todo valor. El contrato de trabajo existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio."

La Sección Segunda del Tribunal Superior de Trabajo, en resolución número 682, de las 8:30 horas, del 9 de agosto de 1991, conceptualizó el contrato realidad:

"El contrato de trabajo es además contrato realidad –como reiteradamente lo señala la doctrina y la jurisprudencia- ya que siempre que exista una persona

² Siempre que exista una persona prestando sus servicios personales a otra, por una remuneración, bajo su dependencia y subordinación inmediata, existe un vínculo de orden laboral, sin interesar si las partes le han dado una denominación distinta al contrato. Por esto, se dice que en materia laboral prevalece los hechos sobre la forma, es decir, la prestación efectiva de servicios, tal y como se da en la realidad.

prestando sus servicios personales a otra, por una remuneración, bajo su dependencia y subordinación inmediata, existe un vínculo de orden laboral, el que depende de la situación real en la que el trabajador se encuentra colocado en la prestación de ese servicio; el acuerdo existe no en la conjunción de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio...”

De conformidad con las citas doctrinal y jurisprudenciales, y con el artículo supra indicado, para que se configure un contrato de naturaleza laboral, es necesaria la simultánea concurrencia de tres elementos indispensables, a saber:

- a) La actividad personal del trabajador: la obligación del trabajador de prestar personalmente sus servicios, no pudiendo hacerlo por medio de un sustituto o tercero.
- b) Vínculo de Dependencia (Subordinación): la subordinación jurídica es la situación de dependencia en que se encuentra el trabajador con respecto al patrono, de modo que mientras el patrono tiene el poder general de dirección en todo lo relacionado con el trabajo, el trabajador tiene el correlativo deber de obediencia. Según la doctrina laboral, es el elemento más importante para definir un contrato como laboral. Esta subordinación puede ser potencial, sea aunque no se dé, debe existir posibilidad del patrono para ejercerla siempre.
- c) Salario: es la remuneración que debe pagar el patrono al trabajador, como contraprestación por los servicios que éste presta. Esta remuneración puede tomar distintas formas: salario en efectivo; en efectivo y en especie; participación en utilidades, ventas o cobros que haga el patrono (comisiones); y salario base más comisión³.

De todos los elementos antes mencionados, la subordinación del trabajador con respecto al patrono es, como se indicó antes, la más notable característica del contrato de trabajo. De acuerdo con la doctrina, legislación y reiterada jurisprudencia de los tribunales que imparten justicia laboral, la dependencia permanente surge en tanto se ejecuta el trabajo convenido, aún cuando éste sea transitorio o accidental, supone la misma dirección inmediata o delegada que caracteriza la relación de trabajo y que, esencialmente, consiste en la facultad que corresponde al patrono de dar órdenes o girar instrucciones al trabajador acerca de la tarea encargada.

2.- Sobre la venta por catálogos

En su escrito detalla una serie de características de las compradoras de los productos de una empresa transnacional. La relación entre ambas partes sería de naturaleza comercial,

³ Artículo 164 del Código de Trabajo.

pues las compradoras adquieren ciertos productos a la empresa, para luego revenderlos, constituyendo una típica relación mercantil. Para facilitar la comprensión de este criterio, dividiremos la relación empresa-compradoras en dos fases: la compra venta de productos y el pago de una “comisión” a la compradora por cantidad de personas recomendadas que adquieran productos de la empresa.

Con relación a la primera fase de la relación, compraventa de productos de compradoras a empresa, no se presenta ninguna dificultad en tesis de principio, todas vez que aquellas adquieren el producto para ser revendido posteriormente a terceras personas, con lo cual estarían ejerciendo plenamente su libertad de comercio y de empresa, contemplada en la Constitución Política y el Código de Comercio. No obstante, nos llama la atención el punto 10, lo que hemos denominado como una segunda fase o cara de la relación entre empresa y compradoras, en el cual se indica que estas recibirán un porcentaje pagado en efectivo por mes, sobre las compras que realice el grupo de sus recomendadas. Ligando esto con lo señalado en el punto 4 de su nota, entendemos que cada compradora tiene la “libertad” de recomendar a otras personas, que puedan ser eventuales compradoras, para que adquieran los productos de la empresa transnacional. A cambio, cada compradora recibiría una especie de comisión por la cantidad de productos que las nuevas compradoras realicen. Consideramos que debemos centrarnos en este punto específico, pues dependiendo del manejo que se brinde por parte de la empresa, podríamos estar frente a una eventual zona gris, y por ende, que se presente la duda de si, efectivamente, en lo que respecta a esta segunda faceta de la relación, estamos ante una relación comercial.

Iniciamos señalando que en tipos de contratación distinta a la laboral, por ausencia del elemento subordinación jurídica, la característica es que las partes se encuentren en posición de igualdad, ya sea desde la óptica del derecho civil o mercantil. En tesis de principio, debe analizarse y estudiarse cada caso concreto, a fin de determinar la naturaleza del contrato, partiendo de la presencia o ausencia del elemento subordinación, para reputarlo como laboral o no. No obstante, la definición de cuándo nos encontramos ante la figura del contrato de trabajo o, por el contrario, ante un contrato distinto de aquél, puede constituir una labor compleja. Es así que es reiterada la posición de los tribunales de justicia de hablar de “casos frontera” o “zonas grises”, por la dificultad de identificar la relación de dependencia en una situación particular.

La zona gris o frontera es una aseveración especialmente cierta respecto de la contratación de comisionistas, para lo cual haremos referencia a la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Segunda, para establecer las diferencias con el contrato de trabajo. Debemos aclarar de inicio, que las interpretaciones de los tribunales de trabajo se presentan en el marco de los casos concretos llevados a sus estrados, que no necesariamente son de aplicación a todos los casos en que medie una relación contractual entre una empresa y una persona que presta sus servicios bajo el esquema salarial de comisión, pues como se ha indicado, el elemento esencial y diferenciador será siempre la subordinación jurídica, que deberá esclarecerse en cada caso. Los diferentes supuestos presentarán particularidades que

obligarán al intérprete o juzgador, a identificar aquellos indicios que develen el elemento subordinación en la relación sujeta a estudio, para concluir si estamos en presencia de una relación laboral.

Lo que pretendemos con las citas textuales de las resoluciones judiciales, es brindar detalles en lo que se ha resuelto, para que su representada, cuente con elementos de juicio suficientes que permitan guiarles en la definición del esquema de contratación adecuado a sus intereses, y a su vez, para que denomine y aplique el contrato correctamente, de conformidad con lo que se ha definido en la normativa laboral y resuelto a nivel judicial.

Para empezar, consideramos importante destacar lo que la Sala Segunda señaló en el voto **97-091**, de las 10:40 horas, del 9 de mayo de 1997, con respecto a la subordinación, como clave para determinar si el contrato de un comisionista es laboral:

“II.- (...) De los tres elementos citados, la subordinación adquiere singular importancia, pues en no pocas ocasiones las características señaladas se vuelven difusas, al ser similares a otras tantas presentes en contratos de diferente naturaleza, tal y como sucede con el mercantil de comisión, en el cual, en términos generales, el comisionista debe cumplir el encargo, siguiendo las instrucciones que al efecto le brinde el comitente, devengando como pago una comisión (artículos 278 y siguientes del Código de Comercio). Al respecto, basta entonces con demostrar la subordinación jurídica, entendida como la capacidad (posibilidad) del patrono de dar órdenes al trabajador, la sujeción de éste a la dirección del empleador, para tener como existente, en un caso determinado, una relación de naturaleza laboral...”

En otro voto de la Sala Segunda, concretamente el **98-287**, de las 11 horas, del 25 de noviembre de 1998, se acepta la dificultad para calificar la naturaleza jurídica de la contratación de agentes vendedores:

“... En tratándose de trabajadores agentes vendedores, esta Sala ha reiterado el criterio, de que la subordinación no reviste caracteres tan claros como se presenta en cualquier otro tipo de labor. Así, en el Voto Número 47, de las 9:20 horas, del 18 de marzo de 1993: ‘En el caso de los agentes vendedores, la subordinación jurídica es mínima, toda vez que la labor se despliega fundamentalmente fuera de las oficinas de la empresa, visitando posibles compradores y ofreciéndoles la mercadería, de tal manera que la participación del patrono se circunscribe a proporcionar material, dar instrucciones generales y fiscalizar la actividad desarrollada...”

Estas afirmaciones del máximo órgano de justicia laboral demuestran que la tarea de determinar si un contrato de un comisionista es laboral o mercantil no es sencilla, sino que reviste características peculiares que pueden confundir al intérprete, sobre todo por el hecho

de que la mayor parte de las labores desarrolladas por el agente son realizadas fuera de un centro de labores, lo cual dificulta demostrar la relación de dependencia directa.

Un voto que ejemplifica muy bien la posición de la Sala Segunda, es la resolución número **97-014**, de las 14:10 horas, del 22 de enero de 1997. En esa oportunidad, la Sala realizó una labor analítica importante para diferenciar el contrato de trabajo con el contrato mercantil de los agentes vendedores o comisionistas.

Al respecto, señaló lo siguiente de importancia:

“II.- (...) por la difícil denominación de si se trata de trabajadores en el amplio sentido de la palabra o si más bien nos encontramos frente a agentes vendedores que laboran por comisión en relación con el monto de las ventas, caso este último propio de la legislación mercantil más que de la laboral. Así las cosas, el agente vendedor, y la actora realizan su labor sin un horario determinado debido a la clase de trabajo que desempeña, además de que por prestar esta clase de servicios recibe a cambio, como contraprestación, un pago por concepto de comisiones, que como ella misma lo indica en su libelo de demanda, consistía en un porcentaje sobre el total de las ventas y los cobros recaudados. Por otra parte, a esta clase de trabajadores, denominados también agentes o comisionistas, no se les obliga a un rendimiento como al resto de trabajadores, pues según el esfuerzo o empeño que pongan en la labor de ventas así será el monto de la comisión a que tendrán derecho, trabajo que ejecutan entonces con entera independencia. Los informes que deben rendir a la empresa sobre las ventas o cobros efectuados, en ningún caso se catalogan que los deben en razón de la subordinación jurídica que pretende la actora, pues es normal que al menos algún tipo de inventario se tenga que presentar, pues sobre éste se determinará el respectivo porcentaje que a título de comisión le habría de liquidar la empresa...”

Nótese la referencia que hace la Sala a algunos elementos que ayudaron a determinar que la relación que unía al agente vendedor con la empresa no era laboral. La ausencia de horario, la no exigencia de rendimiento esperado y la normal presencia de informes para inventariar el trabajo del agente, son indicios que utilizan los magistrados para concluir que el comisionista en este caso no es trabajador en el sentido técnico laboral del término, sino un sujeto mercantil. A contrario sensu, si hubiese existido un horario, un nivel de producción exigido y fiscalizado e informes que implicaran control patronal sobre su forma de prestar los servicios, podría pensarse que la relación hubiese sido laboral y no mercantil.

Sin embargo, en el voto **98-287** la Sala Segunda admite que si bien la presencia de horario de trabajo es un indicio de laboralidad, no es un presupuesto necesario para concluir que existe subordinación jurídica; por el contrario, por el tipo de labores del agente vendedor, la sujeción a un horario puede resultar incompatible con la ejecución efectiva del trabajo:

“(…)

X.- Por otra parte, a pesar de que la obligación de sujetarse a un horario determinado, puede resultar un indicio de laboralidad; el que no esté presente en el caso que nos ocupa, tampoco abona a la tesis contraria, precisamente, porque es comprensible, en atención a las labores propias de un agente vendedor que tal deber no se impusiera...”

La Sala Segunda, en la resolución de otro caso, en el voto **92-251**, de las 9:30 horas, del 16 de octubre de 1992, resolvió que sí constituía relación laboral el ligamen entre agentes vendedores y una empresa, por tener los primeros un horario que cumplir y por que tenían oficinas dentro de las instalaciones de la empresa:

“...Las características mencionadas, unidas al hecho de que los actores tenían una oficina en las instalaciones de las accionadas [...] y un horario que cumplir, tanto en la oficina como en las residenciales, permiten concluir que sí hubo relación laboral y el no haber estado en planillas o el no devengar un sueldo base, no excluyen ese vínculo, que se determina más bien por la prestación efectiva del servicio...”

Véase que en el caso concreto no interesó si el trabajador estaba o no en planilla o que no percibiera salario base, para concluir sobre la laboralidad de la relación. Asimismo, no interesa la denominación que las partes impongan al documento que rubriquen, sino las condiciones reales en que se desplegaron las labores (la naturaleza del servicio que se presta), por lo que cobra relevancia la doctrina del contrato realidad, como mecanismo para determinar la existencia de un contrato de trabajo. Sobre esto último, la Sala Segunda ha mantenido un criterio reiterado (ver entre otros, los votos **91-304**, de las 14:35 horas, del 9 de diciembre de 1991; **93-316**, de las 9:10 horas, del 15 de diciembre de 1993 y **96-115**, de las 9:10 horas, del 19 de abril de 1996).

Del voto **98-287** de la Sala Segunda, se desprenden elementos interesantes para afirmar cuándo el contrato de un agente vendedor o comisionista es laboral, acudiendo a los siguientes indicios: utilización de documentación de la empresa, giro de cheques a nombre de la empresa, realización de ventas y gestión cobratoria en forma directa, elaboración de requisiciones de pedidos, fijación de meta de ventas por parte de la empresa y presencia continua en las instalaciones de la empresa para recoger productos y hacer devoluciones:

“(…)

VII.- ...se deduce que, para realizar su labor el actor debía utilizar la documentación de la demandada, a saber, fórmulas para la entrega de dinero y facturas... ‘... como auxiliar mercantil que era el actor de mi representada éste tenía que usar facturas de ella y no de él, nótese que incluso se le otorgó una autorización para actuar a nombre de D.C. de C.R. según lo dispone los

artículos 349 a 358 del Código de Comercio." (...). Esa afirmación no es de recibo. No es cierto que, conforme a la normativa mercantil, para realizar sus funciones, el agente viajero independiente deba usar la documentación de la empresa. Por el contrario, la imposición de esa obligación constituye un signo de dependencia, una de las tantas formas en que se manifiesta una prestación de servicios subordinada. En un caso similar esta Sala manifestó lo siguiente: 'Como ya se dejó indicado, líneas atrás, las probanzas de mérito reflejan la categoría de "agentes vendedores" que ostentaban ambos accionantes a quienes, a través de las comunicaciones de folios 8 y 9, se les ratificó esa condición y se les dio instrucciones precisas, en torno a los cheques recibidos como pago de las ventas que realizaban. Precisamente, esa forma de proceder, revela que ellos actuaban en representación de la demandada, en cuyo nombre hacían las ventas y realizaban la gestión cobratoria pues, de lo contrario, no se explica la Sala, el por qué se les solicitaba que los compradores giraran los cheques a nombre de la empresa. Por otro lado, las órdenes de requisición que acompañó el señor, son una muestra más de la calidad de empleados que tenían los actores, y de su sujeción a la política de ventas de la empresa, al estar obligados a consignar los distintos pedidos, en la documentación emitida por la demandada, lo que no hubieran hecho, en el caso de ser, de verdad, "compradores directos'. Finalmente, coincide este Tribunal con el fallo impugnado en que, el documento de folio 10, refleja una clara directriz de la demandada hacia su empleado -...-, al fijarle la meta de ventas, para poder hacerse acreedor a un incremento en el porcentaje de su comisión. Por otro lado, ya se dejó en claro la necesidad de acudir a la teoría del contrato realidad, para fijar las condiciones en que efectivamente se presta el servicio y, en la especie, de la demanda y de su contestación, así como de los testimonios allegados al expediente, fácilmente se concluye que, ambos accionantes, debían presentarse diariamente a las instalaciones de la accionada, para recoger productos en la mañana y, en la tarde, hacer devoluciones de mercadería y la entrega de dinero, siendo remunerados a través de porcentajes sobre las ventas -entiéndase comisiones... hechos que resultan suficientes, a juicio de la Sala, para tener por acreditada la relación obrero patronal.' (Voto Número 25, de las 9:00 horas del 24 de enero de 1992)..."

Sobre el pago de comisión y el deber de presentar informes a la empresa, el voto **97-014** afirma que su presencia en la relación contractual no implica la existencia de un contrato laboral:

"... Existe entonces, un típico contrato de naturaleza mercantil y no laboral, amén de que la remuneración debida consistía en el pago de una comisión que se calcula sobre las ventas realizadas por la actora y los informes debidos a la empresa demandada han de tenérseles como una actividad afín a la labor desplegada, sin que por ello se le puede tener como base para la existencia del

elemento subordinación, sino más bien como uno de los controles que la empresa efectúa con el objeto de poder fijar las respectivas utilidades derivadas de la venta de un producto, como también lo son los clubes de viajes...”

Por último, el voto **97-014** es claro en señalar que en el contrato mercantil no es aplicable el régimen de protección y beneficios que sí reconoce la normativa laboral, entre los cuales se encuentran el seguro social, riesgos del trabajo y los derechos laborales:

“(…)

III.- Así pues, el vínculo laboral que reclama la recurrente como existente no ha quedado evidenciado entre las partes contratantes y de existir un contrato entre ellas será mercantil, caso en el cual queda excluida de aplicación del Código de Trabajo, ya que la legislación que los regula es mercantil, típica para los agentes vendedores, cobradores o de comercio, que no cuentan con la protección y demás beneficios que sí reconoce la legislación laboral para el resto de trabajadores que prestan sus servicios personales a otra bajo la dependencia permanente y la dirección inmediata o delegada de ésta, quien a cambio ofrece una remuneración, elementos todos típicos del contrato de trabajo y que se recogen en el artículo 18 del Código de la materia; ausentes en el pleito en estudio...”

Ahora bien, viendo la doctrina de la Sala Segunda, ligada con el pago de comisión que la empresa daría a las compradoras que recomienden a otras personas la compra de sus productos, debemos indicarle que si la relación se desarrolla desde el esquema mercantil, la empresa tiene vedada la posibilidad de ejercer funciones de dirección, mando y disciplina sobre las compradoras, el comportamiento frente a las compradoras debe ser en reales planos de igualdad, y que la comisión es la remuneración pactada por atraer más compradoras. Es importante que en un instrumento contractual se estipulen certeramente estas disposiciones, pero aún más trascendental, es que en la práctica se aplique lo pactado, pues es muy común que empresas firmen contratos de naturaleza comercial, dándose en la práctica reales comportamientos patronales. Sobre esto, le indicamos que en materia laboral no interesa tanto lo estipulado en un “documento”, sino lo que sucede en la realidad. De ahí que la tributación o inscripción fiscal tampoco asegurará a una empresa que su relación no se califique como laboral, si llegare a demostrarse la presencia de la subordinación jurídica.

En conclusión, la empresa puede establecer la forma de contratación que considere conveniente, de acuerdo a la naturaleza de su actividad y a los objetivos que se haya propuesto; si la actividad es comercial y la empresa se asegura de actuar conforme a los puntos enumerados en su nota, no tenemos duda alguna que la relación entre empresa y compradoras no es laboral. El objetivo en una contratación de este tipo no es escapar de una posible laboralidad de la relación con las compradoras como si se trata de una sanción, sino establecer cláusulas contractuales que regulen las relaciones que efectivamente se

presentarán. No obstante, debe considerar que si el elemento subordinación, en cualesquiera de sus múltiples formas, en los términos que han sido descritos a través de las referencias jurisprudenciales, está presente en la relación contractual con las compradoras, aunque sea de forma difusa o que genere duda, la relación entre empresa y agentes será laboral.

De usted con toda consideración,

Lic. Kenneth Cascante Mora
Asesor

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Jefa a.i.

KCM/lsr
Ampo 3B