

LA CONTRATACIÓN DE ABOGADOS EN LOS BUFETES PERUANOS: ¿UNA DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL?*

THE HIRING OF LAWYERS IN PERUVIAN LAW FIRMS:
CONTRACTUAL DISCRIMINATION?

LE RECRUTEMENT DES AVOCATS AU SEIN DES CABINETS
AU PÉROU SE CARACTÉRISE-T-IL PAR UNE FORME
DE DISCRIMINATION À L'EMBAUCHE?

Luz PACHECO ZERGA**

RESUMEN: La investigación que origina este artículo es de tipo cualitativo, y se realizó con base en los datos aportados por los cincuenta mejores bufetes del Perú, de acuerdo con el *ranking* elaborado por Leaders League, Chambers and Parthnersy The Legal 500, con el objetivo de determinar si la contratación civil de abogados, por las firmas legales, es acorde con la normativa nacional o si implica una contratación en fraude de ley.

El artículo se divide en cuatro secciones, además de la introducción, las conclusiones y las referencias bibliográficas, que son: I) Principio de igualdad y no discriminación; II) Modalidad de contratación de los abogados en las firmas legales; III) ¿Puede calificarse de corrupción y discriminación esa modalidad de contratación? y IV) El régimen laboral especial de los abogados en los bufetes en España.

Palabras claves: no discriminación, igualdad de oportunidades, abogados, corrupción, discriminación contractual

ABSTRACT: The research that originates this article is qualitative and was carried out based on the data provided by the 50 best law firms in

* Recibido el 3 de marzo de 2022 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2022.

** Doctora en derecho. Profesora ordinaria principal de derecho del trabajo en la Universidad de Piura, Perú (luz.pacheco@ndep.pe).



Peru, according to the ranking prepared by Leaders League, Chambers and Partners and The Legal 500, with the objective of determine if the civil contracting of lawyers, by legal firms, is in accordance with national regulations or if it implies a contracting in fraud of law.

THE article is divided into four sections, aside from the Introduction, Conclusions and Bibliographical References, which are: I) Principle of equality and non-discrimination, II) Contracting modality of lawyers in law firms; III) Can this contracting modality be classified as corruption and discrimination? IV) The special labor regime for lawyers in law firms in Spain.

Keywords: non-discrimination, equal opportunities, lawyers, corruption, contract discrimination

RÉSUMÉ: Cet article, basé sur une recherche de type qualitatif, a été rédigé à partir de données provenant des classements des 50 cabinets d'avocats les plus prestigieux au Pérou d'après la Leaders League, Chambers and Partners et The Legal 500 pour vérifier si le recrutement d'avocats civils par les cabinets juridiques respecte les normes nationales ou s'il implique une discrimination à l'embauche.

Précédé d'une introduction et suivi par la conclusion et les références bibliographiques, l'article est composé de quatre sections : I) Principe d'égalité et de non-discrimination, II) Mode de recrutement des avocats dans les cabinets juridiques, III) Ce mode de recrutement peut-il être entaché de discrimination et de corruption ? IV) Le régime de travail spécial des avocats dans les cabinets en Espagne.

Mots-clés: non-discrimination, égalité des chances, avocats, corruption, discrimination à l'embauche.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los principios de igualdad y de no discriminación en el ámbito laboral peruano.* III. *La modalidad de contratación de los servicios de los abogados en las firmas legales del Perú.* IV. *La contratación fraudulenta: una corrupción socialmente aceptada.* V. *La relación laboral especial del abogado en España.* VI. *Conclusiones.* VII. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

La igual dignidad de los seres humanos es un principio-derecho reconocido expresamente en Occidente a partir de la Declaración de los

Derechos Humanos de 1948, que se ha plasmado en la mayoría de las Constituciones, tanto en sentido positivo como negativo, al prohibir toda forma de discriminación entre los ciudadanos de un país. El Perú no es una excepción: al contrario. La Constitución no sólo reconoce este derecho fundamental para todas las relaciones humanas en general,¹ sino, de forma particular, en el ámbito laboral, al establecer, como uno de los principios basilares de las relaciones laborales, la “igualdad de oportunidades sin discriminación”.²

En relación con este principio, tanto la legislación peruana como los poderes públicos han puesto especial énfasis en erradicar cualquier forma de discriminación por razón de género, lo cual es encomiable. Sin embargo, la discriminación no se agota en este colectivo históricamente discriminado. Por eso, existen normas, que se remontan a 1997, en las que, por ejemplo, se prohíbe que la oferta de empleo y de acceso a centros de formación educativa contengan “requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato”.³

El legislador definió la discriminación como la

anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato, los requerimientos de personal o acceso a medios de formación técnica o profesional «que no se encuentren previstos en la ley que impliquen un trato diferenciado desprovisto de una justificación objetiva y razonable», basado en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión, ascendencia nacional u origen social, condición económica, política, estado civil, edad o de cualquier otra índole.⁴

Tres años después, los nuevos legisladores consideraron que esta definición podría tener un efecto contrario al deseado, por contener la precisión que hemos resaltado con comillas especiales, la cual podría dar lugar a otras formas de discriminación. En consecuencia, modificaron dicho texto, que

¹ Constitución Política del Perú (CPP), artículo 2.1: “Toda persona tiene derecho: ... A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.

² CPP artículo 26: “*En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación. 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma*” (el énfasis es añadido).

³ Ley 26772, artículo 1o. (si no se indica otra cosa, las leyes y reglamentos que se citen serán peruanos).

⁴ *Ibidem*, artículo 2o. Las comillas son nuestras.

es el que rige en la actualidad, según el cual la discriminación consiste en “la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”.⁵

No obstante, estas prohibiciones absolutas de diferencia de trato, justamente, la existencia de colectivos históricamente discriminados, como ha sido el caso de las mujeres —antes citado—, o el de las personas discapacitadas, las poblaciones indígenas, los menores de edad, etcétera, han exigido poner en marcha diversas medidas afirmativas, con el fin de lograr no sólo la igualdad formal, sino también la igualdad material.⁶

Sin embargo, existe una discriminación en el empleo, que no es expuesta a la luz pública, pero que igualmente atenta contra la igualdad de oportunidades, y consiste en la contratación fraudulenta de los abogados que laboran en los despachos jurídicos, porque prestan sus servicios bajo las normas civiles, cuando en realidad lo hacen en forma personal, remunerada y dependiente, y por tanto, privan de la protección social que otorga esta rama del ordenamiento jurídico a todos los demás trabajadores.

En el Perú, los abogados, cuando laboran al servicio de un despacho o bufete jurídico, son contratados mediante contratos de locación o arrendamiento de servicios. Sin embargo, si prestan esos mismos servicios para una empresa privada o pública, son contratados bajo las normas laborales. Este diverso tratamiento me llevó a dirigir una tesis de licenciatura en derecho, durante dos años, para intentar comprender el porqué de esta dualidad de criterios, que es aceptada pacíficamente por la doctrina académica del país y de otros países latinoamericanos, sin que se alcen voces para poner en evidencia la discriminación que implica esa forma de contratación. La autora de esa investigación identificó a los cincuenta mejores bufetes del país con base en el *ranking* elaborado por *Leaders League, Chambers and Parthnersy The*

⁵ Artículo 2o. de la Ley 27270, denominada “Ley contra actos de discriminación”, que se promulgó en concordancia con la ley 28983 sobre igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

⁶ Por todos, Pazo Pineda, O., “Las medidas afirmativas como forma de manifestación del principio de igualdad”, en Carpio, Edgar y Sar, Omar, *Alcances del principio de igualdad*, Universidad San Martín de Porres, Facultad de Derecho, Instituto de Investigación Jurídica, Centro de Investigación en Derecho Constitucional, 2014, disponible en: https://derecho.usmp.edu.pe/instituto/inv_centros/2014/ALCANCES_DEL_PRINCIPIO_DE_IGUALDAD.pdf.

Legal 500.⁷ Ella confrontó la información publicada por esos bufetes en sus páginas web con la que publica la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), sobre esta misma cuestión, para determinar el número de trabajadores de la plantilla y el número de abogados que prestaban servicios en esas organizaciones. De ese modo se pudo comprobar que la mayoría de los abogados no estaban contratados bajo el régimen laboral.⁸ La investigación exigió realizar entrevistas personales a los abogados de esos despachos para determinar el modo en que prestaban los servicios y la forma de remuneración. Por las características de la información obtenida fue necesario el tratamiento confidencial de los datos aportados, que están recogidos en la investigación antes mencionada, y que sirven de base para el presente análisis.

Para la mejor comprensión de esta problemática, se analizarán en primer lugar los alcances del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito laboral peruano. Seguidamente, se tratará sobre la modalidad de contratación de los servicios de los abogados en las firmas legales del Perú. A continuación, se justificará por qué la contratación de los abogados realizada bajo las normas civiles, cuando laboran subordinadamente y no sean socios de un estudio jurídico, constituye una forma de corrupción, socialmente aceptada. Seguidamente, con el fin de ofrecer una alternativa de solución a esta problemática, se realiza una somera exposición del régimen laboral especial de los abogados en España, para poder finalizar con algunas conclusiones. Cierran el artículo las referencias bibliográficas y la relación de los cincuenta mejores estudios del Perú, que fueron objeto de la investigación mencionada.

II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL PERUANO

La Constitución del Perú, al igual que sus homólogas occidentales, reconoce, como un derecho fundamental, el de la igualdad ante la ley y, seguidamente, el de no ser discriminado por motivo alguno.⁹ Es importante resaltar que, al

⁷ Anexo de esta investigación, obtenido de la tesis de licenciatura en derecho de Riveravítonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación de los abogados en los estudios jurídicos*, Facultad de Derecho, Universidad de Piura, octubre 2019, 2019, p. 112, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>.

⁸ *Ibidem*, anexos 2 al 19.

⁹ CCP, artículo 2.2: “Toda persona tiene derecho... a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica

contrario de lo que pudiera desprenderse de una interpretación literal, este derecho no implica un trato igualitario, sino la obligación que incumbe al Estado y a los particulares de tratar de igual modo a quienes se encuentran en una idéntica situación. La igualdad, señala el Tribunal Constitucional del Perú,

además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato. La igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.¹⁰

Estas precisiones implican dos categorías jurídico-constitucionales: diferenciación y discriminación. En principio,

la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.¹¹

Cuando se hace referencia a situaciones de discriminación, hemos afirmado antes, se suele dirigir la mirada a colectivos históricamente marginados. No obstante, en la sociedad contemporánea, tanto por influencia del liberalismo como del marxismo, se tiende a considerar al ser humano como un *homo economicus*, que prefiere las actividades lucrativas porque resuelve su vida en clave económica.¹² Y éste parece haber sido el criterio de los grandes

o de cualquiera otra índole”. Por todas las demás, véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 20 y 21.

¹⁰ Expediente 0048-2004-PI/TC, fundamento jurídico (f.j.) 62.

¹¹ Expediente 0048-2004-PI/TC, f.j. 62. Este criterio ha sido reafirmado en innumerables sentencias. Véase, por todas, la del Exp. 03461-2010-AA, f.j. 3 a 5.

¹² Sobre la influencia de estas corrientes de pensamiento en el derecho del trabajo, remito a lo expuesto en Pacheco Zerga, L., “La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización”, *Asesoría Laboral*, núm. 235, 2010, pp. 19-30.

despachos al optar por la contratación civil de los abogados que no son socios —presumiendo que su mayor interés es obtener la máxima retribución posible— restando importancia al hecho de contratar en fraude de ley, lo cual además comporta una situación de injusticia, al privarlos de la protección social que les corresponde, con el agravante de que son, precisamente esos profesionales, quienes tendrían que trabajar en pro de la justicia y la equidad en las relaciones sociales.

Interesa destacar que la dislocación social, que siguió a la mercantilización de las relaciones humanas del siglo XIX,¹³ trajo como consecuencia el surgimiento del derecho del trabajo, que fue una respuesta de los países occidentales ante la injusticia social, que devastaba a la clase trabajadora, que pasó a denominarse “proletariado”, porque lo único que tenía era su propia prole. El derecho del trabajo nació contracorriente y puso límites al capitalismo liberal; pero “su hegemonía duró pocos años, que se extienden desde finales de la década de los cincuenta hasta la década de los setenta del siglo pasado, con algunas variantes en determinados países”.¹⁴ Durante esos años articuló la vida social, dando origen, por ejemplo, al turismo, al gozar de descansos remunerados anuales pagados. Sin embargo, el fenómeno neoliberal de mercantilización ha logrado, ya en la década de los ochenta del siglo pasado, que se produjera el *retroceso* del derecho del trabajo al emplearse figuras del derecho civil para contratar servicios personales, en el afán de reducir costos y aumentar los beneficios de los empresarios.¹⁵ Los argumentos para sustituir las relaciones laborales por las civiles no son nuevos. En el caso de los abogados que prestan servicios en los bufetes de abogados, mediante contratos civiles, es necesario confrontar si esa modalidad se corresponde con la realidad o si más bien responde a un afán de lucro, que pretende desligarse de las obligaciones sociales que conlleva la calidad de empleador para aumentar la rentabilidad de la empresa, en este caso, del despacho jurídico.

En este marco, es necesario volver los ojos a la institución madre del derecho laboral, que fue, y sigue siendo, el contrato de trabajo, porque, gracias a él, surgen por mandato de la ley unas relaciones jurídicas, que son impensables en el ámbito civil. Me refiero a las cuatro relaciones inherentes a la celebración del contrato de trabajo, y que permitieron al trabajador subordinado superar la simple “condición” de asalariado y adquirir el “estatuto” de traba-

¹³ Castel, R., *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. Jorge Piatigorsky, Paidós, 1995.

¹⁴ Pacheco Zerga, L., *La naturaleza del contrato de trabajo*, núm. 22.

¹⁵ Un desarrollo más amplio de este tema puede encontrarse en *ibidem*.

jador asalariado.¹⁶ La diferencia estriba en que la “condición” carece de específica relevancia jurídica porque no existen normas generales que la protejan y regulen.¹⁷ Mientras que el “estatuto” se configura por una protección jurídica “blindada”, que somete a sus disposiciones a la autonomía de la voluntad.¹⁸ Por esta razón, el contrato de trabajo se ha convertido en un instrumento de protección social que permite al asalariado gozar de un reconocimiento jurídico-social.

Esas cuatro relaciones jurídicas, a las que me he referido en anterior oportunidad —y recojo a continuación—, son:¹⁹

- a) *De cambio*. Si bien el contrato de trabajo no se reduce a una simple relación de cambio, tampoco puede negarse la existencia de relaciones propiamente contractuales. La razón es simple: la esencia del contrato radica en *comprometer al trabajador en una serie de relaciones personales*, en las que tiene particular importancia el deber de actuar de buena fe, por lo que no es lícito reducirlo a las reglas de los negocios patrimoniales.²⁰ Esas relaciones se materializan con la incorporación del trabajador al negocio o empresa del empleador.²¹ Originan tanto los deberes personales (poder de dirección y disciplinario versus obediencia) como los patrimoniales (remuneración versus prestación del trabajo) y las facultades para extinguir la relación en caso de incumplimiento o imposibilidad de continuar con ella (despido/renuncia/causas objetivas que justifican el cierre de la empresa).
- b) *De participación*. Teniendo en cuenta que generalmente el contrato se ejecuta en la organización de una persona jurídica, las normas laborales establecen unas vinculaciones jurídicas, que permiten al conjunto de trabajadores “el derecho a intervenir en la organización de la empresa, compartiendo con el empresario facultades tradicionalmente reservadas

¹⁶ Montoya Melgar, A., *Derecho y trabajo*, Madrid, Civitas, 2014, pp. 268-270.

¹⁷ En una locación de servicios los derechos se limitan a los pactados en el contrato: las normas del Código Civil del Perú son carácter supletorio. *Cfr.* artículos 1767 y 1768 del Código.

¹⁸ García de Haro, R., *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Madrid, Rialp, 1963. Este autor desarrolla esta metamorfosis con detalle.

¹⁹ Pacheco Zerga, L., *La naturaleza del contrato de trabajo*, pp. 10-30.

²⁰ García de Haro, R., *La posición jurídica*, p. 55.

²¹ Sea éste persona natural o jurídica. *Cfr.* artículo 17 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral del Perú (LPCL). En similar sentido se expresa el artículo 1o. del Estatuto de los Trabajadores de España: “Esta ley se aplicará a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

a éste”.²² De allí que puedan y deban participar en órganos empresariales de gestión o consulta y acceder a información de tipo reservado en determinados supuestos.

- c) *De tutela*. Son las que se establecen entre el trabajador y el Estado, sea directamente o por intermedio del empresario. Regulan aspectos sustanciales del orden social, como son los deberes y derechos en materia de prevención de riesgos laborales, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, créditos laborales, derechos previsionales, formación profesional y actividad sindical, con los consiguientes derechos colectivos.
- d) *De solución de conflictos*. Las situaciones de controversia o disidencia entre empresarios y trabajadores se solucionan por medio de instituciones procesales o extraprocesales, como el arbitraje, la conciliación y la mediación, la convención colectiva, la huelga y el cierre patronal.²³ Esta formalización es de orden público, y se tiene acceso a ellas por mandato de las normas específicas que corresponden a cada institución, pero que resultaría ocioso enumerar en esta oportunidad.

Estas relaciones jurídicas no se originan en el ámbito del trabajo independiente ni en el de las relaciones comerciales entre empresarios, sean éstos personas naturales o jurídicas, puesto que la relación que éstas originan no afecta directamente el ámbito *personalísimo* de libertad y dignidad de la persona, que sí se compromete en el laboral, y que, por mandato constitucional, exige una protección particular de parte del Estado.²⁴

Tenemos entonces que celebrar, en fraude de ley, contratos civiles de arrendamiento de servicios, cuando lo que corresponde es la contratación laboral; esto implica una discriminación injusta, que priva de una protección legal específica a cualquier trabajador. El derecho a la no discriminación exige no sólo evitar tratos humillantes, sino requiere reconocer la igual dignidad y, por tanto, dar a cada uno *lo suyo*,²⁵ lo que le corresponde de acuerdo con los derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

²² Montoya Melgar, A., *Derecho y trabajo*, p. 269.

²³ *Idem*.

²⁴ CPP: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado” (artículo 1o.). “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23,3).

²⁵ «Los preceptos del derecho son vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo» (*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*, Ulpiano, *Instituta*, D.1.1.10.1).

Lo que parece tan evidente en términos de discriminación por razón de género, de raza o cualquier otro supuesto, no lo es cuando se trata de la no discriminación en la contratación de profesionales de éxito, que perciben altos honorarios y tienen un sólido prestigio profesional. Aparentemente, de este modo se compensa la falta de protección social que les correspondería si se reconociera el carácter laboral de la prestación. Sin embargo, al margen de la distorsión que implica el admitir como válido un contrato de arrendamiento de servicios, cuando en realidad se está celebrando uno de tipo laboral, lo más importante es que, además de negarles a esos profesionales los derechos que nacen del deber de tutela del Estado, que se materializa a través del empleador, su actividad contribuye —al no profundizar en la incoherencia ética de esta práctica— a extender las redes de corrupción que esos mismos profesionales combaten, cuando la advierten en otras organizaciones, en particular, en la administración pública.

Corresponde, por tanto, analizar a continuación si los servicios que prestan los profesionales del derecho en los estudios jurídicos son de tipo independiente o dependiente, para luego justificar si la contratación fraudulenta de este tipo puede ser calificada como corrupción.

III. LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LOS ABOGADOS EN LAS FIRMAS LEGALES DEL PERÚ

La abogacía es una típica profesión liberal, que se realiza con independencia y libertad, de acuerdo con sus antecedentes romanos de las *operae liberales*. Los abogados gozan de libertad de patrocinio y de independencia en su ejercicio.²⁶ Esa libertad les permite aceptar o rechazar un patrocinio sin tener que justificar la decisión, así como renunciar a él, en cualquier fase del procedimiento, siempre y cuando no produzca la indefensión del cliente. La independencia en el ejercicio de la profesión significa que al asumir el patrocinio no se constituye en aval o simpatizante de las ideas políticas, económicas, sociales o morales del cliente, y que será el abogado quien elija la estrategia y los fundamentos jurídicos aplicables a cada caso. En definitiva, el abogado goza de total autonomía para dirigir los casos que acepte patrocinar, y debe actuar

²⁶ *Código de Ética del Abogado*, Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, Ica, 2012, disponible en http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdfhttp://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf.

siempre con responsabilidad y diligencia, y cumplir con los deberes de información, confidencialidad, lealtad y demás deberes establecidos en el Código de Ética del Abogado.²⁷

A fines del siglo XIX se constituyó en Lima el primer “despacho” o “estudio jurídico”, también denominado “bufete”.²⁸ Sin embargo, fue en el siglo XX cuando el ejercicio asociado de la profesión ganó más adeptos: algunos eran socios y otros, no: éstos trabajaban bajo la dirección de aquéllos. Paralelamente, los abogados patrocinaban individualmente causas para empresas, en las que eran contratados mediante contratos civiles de locación de servicios, no obstante hacerlo en forma subordinada y personal. De este modo, se encontraban en situación de desventaja frente a los demás trabajadores de esas empresas. Algo similar ocurría con otros profesionales liberales, como médicos, arquitectos, etcétera, ya que tampoco se les reconocían los beneficios de la legislación laboral, y sólo percibían lo pactado en el contrato de arrendamiento de servicios, aduciendo el carácter liberal o independiente de estas profesiones.

Esta discriminación empezó a ser corregida en 1962, al promulgarse una ley que permitió incluir en los beneficios de la legislación laboral tanto a los abogados como a los médicos, odontólogos, farmacéuticos, ingenieros, obstetricias y médicos veterinarios cuando prestaran sus servicios a personas naturales o jurídicas concurriendo diariamente a las oficinas del empleador y recibieran una remuneración fija, sin importar el plazo del contrato.²⁹ De cumplirse con estos requisitos, los abogados —al igual que los otros profesionales mencionados— tenían derecho a determinados beneficios sociales; en concreto, a una compensación por tiempo de servicios,³⁰ recurrir a un tribunal arbitral para solucionar conflictos sobre dicha compensación, subsidios en caso de enfermedad, una póliza de seguro de vida y una pensión de jubilación.

Cuatro años más tarde, se modificó la legislación, para reconocerles no sólo estos derechos, sino toda la protección social propia del régimen labo-

²⁷ Artículo 12.

²⁸ El Bufete Olaechea fue fundado en 1880. *Cfr.* disponible en: <https://www.esola.com.pe/>

²⁹ Ley 13937, derogada en 1996 por la segunda disposición derogatoria y final del Decreto Legislativo 857.

³⁰ La compensación por tiempo de servicios es una institución oriunda del Perú, que funciona como una suerte de seguro de desempleo, mediante aportes semestrales que realiza el empleador, en una entidad del sistema financiero, con base en la remuneración y trabajo efectivo prestado por el trabajador. Estos depósitos eran intangibles originalmente, pero ante diversas crisis económicas, como la originada por la pandemia, se ha autorizado su retiro, aunque el trabajador no haya cesado en el empleo. *Cfr.* Decreto Legislativo 650 y normas conexas.

ral cuando prestaran “servicios a personas naturales o jurídicas, cualquiera que sea el objeto o fines de éstas, o instituciones sostenidas o dependiente de aquellas, en el propio centro de trabajo o fuera de él, con o sin horario establecido y siempre que la remuneración que perciban por sus servicios sea periódica”.³¹ No obstante, los bufetes jurídicos mantuvieron la contratación civil de los abogados que integraban los despachos, alegando que se trataba de un ejercicio asociado de la profesión porque mantenía su carácter independiente.

Estas conquistas sociales fueron derogadas en 1995, cuando el Congreso de la República realizó una interpretación auténtica de la ley promulgada en 1962, a la que antes hemos hecho referencia,³² según la cual no se originaba una relación laboral cuando los abogados prestaban servicios en la forma descrita en la norma, es decir, cuando recibían el pago periódico de una remuneración. Sin embargo, contradictoriamente, reconocía que tenían derecho a la compensación por tiempo de servicios y al seguro de vida, que son beneficios exclusivos del régimen laboral de la actividad privada. Además, confirmó la interpretación que venían haciendo los despachos de abogados, de considerar que el ejercicio asociado o colectivo de esa profesión “sea cual fuere su organización, no genera una relación o contrato de trabajo”.³³

Resulta indiscutible que el ejercicio asociado de la profesión, cuando se presta en calidad de socio, no genera subordinación; pero la mayoría de los abogados que prestan servicios en estas organizaciones no son socios de éstas. Por tanto, es necesario identificar si el trabajo que realizan lo ejercitan de forma independiente o dependiente, ya que éste es el elemento que permite distinguir entre una relación civil y una laboral.

En la actualidad, los abogados que laboran para cualquier empresa u organización en el Perú se insertan en su estructura organizativa celebrando un contrato de trabajo cuando prestan sus servicios en forma personal, remunerado y subordinada.³⁴ Por esta razón, se encuentran con similares derechos a los demás trabajadores. La única diferencia que puede establecerse dentro

³¹ Ley 15132, “Ampliatoria y aclaratoria de la Ley Núm. 13937”, que fue derogada en 1996 por la segunda disposición derogatoria y final del Decreto Legislativo 857.

³² Leyes 13937 y 15132.

³³ Cuarta disposición complementaria, transitoria, derogatoria y final de la Ley 26513 “Ley de Fomento del Empleo”. Es ésta una disposición que evidencia que muchas veces las normas no obedecen a razones de bien común, sino a intereses particulares de grupos de poder.

³⁴ *Cfr.* el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, recogido en el Decreto Supremo 003-97-TR, artículo 4o.

del régimen laboral común es la de contratarlos como personal de confianza o de dirección,³⁵ en cuyo caso, si son despedidos por retiro de confianza no pueden solicitar la readmisión en el empleo.³⁶

En cambio, al trabajar para otro abogado, titular de un despacho jurídico, la práctica sigue siendo la de un acuerdo verbal o escrito para celebrar un contrato de locación de servicios, en el que se fijan las condiciones de retribución, descanso y demás obligaciones que asumen ambas partes al ser incorporadas al bufete. Existe un tácito acuerdo entre las grandes firmas de abogados, de mantener este sistema, al que los jóvenes abogados no pueden oponerse, porque pondrían en riesgo su desarrollo y prestigio profesional en el medio jurídico.

El Tribunal Constitucional del Perú ha establecido que para determinar si la contratación es de naturaleza civil o laboral es necesario

evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplezada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración al demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.³⁷

³⁵ El artículo 43 del D. S. 003-97-TR define al personal de dirección como “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Y a los de confianza, como los “que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

³⁶ Sobre los cambios en la jurisprudencia peruana en torno al derecho a reposición y/o a indemnización por despido arbitrario del personal de dirección o confianza, véanse, por todos, Toyama Miyagusuku, J.; Merzthal Shigyo, M., “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis*, núm. 65, 2014, pp. 81-96.

³⁷ Exp. 03146-2012-PA/TC, fundamento jurídico 3.3.3. No comparto el criterio establecido en un aspecto: para determinar la naturaleza laboral de una relación jurídica no es suficiente un solo indicio: es indispensable valorar el conjunto de circunstancias.

Quienes estén familiarizados con el trabajo de los abogados en los estudios jurídicos probablemente hayan reconocido la mayoría, si no todos, de los rasgos antes enumerados. Es conocido que las labores que los abogados realizan en esas organizaciones son diversas: desde asesorar mediante informes verbales o escritos hasta defender los intereses de los clientes, sean personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, ante fueros administrativos o judiciales. Por otro lado, todos los bufetes tienen normas específicas sobre horarios, permisos, descansos, vestimentas y otros, que son de público conocimiento. Estos abogados son presentados a los clientes como integrantes del despacho; en consecuencia, queda en evidencia que la relación jurídica no es la bilateral, propia del ejercicio independiente de la profesión, es decir, la del cliente con su abogado, sino la del cliente con el despacho, que es el que asume la responsabilidad contractual. Sin embargo, el abogado responde por su mala praxis, con base en la responsabilidad extracontractual y por disposición expresa de la Ley Orgánica del Poder Judicial.³⁸

En todo caso, cuando un abogado pasa a formar parte de un despacho, los clientes que deseen emplear sus servicios —salvo en contadísimas ocasiones— no contratan con él directamente, sino con el despacho o con el socio titular del mismo, que generalmente factura con base en el tiempo empleado en atender sus requerimientos, y luego retribuye al abogado en cuestión.³⁹

Las labores que se le encargan a un abogado están definidas según el lugar que tengan en la estructura organizativa de los bufetes, que suele estar compuesta por tres niveles:⁴⁰

³⁸ La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en el artículo 8o: "...Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal". Véase también el artículo 9, inciso 4, del Reglamento del Procedimiento Disciplinario de los Órganos de Control Deontológico de los Colegios de Abogados del Perú, aprobado en la Asamblea General Ordinaria de la Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, realizada en la ciudad de Ica, el 14 de abril del 2012 y promulgado mediante Resolución de Presidencia de Junta de Decanos 002-2012-JDCAP-P, de la misma fecha.

³⁹ Sobre las consecuencias del tipo de organización societaria de las mejores firmas del Perú en relación con el reparto de utilidades, véase el segundo capítulo del trabajo elaborado por Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*.

⁴⁰ Las descripciones que se presentan a continuación son un resumen de la investigación ya citada: *cf. ibidem* 6-16. Esta realidad es corroborada por otros autores que, además, ponen de manifiesto que es una estructura común a la mayoría de estas organizaciones: "Las firmas de abogados en su formato más convencional han mantenido un modelo de negocio y una estructura organizativa con un patrón: muy similar en el Perú y el mundo. Se trata de estructuras con una marcada jerarquización donde los socios de la firma suelen tomar la gran mayoría de de-

- El inicial o primario: integrado por los asistentes, que atienden consultas de clientes, elaboran informes, solicitudes y redactan escritos para los procesos judiciales. La mayor parte de las tareas que se les asignan deben tener el visto bueno de la categoría inmediatamente superior, que es la del abogado *junior*. Por tanto, quienes prestan servicios en este nivel no tienen autonomía ni independencia en el ejercicio de la profesión.
- El intermedio: está formado por los abogados denominados “asociados”, que pueden tener la calificación de *junior*, *senior* o principal. A su vez, ellos trabajan bajo la supervisión directa de los socios del área correspondiente. La tarea del asociado *junior* es revisada por el asociado *senior*; y la del *senior*, por el principal. Es importante destacar que la calidad de asociado no implica una efectiva participación en la propiedad de la sociedad, sino únicamente un cambio de nomenclatura. En consecuencia, todos los abogados que se encuentran en este nivel, si bien dirigen el trabajo de quienes se encuentran en el inicial, a su vez son totalmente dependientes de los socios, que son los jefes de cada área.
- En el tercer nivel se encuentran los socios, que pueden ser capitalistas o industriales. Los primeros tienen una cuota de propiedad, participan en los beneficios una vez deducidos los gastos, según dicha cuota de propiedad, y los segundos son los que aportan su trabajo y, a su vez, tienen una participación en el capital.⁴¹ Son ellos los que definen las políticas y, en general, la actividad de los despachos, su desarrollo comercial; tienen la última palabra en las contrataciones del personal, en general, y de los abogados, en particular. Inclusive, cada vez es más frecuente encontrar un socio administrador o *Managing Partner*, que combina las funciones propias de abogado con la gestión administrativa de la firma.⁴² De hecho, los que conforman este nivel sí ejercen en forma independiente la abogacía, y únicamente les liga al estudio jurídico un vínculo societario, no subordinado.

Los demás abogados asumen los casos y clientes que les asignan en el despacho. Además, la conducción de los procesos está limitada por la supervi-

ciones vinculadas al trabajo legal, así como al desarrollo comercial de la firma”. Montezuma Panez, Ó., “Innovación legal, *Legaltech* y el abogado en su laberinto”, *Themis*, 2019, pp. 383-397.

⁴¹ Para más detalles se puede consultar la tesis de Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*, segundo capítulo.

⁴² Montezuma Panez, Ó., “Innovación legal”, pp. 383-397. El análisis que realiza el autor, desde la revolución digital que experimenta el mundo, rompe moldes sobre la concepción del trabajo de los abogados.

sión del abogado *junior*, *senior*, principal o socio, según el nivel que ocupen en la organización de la firma, ya que son estos últimos quienes fijan los plazos y la estrategia para la solución de los casos.⁴³

La promoción de una categoría a otra se encuentra directamente relacionada con el nivel académico y el desempeño en las labores encomendadas, que a su vez se miden en relación con la facturación de servicios a los clientes y la eficiencia en las labores encomendadas.

Mención aparte merece el sistema de retribución, que es medular en la organización de las firmas legales: la retribución se realiza con base en tarifas fijadas por hora de producción intelectual. Esta forma de remuneración nació en el ámbito del trabajo manual (el destajo), y en 1943 fue incorporado al sistema de retribución de los abogados en Estados Unidos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, por un estudiante llamado Reginald Heber Smith. Él creó los denominados *time reports* o *time sheets*, pero como una herramienta contable y no para estimar los honorarios (*pricing*). Sin embargo, el sistema se extendió rápidamente a todo el país y al resto del mundo occidental.⁴⁴ Hasta ese momento los abogados habían cobrado sus servicios con base en tarifas fijadas por tribunales y la ABA (American Bar Association); pero la facturación por hora tuvo una rápida acogida a partir de la década de los cincuenta, al punto que cuando en 1970 la Corte Suprema prohibió las antiguas tarifas, en la práctica ya no se empleaban, y fue una decisión rezagada frente al uso social.⁴⁵ De hecho, esta práctica se ha generalizado en Occidente, y es la métrica más usual en la mayoría de los despachos, en especial de las grandes firmas,⁴⁶ que pueden pagar el íntegro de la remuneración mediante comisiones y/o bonos o una parte con un monto fijo y la otra, variable.

⁴³ De acuerdo con las declaraciones recibidas por los abogados de los bufetes, en algunos casos necesitan un visto bueno, un doble *check* o aprobación o dar cuenta de sus quehaceres, asimismo los recursos e informes son revisados por el socio de su área. *Cfr.* Rivera Vitonera, G., *Naturaleza jurídica de la contratación*, pp. 6-16.

⁴⁴ Baker, R., *He (Modern) Father of the Billable Hour and Timesheet*, vol. 2021, núm. 16, abril, 2009, disponible en: https://www.verasage.com/verasage-institute/blog/the_modern_father_of_the_billable_hour_and_timesheet, la traducción es personal.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Por eso, se ha podido afirmar con relación a la extensión de este sistema, que “derivaciones posteriores han elevado esta métrica a la categoría de «dogma» en el mundo legal, y su uso es aún muy difundido en cualquiera de sus dos modalidades, como indicador interno de medición del rendimiento del equipo y/o como métrica para el cálculo de honorarios”. Montezuma Panez, Ó., “Innovación legal”, pp. 383-397.

Una demanda que corrobora lo afirmado hasta este momento fue presentada ante un juzgado laboral por un abogado asociado, que trabajó durante doce años para un conocido bufete de Lima, como especialista en derecho del trabajo.⁴⁷ El bufete estaba organizado como sociedad civil según la Ley General de Sociedades, y se había fusionado en 2015 con otros de Chile, Colombia y España. En la demanda adjuntaba pruebas del pago mensual de una cantidad fija de dinero por los servicios prestados, en una cuenta denominada “pago de haberes”, en la que también le abonaban bonos y comisiones. Acreditaba haber reportado y coordinado sus acciones con el jefe del área laboral del bufete, que era uno de los socios del despacho. Además, con diversos documentos, puso en evidencia que existía una línea de carrera, con evaluaciones y niveles en la jerarquía organizacional, hasta alcanzar la calidad de socio.

Asimismo, demostró que el despacho llevaba un registro especial exigido por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT), denominado “cuarta-quinta”, que es empleado por los despachos jurídicos y otras empresas para incluir como prestadores de servicios independientes a personas que han celebrado contratos de locación de servicios normados por la legislación civil, pero el servicio lo prestan “en el lugar y horario designado por quien lo requiere y cuando el usuario proporcione los elementos de trabajo y asuma los gastos que la prestación del servicio demanda”.⁴⁸ La denominación “cuarta-quinta” se refiere a las categorías del impuesto a la renta, que son cinco:⁴⁹ la cuarta se origina en las rentas de trabajo prestado en forma independiente, y las de quinta, en forma dependiente. Este registro exigido por la SUNAT, cuando se da el supuesto antes mencionado, permite a esa institución acotar el impuesto, aunque no se pronuncie sobre el carácter

⁴⁷ Exp. 0000979266-2019-EXP-JR-LA, iniciado el 8 de noviembre de 2019.

⁴⁸ Texto Único Ordenado (T.U.O.), Ley del Impuesto a la Renta del Perú (Dec. Leg. 774), artículo 34.

⁴⁹ “Para los efectos del impuesto, las rentas afectas, de fuente peruana, se califican en las siguientes categorías: (encabezado modificado por el artículo 5o. de la Ley núm. 27804, publicada el 2 de agosto de 2002):

- a) Primera: Rentas producidas por el arrendamiento, subarrendamiento y cesión de bienes.
- b) Segunda: Rentas del capital no comprendidas en la primera categoría.

Inciso sustituido por el Artículo 7o del Decreto Legislativo núm. 972, publicado el 10 de marzo de 2007, vigente desde el 1 de enero de 2009.

- c) Tercera: Rentas del comercio, la industria y otras expresamente consideradas por la Ley.
- d) Cuarta: Rentas del trabajo independiente.
- e) Quinta: Rentas del trabajo en relación de dependencia, y otras rentas del trabajo independiente expresamente señaladas por la ley”. *Ibidem*, artículo 22.

laboral del servicio. No obstante, como es fácil advertir, la forma en que se prestan los servicios evidencia la subordinación del mal denominado “locador”. De hecho, en los tribunales de justicia este registro es una prueba de dependencia.

En la demanda que estamos comentando se invocó la aplicación del principio de primacía de la realidad⁵⁰ con base en todos los supuestos de hecho demostrados, aduciendo que se había celebrado un contrato de trabajo a plazo indeterminado, bajo la apariencia de un contrato civil de locación de servicios. La cantidad y calidad de las pruebas presentadas por el demandante hacían presagiar que también en este caso se aplicaría dicho principio. Sin embargo, probablemente por la suma demandada, que superaba el millón de dólares,⁵¹ las partes llegaron a un acuerdo extrajudicial, y no hubo un pronunciamiento de los tribunales que hubiera constituido un precedente muy importante en el reconocimiento del carácter laboral de estas relaciones jurídicas y de la discriminación contractual que implica su contratación fraudulenta.

IV. LA CONTRATACIÓN FRAUDULENTE: UNA CORRUPCIÓN SOCIALMENTE ACEPTADA

Lo expuesto hasta el momento pone en evidencia que los servicios que prestan los abogados que no son socios en los bufetes se realizan en forma personal, subordinada y remunerada. Sin embargo, como decíamos antes, existe un pacto tácito de mantener la contratación bajo el ámbito civil: la aceptación de este régimen se confirma al comprobar que sólo existen dos pronunciamientos de los tribunales peruanos sobre este tema, ninguno de los cuales profundiza en la discriminación que implican estas contrataciones contrarias al principio de igualdad de trato y oportunidades.

La primera de esas sentencias resolvió la demanda presentada por un abogado que había laborado como abogado y gerente de una filial de un conocido bufete jurídico de Lima.⁵² El demandante, cuando pusieron fin a sus servicios, solicitó el reconocimiento de los derechos laborales que le correspondían por todo el tiempo que había laborado para esa firma. El juzgado aplicó el principio de primacía de la realidad, al haberse probado la existencia de los elemen-

⁵⁰ “En caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”, Ley 28806, artículo 2o.

⁵¹ Exactamente S/. 4'320,106.06.

⁵² Para mayores detalles remito a Rivera Vitonera, G., *La naturaleza jurídica*, pp. 54 y 55.

tos propios de la relación laboral y amparó la pretensión del demandante. La sentencia fue apelada con el argumento de que entre los profesionales (abogados, para el caso) y las sociedades que los albergan no existía relación laboral. Sin embargo, a criterio de la Corte Superior, al haberse probado que el abogado desempeñó funciones gerenciales, que ejerció conjuntamente con sus servicios como abogado, se había configurado una verdadera relación laboral conforme a lo establecido en el artículo 4o. del Decreto Supremo 003-97-TR (LPCL).⁵³ En resumen, la Sala confirmó que hubo relación laboral, por sus actividades como gerente; pero no analizó la subordinación con las que realizó las que correspondían a sus labores como abogado.

La segunda sentencia se originó por la demanda presentada por un abogado asociado *senior* de un estudio,⁵⁴ que prestó servicios en dos periodos de tiempo, con un intervalo de seis meses, el primero como asociado⁵⁵ y el segundo como socio.⁵⁶ La pretensión fue el pago de los beneficios sociales reconocidos por la legislación laboral y la indemnización tasada por despido arbitrario. En este caso, por aplicación del principio de primacía de la realidad,⁵⁷ la relación jurídica fue calificada por la Corte como laboral mientras fue abogado asociado *senior*. En cambio, al no haber aportado pruebas suficientes para desestimar su calidad de socio durante el segundo periodo, no se le reconocieron derechos laborales por ese lapso de tiempo.⁵⁸ Lamentablemente, tampoco en este caso los magistrados profundizaron en la violación del principio de no discriminación en materia contractual.

En ambos casos esta forma de contratación violenta el sentido de justicia y lleva a admitir como conforme a derecho una situación que no lo es, debilitando así la responsabilidad social específica que corresponde a los abogados por su profesión, que es la de “cumplir las normas legales”,⁵⁹ y, de acuerdo

⁵³ Exp. 2331-2011-0-1601-JR-LA-04, fundamento jurídico décimo tercero.

⁵⁴ El bufete era el mismo de la anterior sentencia. Véase Rivera Vitonera, G., *La naturaleza jurídica*, pp. 56 y 57.

⁵⁵ Reitero que la calificación de “asociado”, cuando es empleada por las firmas legales, es un término que no tiene verdadera connotación jurídica, porque no implica un vínculo asociativo, ya que éste se reserva a los socios.

⁵⁶ Del 15 de junio de 1996 al 28 de noviembre de 2000 y del 31 de julio de 2001 al 5 de mayo de 2008.

⁵⁷ De acuerdo con el principio de primacía de la realidad, “en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados” (Ley 28806, artículo 2.2).

⁵⁸ Exp. 089-2009-0-1801-JR-LA-07, considerando décimo cuarto, acápite E.

⁵⁹ Ministerio de Justicia, Estatuto General de la Abogacía Española Real Decreto 658/2001,

con el Código de Ética, no desviarse “en ningún caso del fin supremo de justicia a que la abogacía se halla vinculada”.⁶⁰

Esta incoherencia contradice frontalmente la misión de la abogacía, que como bien expone el preámbulo del Código de Ética del Abogado del Perú, tiene una función social al servicio del derecho y la justicia, siendo su objetivo esencial

la convivencia social de los hombres como fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general y cuya acción no se limita al solo éxito de la causa que patrocina o de la función que cumple en el órgano jurisdiccional o en una entidad pública o privada, sino que busca conseguir que la convivencia social sea fuente fecunda de paz, libertad, progreso y bienestar general, lo que implica cumplir deberes con la comunidad, con los colegas y consigo mismo, que si bien interesan a la propia dignidad, pero influyen de manera indirecta en el prestigio de esta noble profesión.⁶¹

Hay que tener presente que, de acuerdo con el Código Penal peruano, la corrupción en el ámbito privado se tipifica cuando un socio o representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita cualquier ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes, en la contratación de servicios.⁶²

de 22 de junio”, Consejo General de la Abogacía Española, vol. 658/2001, Madrid, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio 2001, 24913 a 24932, artículo 31 a), disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf> disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa, *Código de Ética del Abogado*, Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, Concordado y actualizado con jurisprudencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2019, disponible en https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF.

⁶² Artículo 241-B. “El socio, accionista, gerente, director, administrador, representante legal, apoderado, empleado o asesor de una persona jurídica de derecho privado, organización no gubernamental, asociación, fundación, comité, incluidos los entes no inscritos o sociedades irregulares, que directa o indirectamente acepta, reciba o solicita donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero para realizar

Es innegable que la contratación civil resulta menos onerosa para un empleador que la laboral. Por lo que, de hecho, quien represente a la firma y celebre un contrato de locación de servicios con un abogado, a sabiendas de que ejercerá la profesión en situación de dependencia, está obteniendo una ventaja o beneficio indebido para la firma legal y sus socios. Sin embargo, esta acción no se corresponde con la tipificada como el delito penal de corrupción, porque esa ventaja es sólo para quien emplea los servicios, y, en el caso de los estudios de abogados, éstos no buscan favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes ni en la contratación de servicio.⁶³

No obstante, el movimiento mundial que existe para que haya mayor transparencia en la marcha de las organizaciones exige que se defina “la línea roja que no se quiere sobrepasar o política de *compliance* respecto al riesgo de corrupción, de forma clara y precisa”.⁶⁴ Puede parecer irrelevante para efectos de esas políticas la modalidad de contratación de los abogados; pero si bien es cierto que no hay engaño entre las partes, el beneficio económico que se percibe es indebido, ya que se están desconociendo derechos irrenunciables, y quienes vulneran las leyes son, precisamente, los llamados a velar por su cumplimiento, por su particular deber de actuar con justicia.

Hay que tener en cuenta que la corrupción está presente tanto en países pobres como en los ricos. El 2001, que fue el del público descalabro de la empresa Enron,⁶⁵ “simboliza la nutrida colección de escándalos políticos, judiciales y empresariales acaecidos en las últimas décadas del siglo XX y primeros años del XXI en muchos países occidentales, democráticos y ricos, y supuestamente inmunes a defectos tan primitivos como la corrupción”.⁶⁶ Hoy en día los medios de comunicación dan cuenta de expresidentes que son condenados a

u omitir un acto que permita favorecer a otro en la adquisición o comercialización de bienes o mercancías, en la contratación de servicios comerciales o en las relaciones comerciales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años e inhabilitación conforme al inciso 4 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

⁶³ Artículo 241-A.

⁶⁴ Gil, R. y Ballesteros, E., “Corrupción privada en los programas de *compliance*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 935/2017, núm. 935.

⁶⁵ Enron Corporation fue una empresa energética con sede en Houston, que se hizo tristemente célebre porque, junto con su empresa auditora Arthur Andersen, realizó un fraude contable millonario, que ocultaba el pago de sobornos y el tráfico de influencias, así como cuantiosas pérdidas, que cuando se hicieron a la luz precipitaron su bancarrota, con más de 20,000 trabajadores a su servicio.

⁶⁶ Calderón Cuadrado, R. y Álvarez Arce, J. L., “Gobernabilidad y anticorrupción: lugar de la empresa en el debate”, *Empresa y Humanismo*, vol. X, núm. 2/07, 2007, pp. 13-41.

prisión por corrupción, ya sea en países en vías de desarrollo o de los que son miembros del G7, como es el caso de Carlos Menem⁶⁷ o Nicolás Sarkozy.⁶⁸ Asimismo, la percepción de corrupción en Italia es similar a la de Mali.⁶⁹

No obstante, hay que recordar que la corrupción no siempre se origina en los medios públicos: el caso Odebrecht en América Latina es un paradigma de cómo el sector privado corrompe al sector público. De hecho, existe unanimidad, empírica y testimonial, sobre la calificación de las empresas como *key participants*: ellas ofrecen “en la mayor parte de los casos, la oferta necesaria para que la demanda del burócrata o funcionario corrupto sea satisfecha y, por tanto, como señalan múltiples organismos internacionales y recogen los últimos documentos anticorrupción, son aliados necesarios y cruciales para luchar contra ella”.⁷⁰

El concepto de corrupción se asocia primordialmente al mal uso del dinero público: el Banco Mundial la define como “el abuso de un cargo público para obtener beneficios privados”.⁷¹ Sin embargo, desde la filosofía del derecho se define, con un análisis más riguroso, que en la corrupción confluyen tres elementos: *i*) alguien que tiene una relación fiduciaria respecto a un bien común, sea público o privado, que le ha sido encomendado; *ii*) esa persona realiza una acción que afecta al bien común, y *iii*) que mediante esa acción transfiera el bien de la esfera de lo común a lo privado individual.⁷²

Podemos afirmar entonces que la corrupción existe cuando un bien se emplea con una finalidad distinta a la socialmente prevista, y que ese cambio de finalidad lo realiza, precisamente, la persona en quien se confía lo usará de acuerdo con el bien común. Por eso, la corrupción se puede definir como “una lacra o hábito malo en el comportamiento ético de las personas, que ha tomado cuerpo sistémico en las relaciones sociales en y a través de la

⁶⁷ Fue condenado a tres años y nueve meses de cárcel por peculado. *Cfr.* disponible en: <https://www.aa.com.tr/es/pol%C3%ADtica/expresidente-argentino-carlos-menem-condenado-a-tres-a%C3%B1os-y-nueve-meses-de-pris%C3%B3n/1431956>.

⁶⁸ Quien fuera condenado, por corrupción, a tres años de prisión en marzo de 2021. *Cfr.* disponible en: <https://elpais.com/internacional/2021-03-01/condenado-sarkozy-a-tres-anos-de-prision-por-corrupcion-y-trafico-de-influencias.html>.

⁶⁹ Los dos países tienen la posición 51. *Cfr.* Transparencia Internacional, «Índice de percepción de corrupción», disponible en: https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf.

⁷⁰ Calderón Cuadrado, R. y Álvarez Arce, J. L., “Gobernabilidad”, pp. 13-41.

⁷¹ Banco Mundial, “Datos Básicos: la lucha contra la corrupción”, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet>.

⁷² Serna Bermúdez, P., “La corrupción como patología del bien común. El caso de Hong-Kong”, *Empresa y Humanismo*, vol. XII, núm. 1/09, 2009, p. 125.

función fiduciaria de la autoridad”.⁷³ Logra así un “trastorno social, una alteración de las relaciones de la vida en común causada por decisiones libres de personas”.⁷⁴ Más aún: no se trata de algo circunstancial, sino de “un hábito malo adquirido por repetición de actos y situaciones, que ha tomado cuerpo permanentemente en la sociedad como segunda naturaleza”.⁷⁵ Esta última afirmación parece exagerada, pero no lo es, porque los datos estadísticos demuestran que en los últimos años “una importante cantidad de países han hecho poco o ningún progreso contra la corrupción”.⁷⁶ Si bien es cierto que lo que se recomienda es poner mayores controles y limitar las inversiones de los grandes capitales en la política,⁷⁷ también es evidente que los controles no aseguran la integridad de las decisiones: se requieren decisiones personales capaces de vencer presiones externas e internas.

En consecuencia, es fundamental tener en cuenta que la corrupción es, fundamentalmente, “un problema ético, un vicio social de naturaleza moral que ha tomado cuerpo en el sistema social con dimensiones políticas”.⁷⁸ El análisis del fenómeno de la corrupción no puede reducirse a su dimensión económica, porque eso llevaría a conclusiones erróneas al perderse de vista su raíz: las decisiones libres que la originaron.⁷⁹

Las sociedades civilizadas se relacionan teniendo como criterios de actuación las leyes, que ordenan en forma justa la vida económica y asignan los recursos, configurando así las reglas sociales. Sin embargo,

a medida que la corrupción se extiende se llega a una situación en la que el sistema de orden definido por reglas formales, racionalizadas, coexiste con un esquema de asignación de recursos que contradice patentemente esas reglas; el sistema informal establecido con base en la corrupción termina asumiendo el papel que antes pertenecía exclusivamente al Estado.⁸⁰

Una vez realizadas estas precisiones, debemos analizar si es coherente calificar como corrupción la contratación civil de abogados en los estudios jurídicos, cuando realmente prestan sus servicios en forma subordinada, sustitui-

⁷³ *Ibidem*, p. 122.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 123.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Transparencia Internacional, «Índice de percepción».

⁷⁷ *Idem*.

⁷⁸ Serna Bermúdez, P., “La corrupción”, p. 125.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 128.

yendo —en la práctica— las normas laborales, que son las que corresponden, por las civiles, que reducen los beneficios a los pactados en el contrato. Al margen de que los derechos laborales sean irrenunciables y que sería posible, por la vía judicial, lograr el reconocimiento de esos derechos, lo fundamental en estos casos es que, quien contrata a los abogados, se entiende que es un representante del área de personal, cuya misión es velar por los derechos de quienes se vinculen con la organización. Y es precisamente esa persona, con una responsabilidad fiduciaria, la que modifica irregularmente la relación jurídica, forzando la figura contractual, aparentando que la relación se desarrolla por los cauces jurídicos que corresponden, cuando no es así. En consecuencia, el sistema informal, aceptado tácitamente por los despachos y la doctrina académica, sustituye en la práctica las normas que el Estado ha previsto para regular la prestación de servicios prestados en condiciones de subordinación.

En consecuencia, los tres elementos de la corrupción, antes aludidos, se encuentran en esta actuación: la persona con autoridad fiduciaria, la acción que modifica fraudulentamente la naturaleza de un contrato, logrando así un beneficio económico para la organización de la que es parte. Se puede objetar que no es corrupción, porque muchos abogados en ejercicio están de acuerdo con esta modalidad de contratación: puede ser, pero eso no cambia la naturaleza de las cosas ni de las relaciones jurídicas. De hecho, se priva a esos profesionales, así contratados, de beneficios como la protección de la seguridad social, la pensión de jubilación, seguro de vida, compensación por tiempo de servicios o por despido arbitrario, etcétera.

Puede seguir pareciendo exagerado calificar como “corrupción” a esta modalidad tan extendida en nuestro medio, porque es pacíficamente admitido en los círculos jurídicos y académicos. Sin embargo, sí se le puede aplicar, porque cuando un abogado es contratado para trabajar para un estudio no se encuentra en igualdad de condiciones para negociar y, al igual que le ocurre a cualquier otro trabajador respecto a su empleador, se pone a su disposición y depende de la oferta de trabajo que recibe.

La coherencia de quienes son autoridad en una organización es fundamental para que los círculos de honradez se extiendan por la sociedad y sean una suerte de revulsivo ante las posturas economicistas o desleales. Se ha dicho con acierto que

se trata de crear en la sociedad un ambiente en el que lo normal sea la virtud y la honradez, y lo excepcional sea la corrupción. Esto puede parecer una ingenuidad, pero es la clave que el mismo Aristóteles da para toda la filoso-

fía política: el gobierno de un pueblo debe estar dirigido a la virtud y eso es posible sólo si los que gobiernan están ellos mismos orientados a la virtud.⁸¹

La importancia de este tema se puede apreciar también en un hecho innegable: los jueces salen de las filas de los abogados. Y la falta de ética en el Poder Judicial del país lleva a que la desconfianza de la población en esa institución sea del 82,3%, según el último informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).⁸² Si bien no podemos afirmar que exista una relación de causa-efecto entre estos dos temas, tampoco podemos concluir que sea indiferente que los jóvenes abogados, desde que se inician en el ejercicio profesional, actúen, a sabiendas, contra las leyes vigentes, aunque no se trate de un delito. Es innegable que

la mejor forma de evitar la corrupción en el sistema judicial de una nación es formar jueces que amen y busquen la justicia en el desempeño de su función fiduciaria; cuando una proporción significativa de los jueces de una jurisdicción no son justos (es decir, no son virtuosos en lo que es específico de su función fiduciaria), esa sociedad sufrirá de corrupción endémica en el poder judicial, por mucha actividad fiscalizadora e investigativa que se realice.⁸³

En consecuencia, sí puede calificarse como *corrupción* la contratación civil de prestación de servicios personales, subordinados y remunerados, por tratarse de un negocio celebrado fraudulentamente, con el fin de ahorrar gastos —o incrementar las utilidades— de quien ofrece el empleo. Indudablemente, no puede compararse con la que se realiza a nivel de la administración pública, desviando grandes sumas de dinero, que pertenecen a todos los ciudadanos, para enriquecimiento ilícito de unos pocos; pero eso no convierte a esa práctica en ética ni en conforme a derecho, ni que contribuya a lograr que la honradez y transparencia sean lo propio de las relaciones sociales.

En la última encuesta publicada en el Perú sobre la actitud de los peruanos ante el fenómeno de la corrupción, la organización que la realizó acompaña un comentario, del que extraigo una parte que contiene un reto para el país y, de algún modo, para otros países de la región:

⁸¹ *Ibidem*, pp. 129 y 130.

⁸² Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), *Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones*, Informe Técnico octubre 2019-mayo 2020, disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf.

⁸³ Serna Bermúdez, P., “La corrupción”, pp. 121-188.

A pesar que la ciudadanía se muestra algo más intolerante con aquellas conductas que pueden calificarse como gran corrupción (que una autoridad elegida entregue contratos de grandes obras a empresas que financiaron su campaña o que un magistrado influya en decisiones de operadores de justicia de menor jerarquía, por ejemplo), *en ningún caso se registra un rechazo mayoritario y, más bien, sigue prevaleciendo una actitud ambigua que, en promedio, está en el orden del 68%, tanto frente a este tipo de conductas como a las de pequeña corrupción* (pagar una propina para evitar una multa o para agilizar un trámite) o transgresoras (no pedir recibo para evitar pagar el IGV). «*Quebrar la tolerancia a la corrupción es el gran desafío que tenemos como país, más allá de las investigaciones contra la gran corrupción*», señaló el director de Proética.⁸⁴

Quebrar la tolerancia a la corrupción, a cualquier comportamiento que no respete el orden social, ése es el desafío que tenemos que enfrentar, cada uno desde el lugar que ocupe en la sociedad. Formar círculos concéntricos de honradez, de compromiso social y ético, que vuelvan a unir el tejido social roto por la corrupción. Y la abogacía puede aportar mucho en esta tarea.

Por otro lado, si bien los abogados que acudan a los tribunales para reclamar por derechos laborales no reconocidos pueden obtener sentencias favorables, será muy difícil que lo hagan, por las razones expuestas. Se trata de un reto particular del Poder Legislativo, porque es necesaria una regulación que responda a la naturaleza específica de una profesión en la que se requiere compaginar la libertad y autonomía con la subordinación y tutela de los clientes, así como la obediencia al titular del despacho jurídico. No son suficientes unos fallos aislados; se requiere una respuesta integral para poner fin a un silencio cómplice, en la que la experiencia española puede servir de referencia.

V. LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DEL ABOGADO EN ESPAÑA

Para culminar estas líneas, comentaremos brevemente el caso de España, en donde la jurisprudencia abrió el camino para reconocer el carácter laboral de la relación jurídica que se entabla entre un abogado y un despacho, ya que cuando la judicatura comprobaba que los servicios se prestaban en forma

⁸⁴ El énfasis es añadido. International, Proética, “Capítulo Peruano de Transparency”, *XI Encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019*, disponible en: <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>.

personal, remunerada y subordinada y/o con exclusividad, los calificaba como laborales,⁸⁵ tal como ocurre en los países de América Latina.

Esta subordinación no es contraria al Estatuto General de la Abogacía Española, que en su artículo 27 regula el ejercicio individual, colectivo y multiprofesional del abogado, y dispone que la abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena, bajo régimen del derecho laboral, es decir, mediante un contrato de trabajo.

Sin embargo, al igual que ocurre hoy en día en el Perú, existía un abierto incumplimiento a estas disposiciones cuando se trataba de abogados-empleadores que contrataban los servicios de otros abogados. El itinerario hasta la calificación de relación laboral especial fue larga, y tuvo inicialmente algunas críticas, porque fue la Ley 22/2005, que regulaba cuestiones de fiscalidad de productos energéticos y electricidad, la que declaró como relación laboral de carácter especial la que surgía por la actividad profesional de los abogados que prestaran servicios retribuidos, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección del titular de la firma de abogados, individual o colectivo.⁸⁶

Esta declaración incluyó el mandato de establecer, mediante real decreto (RD), el régimen jurídico especial triangular, por la presencia del cliente, que es un tercero en la relación despacho-abogado-cliente.⁸⁷ En razón a ello, al cumplirse los doce meses otorgados por la Ley 22/2005, se aprobó el RD 1331/2006, del 17 de noviembre.⁸⁸ Este último precisó que el ámbito de apli-

⁸⁵ Una sentencia del Tribunal Supremo, que data del 8 de abril de 1942 reconoció que “debe comprenderse en el concepto de contrato de trabajo el convenido por un Banco con un abogado asesor para utilizar la competencia técnica de éste, bajo su dependencia y subordinación a cambio de una retribución mensual fija”.

⁸⁶ Ley 22/2005, del 18 de noviembre, por la que se incorporaron al ordenamiento jurídico español diversas directivas comunitarias en materia de fiscalidad de productos energéticos y electricidad, así como del régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes, y se reguló el régimen fiscal de las aportaciones transfronterizas a fondos de pensiones en el ámbito de la Unión Europea. Es decir, se trataba de una ley ajena al régimen laboral especial que creó.

⁸⁷ En el preámbulo del Real Decreto 1131/2006, del 17 de noviembre, expresamente se señala que “Las peculiaridades antes indicadas, que son inherentes al ejercicio de la profesión de abogado, proyectadas en el ámbito de los despachos de abogados en los que el cliente difiere de la persona del empleador, son las que hacen inviable la total o completa aplicación de la regulación laboral común contenida en el Estatuto de los Trabajadores a la relación laboral que se establece entre los abogados y los despachos”.

⁸⁸ Real Decreto (RD) 1331/2006, del 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

cación sería los bufetes de abogados, en los que aparece la mencionada relación triangular entre el titular del bufete jurídico, el cliente y el abogado.⁸⁹ Asimismo, que los abogados “deben cumplir las normas laborales que resulten de aplicación, además las normas que rigen la profesión, incluyendo las estatutarias, las éticas y deontológicas”.⁹⁰

Interesa subrayar que la Ley 22/2005 excluye de la relación laboral especial a los abogados que ejerzan la profesión por cuenta propia, individualmente o asociados con otros. Tampoco se incluyen las colaboraciones que se concierten entre abogados cuando se mantenga la independencia de los respectivos bufetes.⁹¹ Estas exclusiones fueron confirmadas por el RD 1331/2006, del 17 de noviembre, que atribuye la cualidad de empleador a quien sea el titular de la firma de abogados, sea éste individual o colectivo, o una persona física o jurídica.⁹²

El cliente, que juega un rol importante en la relación triangular, puede definirse como aquel que necesita proteger sus intereses jurídicos y derechos y que carece de medios, conocimientos o voluntad necesarios para hacerlo. En la relación laboral especial de abogacía el cliente no contrata directamente al abogado; lo hace por medio del titular de un despacho, que a su vez emplea abogados en régimen laboral especial para que los presten. El cliente mantiene una relación jurídica con el titular del despacho, y el abogado, vinculado al despacho por un contrato de trabajo, que es quien desarrolla efectivamente la actividad profesional.⁹³

La regulación abarca diversos aspectos del contrato de trabajo, desde su objeto, pacto de permanencia, jornada, descansos remunerados, horas extras, hasta lo relativo a su extinción, que va desde el mutuo disenso hasta el despido o la renuncia.⁹⁴ Asimismo, permite el ejercicio de los derechos laborales colectivos.⁹⁵

⁸⁹ RD 1331/2006, artículo 13.

⁹⁰ Véase preámbulo.

⁹¹ Disposición adicional primera de la Ley 22/2005, del 19 de noviembre de 2005.

⁹² Artículo 4o.

⁹³ RD 1331/2006, artículo 4o.

⁹⁴ Un detallado análisis de la regulación y decisiones de la judicatura ante problemas presentados en su aplicación se encuentra en Buendía Jiménez, J. A. *et al.*, “La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)”, en Sempere Navarro, Antonio V. *et al.* (coord.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, vol. II, Aranzadi & Thomson Reuters, 2011, pp. 527-586.

⁹⁵ Sin embargo, como ha sido destacado: “De 2006 a 2019 se constatan tímidos intentos de negociación de un convenio colectivo nacional. El sindicato de abogados SAICO lo intentó con resultado fallido. En Cataluña, con un grado de compromiso mayor y en referencia a su ámbito autonómico, se han realizado múltiples gestiones hasta principios de 2017, sin efecto”.

Interesa destacar las disposiciones de dos artículos del RD 1331/2006, del 17 de noviembre, que se refieren a los deberes del abogado con respecto al despacho en el que trabaja y los límites del poder de dirección de los titulares de los bufetes, que se transcriben a continuación.

Deberes del abogado con respecto al despacho en el que trabaja: por un lado, se establecen deberes de obediencia, pero con los límites que imponen los principios y valores de la profesión, del cumplimiento de sus obligaciones con buena fe y diligencia, el deber de capacitación, actualización, así como de mejorar la calidad de los servicios del bufete, con base en su propia mejora y, también, el compromiso de no realizar trabajos que impliquen una competencia desleal.⁹⁶

El otro precepto importante es el que delimita los alcances del poder de dirección de los titulares de los despachos jurídicos. En este sentido, si bien la norma les reconoce la potestad de organizar, planificar y dirigir el trabajo de los abogados, incluyendo la distribución de asuntos y controlando su desarrollo, se hace hincapié en que deben respetar la libertad e independencia de esos profesionales en su actividad, así como sus deberes éticos específicos.⁹⁷

Estos artículos del RD reflejan exactamente la realidad de la prestación de los servicios de los abogados en el Perú, que se ha analizado en el segundo apartado de este estudio. La diferencia estriba, como ya hemos comentado, en que en el Perú esa relación se califica como civil, siendo en realidad —como lo corroboran estas disposiciones— laboral. Comentario adicional merece la regulación que hace esta norma de dos aspectos básicos: el de la jornada y la extinción del contrato de trabajo.

El RD considera que el tiempo de trabajo de estos profesionales exige una regulación especial, porque “la realización de la actividad profesional de los abogados requiere, por parte de éstos, disponer de un mayor margen de flexibilidad en la utilización y distribución de este”.⁹⁸ Con base en este argumento establece que la jornada no debe superar la del ET, que es de cuarenta horas semanales, pero computada en forma anual.⁹⁹ En el caso peruano, se tendría que hacer referencia a la señalada en la Constitución, que fija la jor-

Gutiérrez Arrudi, *La contratación del abogado por abogado: convenio colectivo (II)*, 20 de julio de 2019, disponible en: <https://www.gutierrezarrudi.com/la-contratacion-del-abogado-por-abogado-convenio-colectivo-ii/>.

⁹⁶ Artículo 5.3.

⁹⁷ Artículo 6o.

⁹⁸ Exposición de Motivos, Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-20113>.

⁹⁹ Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.1.

nada máxima en 48 horas semanales.¹⁰⁰ En España, la norma dispone que esa jornada se concrete mediante pacto individual o colectivo para que, sin exceder el máximo legal, se haga “de tal manera que se asegure el servicio a los clientes y el cumplimiento de los plazos procesales”.¹⁰¹ En el Perú, una sentencia del Tribunal Constitucional estableció que el plazo máximo para verificar el cumplimiento del máximo constitucional, en el sector minero, era de tres semanas, teniendo en cuenta las dificultades climáticas, la alimentación y el desgaste que implica el trabajo en las minas, que es muy distinto al que se presta en el radio urbano, y, más aún, en el ámbito jurídico. Por tanto, nada impide una correcta distinción —no discriminación— que adecúe el cómputo al desgaste que ocasiona el trabajo de los abogados en relación con la jornada máxima de trabajo, considerando que el desgaste físico es mucho menor, pueda computarse en un plazo mayor, como podrían ser seis meses.

Finalmente, en lo que concierne a la jornada, de acuerdo con el RD, “se considerará tiempo de trabajo el tiempo que los abogados permanezcan en el despacho realizando actividades propias de su profesión y el que dediquen fuera del despacho para la asistencia y defensa de los clientes”.¹⁰² Esta precisión llevó a no computar los desplazamientos o esperas, salvo que durante ellos se realizaran actividades propias de la profesión, y delegó en los convenios colectivos establecer cuáles desplazamientos y esperas no se computarían para determinar la duración máxima de la jornada.¹⁰³ Sin embargo, el Tribunal Supremo (TS), en sentencia del 16 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 5991), consideró que esta disposición —el tercer apartado del artículo 14.1 del mencionado RD—

no resultaba acorde a los términos de la Directiva Comunitaria 2003/88 de ordenación del tiempo de trabajo, de forma que a partir de esta resolución el tiempo que un letrado emplea por el desempeño de sus funciones contará en las horas de trabajo, considerando el TS que siquiera a la alusión al

¹⁰⁰ Artículo 25: “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo. Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”. Una sentencia del Tribunal Constitucional, que tiene la calidad de precedente vinculante, ha establecido que, en el caso de los trabajadores mineros, para calcular el tope de 48 horas semanales, se debe establecer el promedio máximo en tres semanas de trabajo. *Cfr.* Exp. núm. 4635-2004-AA/TC.

¹⁰¹ Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.3.

¹⁰² Real Decreto 1331/2008, del 17 de noviembre, artículo 14.1.

¹⁰³ Buendía Jiménez, J.A. *et al.*, *La relación laboral especial*, pp. 570-572.

convenio colectivo permitía salvar su validez, ya que en ningún el tiempo de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 de la CE [Constitución de España], pueda dejar de computar a los efectos de determinar la jornada máxima de trabajo.¹⁰⁴

El último aspecto para resaltar es el de los descansos, vacaciones, fiestas y permisos, que por mandato del reglamento de este RD hay una remisión al Estatuto de los Trabajadores (ET), para determinar el régimen que corresponde. Se aplican, por tanto, a este régimen especial, las normas previstas para todo trabajador del régimen común o general.¹⁰⁵

En relación con la extinción del contrato de trabajo, es particularmente importante la previsión que ha realizado el RD de considerar, en el artículo 23.2 a), la pérdida de confianza como una causal suficiente y distinta al despido disciplinario. Esta disposición reconoce al titular del despacho la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo, en las condiciones previstas en el artículo 53, del ET, “cuando exista una manifiesta y grave pérdida de la confianza entre el abogado y al titular del despacho que tenga su origen en la actuación profesional del abogado o en su relación con los clientes y así se acredite por el titular del despacho”. Para que sea válido el acuerdo de extinción, se requiere “que en la comunicación que se haga al abogado consten con suficiente detalle las actuaciones profesionales o las relaciones con los clientes en que se base la pérdida de la confianza... y que el preaviso que se conceda al abogado tenga una duración de al menos 45 días” (artículo 22.3).

El Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social-sección 1a.) (TSJ) se pronunció en un caso en el que una abogada demandó al titular del despacho solicitando la readmisión en el empleo. El TSJ determinó que

el demandado ha dado el debido cumplimiento a todas las formalidades exigidas para proceder a la extinción del contrato al amparo del artículo 23.2 a) del RD 1331/06, ha acreditado en el juicio la realidad de los hechos que alega como motivadores de la grave quiebra de la confianza, y tales hechos, consistentes en que la actora presentó fuera de plazo la contestación a la

¹⁰⁴ El segundo párrafo del artículo 40 de la CE establece: “Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”.

¹⁰⁵ Artículos 37 y 38 del ET sobre trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo, disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/estatuto-de-los-trabajadores-articulo-37/> y sobre vacaciones anuales, disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/estatuto-de-los-trabajadores-articulo-38/>.

demanda de un procedimiento matrimonial de modificación de medidas, no preparó la demanda de un procedimiento monitorio que se le había encomendado y no informó de la situación de sus expedientes tras ausentarse del despacho el día 6 de marzo, justifican plenamente la extinción indemnizada del contrato por pérdida de confianza decidida por el demandado.¹⁰⁶

Este aspecto es fundamental, pues hay conductas que no se configuran como una causal que justifique el despido disciplinario, pero sí la extinción del contrato por pérdida de la confianza. El RD establece que, para su validez, el titular del despacho debe poner “a disposición del abogado, simultáneamente a la entrega de la comunicación, la indemnización de veinte días por año de servicio y la concesión de un preaviso de al menos 45 días”.¹⁰⁷ Esta previsión es importante, porque el trabajo de los abogados comporta

un mayor grado de autonomía, independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección del trabajo, la limitación de las facultades de dirección y control del trabajo de los titulares de los despachos en su condición de empleadores, mayores exigencias a los abogados en cuanto al cumplimiento de los deberes específicos de diligencia y confidencialidad y de los plazos que se establecen en las normas procesales, y un más estricto respeto entre los titulares de los despachos y los abogados de los principios de buena fe y recíproca confianza, como consecuencia del sometimiento de los abogados a las normas que rigen su profesión, además de las normas laborales.¹⁰⁸

Interesa destacar que la iniciativa legislativa tuvo su origen en

las inspecciones practicadas a inicios de 2004 en diversos despachos con objeto de comprobar si las condiciones laborales de los abogados que prestaban servicios en ellos eran conformes a la normativa laboral vigente. La Inspección de Trabajo y Seguridad Social comprobó que, en muchos casos, los abogados estaban vinculados a los despachos por medio de relaciones de naturaleza civil y mercantil cuando, en realidad, las condiciones de la prestación de servicios eran las propias de una relación de carácter laboral.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Sentencia 2363/2013 del 5 diciembre. JUR 2014\14326.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ *Idem.*

¹⁰⁹ Sempere Navarro, A. V., “La incorregible «Ley de acompañamiento» y el principio de igualdad (a propósito de la Ley 62/2003)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 608, 2004, pp. 2004 y 2045.

Resta, pues, que en el Perú, tanto la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) como la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) realicen la misma labor para que al poner a la consideración de la opinión pública la discriminación injusta que realizan unos abogados en perjuicio de otros abogados, se logre que el Congreso de la República corrija esta situación en forma integral. No se trata sólo de los intereses económicos de un gremio profesional; es mucho más lo que está en juego. En un país que desde hace décadas viene sufriendo el flagelo de la corrupción, resulta fundamental poner fin a cualquier forma de incoherencia ética, que logra beneficios económicos a costa de los derechos de quienes no tienen voz o capacidad negocial para cambiar su situación; las normas de *compliance* deben empezar “por casa”, si realmente se busca la transparencia y la honradez negocial.

ANEXO

LOS 50 MEJORES BUFETES JURÍDICOS DEL PERÚ DE ACUERDO
CON EL RANKING DE *LEADERS LEAGUE*, *CHAMBERS*
AND PARTHINERS Y *THE LEGAL 500* (2019)

Nro.	<i>Estudio jurídico</i>	R. U. C.	<i>Forma de constitución</i>
1	Ada Alegre Consultores	20514100684	S. A. C.
2	Allende & García	20392784480	S. CIVIL. R. L.
3	Arbe Abogados	20544346343	S. A. C.
4	Bafur	20100977037	S. CIVIL. R. L.
5	Barreda Moller	20101072453	S. CIVIL. R. L.
6	Barrera & Asociados	20544144716	S. CIVIL. R. L.
7	Bullard, Falla & Ezcurra	20471083144	S. CIVIL. R. L.
8	Carolina Oré Gómez & Asociados	20493400526	E. I. R. L.
9	Carrera, Pinatte & Baca Álvarez	20461677836	S. CIVIL. R. L.
10	Carrizales Infraestructura & Servicios Públicos	20415321652	S. CIVIL. R. L.
11	Clarke Modet & Co.	20256396000	S. A. C.
12	Casahierro Abogados	20505111118	S. CIVIL. R. L.
13	CMS Grau	20101093027	S. CIVIL. R. L.

<i>Nro.</i>	<i>Estudio jurídico</i>	<i>R. U. C.</i>	<i>Forma de constitución</i>
14	DCC Consultores	20511091803	S. A. C.
15	De Bracamonte, Haaker & Castellares Abogados	20544142004	S. CIVIL. R. L.
16	De la Puente Abogados	20507568409	S. A. C.
17	DLA Piper Pizarro Botto Escobar	20510886462	S. CIVIL. R. L.
18	Dentons Gallo Barrios Pickman Abogados	20535710695	S. CIVIL. R. L.
19	Echecopar	20510037562	S. R. L.
20	Espinosa Bellido Abogados	20293379344	S. CIVIL.
21	Estudio Jorge Avendaño Abogados	20547440995	S. CIVIL. R. L.
22	Estudio Aurelio García Sayán	20101057900	S. CIVIL. R. L.
23	Estudio Chehade & Abogados	20378816786	S. CIVIL. R. L.
24	Estudio de la Flor, García Montúfar, Arata	20459804219	S. CIVIL. R. L.
25	Estudio Gálvez Abogados	20298930391	S. CIVIL. R. L.
26	Estudio Linares Abogados	20346525895	S. CIVIL. R. L.
27	Estudio Monroy Abogados	20502562194	S. CIVIL. R. L.
28	Estudio Olachea	20110886196	S. CIVIL. R. L.
29	Estudio Valencia	20108092310	S. CIVIL. R. L.
30	Garrigues	20555113499	S. CIVIL. R. L.
31	Hernández & Cía.	20432295754	S. CIVIL. R. L.
32	Kresalja IP	20600367189	S. CIVIL. R. L.
33	Laub & Quijandria-Consultores y Abogados	20514853780	S. CIVIL. R. L.
34	Lazo, de Romaña & CMB Abogados	20510260041	S. CIVIL. R. L.
35	León e Iparraguirre Abogados	20601135214	S. A. C.
36	Miranda & Amado	20419020606	S. CIVIL. R. L.
37	Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera Abogados	20397795013	S. CIVIL. R. L.
38	Navarro Sologuren-Paredes-Gray	20294066421	S. A.
39	Navarro & Pazos Abogados	20492116433	S. A. C.
40	Osterling Abogados	20108001535	S. CIVIL. R. L.
41	Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados	20299704913	S. CIVIL. R. L.

Nro.	<i>Estudio jurídico</i>	R. U. C.	<i>Forma de constitución</i>
42	Pizarro, Botto & Escobar	20510886462	S. CIVIL. R. L.
43	Philippi Prietocarrizosa Ferrero Du & Uría	20111064394	S. CIVIL. R. L.
44	Priori & Carrillo Abogados	20515182251	S. CIVIL. R. L.
45	Rebaza Alcazar & De las Casas	20509289931	S. CIVIL. R. L.
46	Rubio Leguia Normand	20101056091	S. CIVIL. R. L.
47	Rodrigo, Elías & Medrano Abogados	20184778824	S. CIVIL. R. L.
48	Rodríguez García (2016)	20601715792	E. I. R. L.
49	Santiváñez Abogados	20526040954	S. A.
50	Thorne, Echeandía & Lema Abogados	20110689528	S. CIVIL. R. L.

VI. CONCLUSIONES

El principio de no discriminación en el ámbito laboral exige no sólo proscribir los tratos humillantes, sino toda conducta que vulnere la igualdad de oportunidades y de derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes.

Los abogados que trabajan para cualquier organización en forma personal, remunerada y subordinada son contratados bajo las normas del derecho del trabajo. Sin embargo, cuando los contrata una firma legal, deben celebrar un contrato de locación de servicios, que no les permite acceder a la tutela específica que otorga el Estado al trabajador dependiente, que comprende los derechos individuales y colectivos de trabajo, inherentes a la celebración del contrato de trabajo.

La celebración de estos contratos constituye una incoherencia ética, que constituye una discriminación contractual contraria al orden constitucional, que tanto los abogados socios como los que no lo son, conocen: saben que pactan en fraude de ley, por motivos económicos, vulnerando derechos reconocidos en la Constitución y en las leyes, lo cual constituye una forma oculta, pero nociva, de corrupción social.

La corrupción es un problema ético, un vicio social de naturaleza moral, que ha tomado cuerpo en el sistema social con dimensiones políticas. Se configura cuando un bien se emplea con una finalidad distinta a la socialmente prevista, y el cambio de finalidad lo realiza, precisamente, la persona en quien se confiaba le daría el adecuado, de acuerdo con el bien común. Formar a los jóvenes abogados y permitir que celebren contratos de servicios

fraudulentos contraría el sentido de justicia y el objetivo común de promover una conducta honrada, basada en el respeto a las leyes y al obrar con justicia. Los controles no aseguran la integridad de las decisiones; es necesario formar, con los hechos, en integridad, para vencer presiones externas e internas.

La experiencia española demuestra que no es suficiente que los juzgados resuelvan casos singulares; es necesario que el Estado intervenga, mediante la regulación estatal, para poner fin a una contratación discriminatoria e injusta, que perjudica a la sociedad entera, pues la acción de los abogados no se limita al éxito de la causa que patrocinen, sino que incide directamente en la convivencia honesta y pacífica de la sociedad. Se requiere una regulación especial, no sólo en torno a los derechos y deberes de los abogados que sean trabajadores y del titular del bufete, sino en particular a lo que se refiere a la extinción del contrato. Por desarrollar labores de confianza, que exigen un alto grado de autonomía en el ejercicio profesional, la pérdida de confianza debe incluirse entre las causas que justifiquen dicha extinción.

Para impulsar un clima de transparencia, las normas de *compliance* deben aplicarse también a las relaciones de los abogados con los bufetes jurídicos en los que trabajan.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAKER, Ron, *The (Modern) Father of the Billable Hour and Timesheet*, vol. 2021, núm. 16 de abril de 2009, <https://www.verasage.com/verasage-institute/blog/the-modern-father-of-the-billable-hour-and-timesheet>.
- BUENDÍA JIMÉNEZ, José Antonio *et al.*, “La relación laboral especial de los abogados en despachos de abogados (individuales, colectivos y multiprofesionales)”, en SEMPERE NAVARRO, Antonio V. *et al.* (coord.), *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, vol. II, Aranzadi & Thomson Reuters, 2011.
- CALDERÓN CUADRADO, Reyes, “Gobernabilidad y anticorrupción: lugar de la empresa en el debate”, *Empresa y Humanismo*, vol. X, núm. 2/07, 2007.
- CASTEL, Robert, *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, trad. Jorge Piatigorsky, Paidós, 1995.
- Código de Ética del Abogado*, Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, 2012, disponible en: http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdfhttp://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf.

- GARCÍA DE HARO, Ramón, *La posición jurídica del trabajador subordinado*, Rialp, 1963.
- GIL, Rocío y BALLESTEROS, Elena, “Corrupción privada en los programas de compliance”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 935, 2017.
- GUTIÉRREZ ARRUDI, Abogados laboristas, “La contratación del abogado por abogado: Convenio Colectivo (II)”, 20 de julio de 2019, disponible en: <https://www.gutierrezarrudi.com/la-contratacion-del-abogado-por-abogado-convenio-colectivo-ii/>, (consultado el: 22 de abril de 2021).
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA, “Perú: percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones”, *Informe Técnico*, Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), octubre de 2019-mayo de 2020, disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_de_gobernabilidad_may2020.pdf.
- INTERNATIONAL PROÉTICA. CAPÍTULO PERUANO DE TRANSPARENCY, “XI Encuesta Nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2019”, *Proética*, disponible en: <https://www.proetica.org.pe/contenido/xi-encuesta-nacional-sobre-percepciones-de-la-corrupcion-en-el-peru-2019/>.
- MINISTERIO DE JUSTICIA, “Estatuto general de la abogacía española”, Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, Consejo General de la Abogacía Española, vol. 658/2001, *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2001, disponible en: <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf><https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Estatuto-General-de-la-Abogacia-Espanola-1.pdf>, enero de 2021.
- MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y LIBERTAD RELIGIOSA, “Código de Ética del Abogado”, Dirección General de Justicia y Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, Concordado y actualizado con jurisprudencia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la PUCP, 2019, disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDFhttps://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/433747/CO%CC%81DIGO_DE_E%CC%81TICA_DEL_ABOGADO.PDF.
- MONTEZUMA PANEZ, Óscar, “Innovación legal, *Legaltech* y el abogado en su laberinto”, *Themis*, 2019.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho y trabajo*, Civitas, 2014.
- BANCO MUNDIAL, *Datos básicos: la lucha contra la corrupción*, Banco Mundial, disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/factsheet/2020/02/19/anticorruption-fact-sheet> (consultado el: 25 de agosto de 2021).

- PACHECO ZERGA, Luz, “La naturaleza del contrato de trabajo en el marco de la globalización”, *Asesoría Laboral*, núm. 235, 2010.
- RIVERA VITONERA, Gloria, “Naturaleza jurídica de la contratación de los abogados en los estudios jurídicos”, *Facultad de Derecho*, título de abogada, Universidad de Piura, octubre de 2019, disponible en: <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450><https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4450>.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V., “La incorregible «Ley de acompañamiento» y el principio de igualdad (a propósito de la Ley 62/2003)”, *Actualidad Jurídica Arançadi*, núm. 608, 2004, BIB 2004\2045.
- SERNA BERMÚDEZ, Pedro, “La corrupción como patología del bien común. El caso de Hong-Kong”, *Empresa y Humanismo*, vol. XII, núm. 1/09, 2009.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge Y MERZTHAL SHIGYO, Marilú, “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis*, núm. 65, 2014.
- TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Índice de percepción de corrupción*, 27 de agosto, disponible en: https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2020/01/CPI2019_Report_ES-WEB.pdf.