

DAJ-AE-320-08
14 de noviembre de 2007

Licenciada
Sofía Gamboa Calvo
Presente

Estimada señora:

Se recibe consulta en esta Dirección el 9 de octubre del año en curso, en relación con los contratos por Servicios Profesionales, los contratos de trabajo y las características que delimitan a cada uno.

Contrato de Trabajo

El Código de Trabajo define el contrato individual de trabajo, como aquel en que una persona se obliga a prestar a otra u otras sus servicios o a ejecutar una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma. Se presume la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe¹.

De acuerdo con esa definición y lo expresado por la doctrina, 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:** sea, su obligación de prestar servicios personalmente, no pudiendo hacerlo por medio de un sustituto.
- b) **La subordinación:** se refiere a la subordinación del trabajador con respecto al patrono; es la posibilidad que tiene éste de imponer reglamentos, girar órdenes y velar por su estricto cumplimiento, en virtud de lo cual, expone la doctrina laboral, es el más importante por cuanto la relación laboral es eminentemente subordinada. Esta subordinación puede ser potencial, lo que quiere decir que aunque no se dé, debe existir posibilidad de ejercerla siempre.
- c) **Salario:** es la remuneración que corresponde al patrono, como contraprestación por los servicios que a su vez le brinda el trabajador.

¹ Art. 18 del Código de Trabajo.

De todos los elementos antes mencionados, la subordinación de una parte con respecto a la otra es, sin lugar a dudas, la más notable característica del contrato de trabajo. De acuerdo con la doctrina, legislación y reiterada jurisprudencia, 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 instrucciones al trabajador acerca de la tarea encargada.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia ha expresado en este sentido lo siguiente:

“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 una determinada relación 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, desde luego, admite prueba en contrario, pues es solo iuris tantum-, respecto de la existencia de un vínculo laboral entre el individuo que presta sus servicios y quien los recibe. Tres elementos son, entonces, los que definen jurídicamente el carácter o la naturaleza de una relación de trabajo: a) la prestación personal del servicio; b) la remuneración; y, c) la subordinación. Jurisprudencial y doctrinariamente se ha establecido que, por lo general, tal subordinación o dependencia es el elemento fundamental para poder determinar si se está en presencia de una relación laboral o no. 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 como “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. 18 5). 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 quien 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 primacía de la realidad, cuya aplicación 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 importan 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, en 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 interesa más lo que ocurre en la práctica que aquello que las partes hayan pactado y hasta lo que aparezca en documentos (pueden consultarse al respecto las sentencias N° 135 de las 9:30 horas del 8 de marzo y 377 de las 14:28 horas del 23 de mayo, ambas del 2006).²

Contrato por Servicios Profesionales:

El contrato por servicios profesionales, es un acuerdo de voluntades sin sujeción alguna a principios laborales, se rige por las leyes civiles o mercantiles

² Voto 2008-000163 de las 10:30 horas del 27 de febrero de 2008. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

y el incumplimiento sólo provoca responsabilidades de tipo indemnizatorio reclamables en Tribunales encargados de estas materias.

En la práctica algunas o muchas empresas, convienen originalmente en un contrato por servicios profesionales, para encubrir contratos que en el desarrollo de las labores, el contratado (profesional) se rige por **un horario**, recibe órdenes y directrices respecto a la labor encomendada, está sujeto a normas disciplinarias, etc., **lo que evidentemente convierte el contrato original en un contrato laboral**, sujeto a los derechos, obligaciones y responsabilidades que este conlleva, todo con sustento en el principio del “Contrato Realidad”, propio del Derecho Laboral.

Entre este tipo de figuras contractuales, cabe destacarse una de las más aplicadas actualmente, cual es la denominada “*OUTSOURCING*”, que se establece como un medio para contratar y delegar ciertos procesos, a otras empresas (proveedoras) especializadas en una o varias materias, que permitan a las empresas contratantes focalizarse en mejorar los esfuerzos en aquellos procesos o necesidades propias del quehacer de la empresa, procurando a su vez una mayor productividad y una disminución de gastos.

Es así como muchas empresas(proveedoras) se dedican a contratar profesionales en diferentes materias, para ofrecerlos como un servicio a otras empresas. En este sentido se firma un contrato de naturaleza civil, en la que una empresa (la proveedora) ofrece sus servicios, a través de profesionales, a una empresa (usuaria), ubicando a sus trabajadores en el lugar solicitado por la empresa usuaria. De acuerdo con esta característica, las empresas dedicadas al outsourcing, resultan ser la figura patronal para aquellos profesionales cuyo trabajo se realiza en el lugar físico que solicite la empresa usuaria.

No hay, o por lo menos no debería haber subordinación por parte de la empresa usuaria hacia los trabajadores de la empresa proveedora, sino más bien un deber de obediencia por parte de éstos hacia las obligaciones impuestas por parte de la empresa proveedora, que a su vez derivan de las condiciones requeridas por la empresa usuaria a la empresa proveedora, de ahí que se configura lo que se ha denominado como una relación triangular, en la que se tiende a confundir la figura patronal.

La jurisprudencia en este sentido, consciente de esta problemática, se concentra en analizar en primera instancia, si atendiendo al “principio realidad”³, en el desarrollo de las funciones de los trabajadores en cuestión, se ha manifestado de alguna forma el elemento subordinador, para diferenciarla de otro tipo de contratos de naturaleza no laboral.

La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, al respecto emite criterio para diferenciar los contratos de trabajo de los contratos civiles.

³ Principio del derecho laboral que establece que ante lo que se haya acordado sea en forma verbal o escrita, priva lo que se desarrolla realmente en la práctica.

Como bien se desprende del Voto supra, de conformidad con el Principio de Realidad, una relación laboral se puede determinar si se da la presencia de los tres elementos del contrato ya estudiados, pero principalmente si se encuentra presente el de la subordinación, es decir cuando la autonomía del trabajador se encuentra limitada y sujeta a la potestad del patrono.

Para ello la Sala Segunda destaca las características que se dan en una relación laboral, frente a las características que se dan en un contrato por servicios profesionales.

La Sala establece la diferencia entre aquella relación cuyo trabajo se hace bajo las instrucciones precisas y bajo el control de otra persona, en el lugar y horario impuestos por esta persona, que se ejecuta con los materiales y equipo que le suministra esta persona y se le fija una remuneración periódica que además de ser el único ingreso, puede contemplar otro tipo de beneficios; frente a aquella otra relación, en que más bien, es el profesional quien ejerce el control directo sobre su trabajo, establece su lugar de trabajo y su propio horario, asume el riesgo financiero que pueda ocasionar el quehacer de su trabajo, calcula el costo de su trabajo y fija el precio, no recibe beneficios laborales y proporciona los materiales y el equipo para desempeñar su trabajo. La primera se delimita como una relación laboral y la segunda como una relación civil-mercantil, no regulada por la legislación laboral y por tanto sin que derive de ella reconocimiento de derechos laborales.

En este sentido conviene analizar lo que se define como ejercicio liberal de la profesión.

*“Profesión Liberal. 1. Naturaleza. La singularidad de la profesión liberal surge de que no existe relación de dependencia ni permanente con la clientela, aunque pueda haber habitualidad en el requerimiento de los servicios; además, salvo establecerse aranceles especiales por el Poder público, el profesional liberal determina libremente su remuneración que recibe el nombre de honorarios. 2. Aspectos laborales. Tal independencia, sin embargo, se ve comprometida en ciertas modalidades del Derecho Laboral. En principio, la posición de los que ejercen una profesión liberal es de autonomía en la prestación de unos servicios; al que la desempeña no se le considera como trabajador en el concepto restringido de sujeto del contrato de trabajo. La dificultad surge, evidentemente, en ciertos profesionales que ejercen su actividad bajo dependencia ajena y perciben no honorarios sino un sueldo. El trabajo que presta un médico en los barcos y al servicio de un armador se caracteriza por la independencia técnica del profesional en todo lo relativo a su especialidad; pero está sometido, o puede estarlo, a cierta dependencia jerárquica y económica, que obliga a cumplir determinado horario, a asistir a las personas que se le designan, a comunicar el resultado de sus prestaciones y a observar los reglamentos que se establezcan. **Situaciones semejantes caben en las prestaciones de trabajo de otros profesionales, como***

ingenieros, abogados, químicos, que tienen cierta independencia técnica; pero pueden contratar sus servicios como trabajadores en una empresa y, percibir como ellos un salario o un sueldo. Entonces pueden quedar comprendidos dentro de la legislación laboral y por tanto una profesión denominada liberal, si concurren las notas características del empleo, o sea: subordinación, habitualidad y profesionalidad.”⁴

De acuerdo con lo expresado por la Sala y la definición supra, el profesional puede establecer una relación por servicios profesionales, mediante un contrato por el cual necesariamente se establecen una serie de condiciones, de cómo se quiere el trabajo, la forma de pago que generalmente es establecida por el profesional y tiene la denominación de honorarios, instrucciones sobre el trabajo que debe realizar en forma general, plazo de entrega, etc., pero esto no implica de modo alguno la existencia de subordinación.

Tendrían que darse en la práctica una serie de manifestaciones, como las enumeradas por la Sala Segunda, que unidas una con otra delimiten con claridad que se trata de una relación laboral, independientemente de lo pactado, con características claras de subordinación.

Según el tratadista Guillermo Cabanellas, subordinación jurídica es *“el estado de limitación de la autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido, en sus prestaciones, por razón de su contacto; 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 quien presta el servicio, cuando el que ordena lo juzgue necesario...”⁵*

De esta definición se extraen, como bien lo expresa la Sala Segunda, cuatro tipos de poderes que caracterizan a la figura patronal, cuales son: el poder de mando, el poder de fiscalización, el poder de dirección y el poder disciplinario. Estos implican el derecho o prerrogativa que tiene el patrono de ejercer su autoridad mediante órdenes o instrucciones, como manifestación de voluntad unilateral, con el fin de utilizar la fuerza de trabajo de la forma más adecuada para los intereses de la empresa, mientras que en contratos de naturaleza civil, el contratante fija el objeto del contrato y el contratado realiza todas las gestiones que según sus conocimientos profesionales, deba hacer, para obtener el resultado, que sería el objeto del contrato.

⁴ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VI, Editorial Heliasta. Página 447

⁵ Cabanellas (Guillermo), contrato de Trabajo Volumen I, Buenos Aires, Bibliografía Omega, 1963, pp 239 y 243), citado en Sentencia de la Sala Segunda de la Corte suprema de Justicia. Resolución 275-2001, de las 10:00 horas del 23 de mayo del 2001.

Asimismo esa prerrogativa del patrono, se extiende al derecho de establecer diferentes mecanismos de control en su personal, para verificar que el trabajo se esté llevando a cabo, y de la forma indicada por el mismo, en caso contrario, el patrono tiene el poder de disciplinar, es decir, de imponer las sanciones que conforme la ley pueda establecer.

Según otro autor citado por Cabanellas, *“la subordinación tiene tres matices: personal técnico y económico. Cuando el trabajador observa puntualmente las órdenes recibidas, el reglamento de la empresa sobre hora de trabajo, días y lugares de pago, limpieza, etcétera, y las demás normas de negociación, se subordina personalmente al patrón; cuando realiza el trabajo conforme a las reglas de ejecución que se han señalado, está en el caso de subordinación técnica; y cuando estima como fuente de sus ingresos y base de su patrimonio el salario que recibe, se subordina económicamente... El trabajador no calificado presenta el caso pleno de estos tres elementos de la subordinación; el calificado y el técnico están en un grado ínfimo de dirección, pues son ellos quienes dictan las reglas de técnica conforme a las cuales ha de ejecutarse el trabajo; que, sin embargo, puede alterar el patrono en uso de sus facultades de mando.”*⁶

En el caso de consulta, se trata de un contrato originalmente pactado con la presunción de un contrato de servicios profesionales, para brindar servicios de abogacía, pero se dificulta para esta Asesoría emitir un criterio respecto de las características del mismo y la forma en cómo se ha venido manifestando en la realidad, por cuanto no se aportan elementos suficientes para hacerlo, salvo la solicitud de la empresa, en la que se le pide cumplir con un horario.

Al respecto se le aclara que en efecto, tal y como usted lo indica, la solicitud que se le hace es improcedente, si se trata de un contrato por servicios profesionales, en el que el profesional establece su propio horario. De otro modo, al sujetarse el profesional a un determinado horario, sería considerado como una manifestación del elemento subordinador del contrato de trabajo, estableciendo un límite fronterizo entre el contrato de naturaleza civil y el contrato de trabajo.

En razón de lo expuesto se concluye que, la relación contractual entre una empresa y un abogado, podría ser considerada de naturaleza laboral, si en la misma se encuentran presentes los tres elementos característicos del contrato de trabajo: prestación personal, salario y principalmente subordinación, en la forma aquí estudiada.

En cuanto a la solicitud de los parámetros legales que delimitan un contrato por servicios profesionales, no se emite criterio, por cuanto se trata de una figura jurídica de naturaleza no laboral, sino civil-mercantil, de la cual esta

⁶ Cabanellas (Guillermo), Compendio de Derecho Laboral, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Editorial Heliasta S.R.L., pag 495

Asesoría es incompetente para conocerla, según lo dispuesto por la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.⁷

No obstante, se advierte que en el presente pronunciamiento se han estudiado algunas de las características presentes en los contratos de naturaleza civil, que de algún modo le pueden servir, para establecer los parámetros para elaborar un contrato por servicios profesionales, el cual no admitiría la presencia de condiciones laborales tales como fijación de jornadas y horarios, salarios basados en el Decreto de Salarios Mínimos, vacaciones, etc, ya que por sí solo el contrato escrito, ya se estaría definiendo la naturaleza laboral.

De Usted con toda consideración,

Licda. Ana Lucía Cordero Ramírez
Asesora

ALC/pcv.-

Ampo 3.B.-

⁷ Artículo 3 de la Ley Orgánica y 20 inciso c) del Reglamento de Reorganización y Racionalización, ambos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social