



UNIVERSIDAD PARTICULAR DE CHICLAYO
FACULTAD DE DERECHO Y EDUCACIÓN



TITULO

**“LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DE
EMPLEADOS Y OBREROS DE LA MUNICIPALIDAD DE NUEVA
CAJAMARCA Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS PERIODO 2018”**

TESIS

PARA OPTAR EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

BACHILLER:

JULIO CÉSAR VÁSQUEZ ROSALES

ASESOR:

Mg. JAVIER DÍAZ DÍAZ

Chiclayo- Per ú

2019

**“LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO DE
EMPLEADOS Y OBREROS DE LA MUNICIPALIDAD DE NUEVA CAJAMARCA
Y SUS IMPLICANCIAS JURÍDICAS PERIODO 2018”**

Tesis presentada por el Bachiller Sr. **Julio César Vásquez Rosales**, a la Facultad de Derecho y Educación de la Universidad Particular de Chiclayo, para optar el Título Profesional de Abogado.

Julio César Vásquez Rosales
Bachiller

Mg. Javier Díaz Díaz
Asesor

Aprobado por:

Dra. Flor Obregón Vara
Presidente

Mg. Damián Gonzales Estrella
Secretario

Mg. Flor de María Chuzón Jiménez
Vocal

DEDICATORIA

A mi Madre, que me dio la vida y la educación y su apoyo incondicional.

En general a mis Catedráticos, a quienes sin su apoyo no hubiese podido lograr la presente investigación.

Mi eterno agradecimiento a ellos hago la presente dedicatoria.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Particular de Chiclayo, especialmente a la Facultad de Derecho y Educación, por haberme acogido en sus aulas y contar con excelentes docentes quien han compartido sus experiencias y enseñanzas profesionales.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO	4
ÍNDICE.....	5
RESUMEN	9
ABSTRACT	10
1.- INTRODUCCIÓN.	11
1.1.-Planteamiento del problema.....	15
1.2.- Formulación del problema.	18
1.3.- Hipótesis.....	19
1.4.- Objetivos	19
2.- MARCO TEÓRICO.....	21
2.1.- Antecedentes	21
2.2.- BASES TEÓRICAS.....	22
SUB CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD	22
2.2.1.- CONCEPTO.....	22
2.2.2.- DEFINICIÓN.....	23
2.2.3.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN:.....	27
2.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.....	28
2.2.5.- PREMISA.	31
2.2.5.1.- Carácter Tuitivo del Contrato de Trabajo.	34
2.2.6.- CASOS EN QUE SE VIOLAN EL PRINCIPIO DE VERACIDAD.	35
a.- Los servicios no personales.	36

b.- Los Contratos Administrativos de Servicios.....	36
2.2.7.- VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.....	39
2.2.8.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:	40
SUB CAPITULO III: EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL PERU	43
2.3.1.- INTRODUCCIÓN.	43
2.3.2.- PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL	43
2.3.2.1.- Principio Protector:	44
a).- Regla "In Dubio Pro Operario":	46
b).- Regla de la norma más favorable:.....	46
c).- Regla de la condición más beneficiosa:	47
2.3.2.2.- Principio de la irrenunciabilidad de derechos:	48
2.3.2.3.- Principio de continuidad:	49
2.3.2.4.-Principio de la Primacía de la realidad:.....	50
2.3.2.5.- Principio de la razonabilidad:.....	51
2.3.2.6.- Principio de Buena Fe:	52
2.3.3.- CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO.	53
2.3.4.-SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.	53
2.3.4.1. El trabajador.-	53
2.3.4.2. El Empleador.-.....	54
2.3.5.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.	54
2.3.5.1.- Elementos Genéricos.-	54
2.3.5.2. Elementos Esenciales.-	54
2.3.5.2.1. Prestación personal de servicios.-.....	55
2.3.5.2.2. Subordinación.-.....	55
2.3.5.2.3. Remuneración.....	57
2.3.5.3 Elementos Típicos.-	58
2.3.6.- CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO.	59
2.3.7.- FORMALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.	59

2.3.8.- EFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.....	60
2.3.9.- CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO:	61
2.3.9.1. Contratos sujetos a modalidad.....	61
SUB CAPITULO IV: MODALIDADES DE LA CONTRACCIÓN LABORAL Y SU DESNATURALIZACIÓN	64
2.4.1.- CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO CAS D.L. 1057	64
2.4.2.-CONCEPTO.....	65
2.4.3.- NATURALEZA JURÍDICA.....	67
2.4.4.- FUENTES EN LAS QUE SE BASA EL CONTRATO.	67
2.4.4.1. Constitución.....	67
2.4.4.2. Legislación nacional	68
2.4.5.- CONTEXTO EN EL QUE SE DA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057.69	
2.4.6.- DESNATURALIZACIÓN DEL CAS y los SNP.	70
2.4.7.- BENEFICIOS CONSIDERADOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057, Y SU MODIFICATORIA POR LEY N° 29849.	74
2.4.8.- CONTRATACION MEDIANTE LA TERCERIZACIÓN.	77
2.4.8.1.- Definición.....	77
2.4.8.2.- Antecedentes	79
2.4.8.2.- Actualidad normativa	81
2.4.8.3.- La responsabilidad solidaria derivada de las acciones de tercerización..	86
2.4.8.3.1.- La responsabilidad solidaria.....	87
2.4.8.3.2. La vinculación empresarial como gran fundamento de la solidaridad laboral	88
2.4.8.3.3.- Escenarios en donde se presenta la responsabilidad solidaria.....	91
2.4.8.4.- Ley que regula los servicios de tercerización.....	94
2.4.8.5.- Desnaturalización de la Tercerización.	95
2.4.8.6.- Contenido de los contratos y derechos de información de los trabajadores.	96
2.4.8.7.- Responsabilidad solidaria por los derechos laborales	97

3.- METODOLOGÍA	99
3.1.- Tipo y Diseño de la Investigación.....	99
3.2.- Población y Muestra.....	99
3.3.- Variables	100
3.4.- Métodos y Técnicas de Investigación.	100
Método de Investigación	100
3.5.- Técnicas de Investigación.	100
3.6.- Descripción del Instrumento Utilizado	100
4.- RESULTADOS	102
4.1.- ENCUESTA.....	102
5.2.- RESULTADOS	105
CONCLUSIONES.....	116
RECOMENDACIONES	118
BIBLIOGRAFÍA	120

RESUMEN

En nuestro país, los Gobiernos Municipales de turno y las entidades a su cargo, vienen realizando atropellos a sus empleados y obreros, a pesar de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que el servidor público obrero, el artículo 37° de la Ley N° 27972; Señala los obreros que prestan sus servicios a las Municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles sus beneficios laborales inherentes en dicho régimen. En ese sentido es necesario reconocer por parte del Estado, el clamor justo reclamo de los Serenos y sus implicancias al régimen D.L. N° 728.

En la presente investigación se realizará análisis del D. L. N° 1057, como consecuencia de este, la vulneración de sus beneficios laborales del sereno, los servidores públicos, serenazgo, contratados bajo este régimen menosprecia, el beneficio a la igualdad, de progresividad laboral entre otros, vulnerando los beneficios al trabajo. De ello se desprende la impetuosa labor que tiene por objeto, revisar. “La desnaturalización de los contratos de trabajo de empleados y obreros de la municipalidad de Nueva Cajamarca y sus implicancias jurídicas periodo 2018”.

En la presente investigación se plantea el siguiente objetivo: Determinar qué aspectos son los que conllevan a la desnaturalización de los contratos de trabajo de empleados y obreros de la Municipalidad de Nueva Cajamarca.

Se concluye: El Derecho del Trabajo se ha consagrado internacionalmente, no sólo a nivel constitucional, pues la mayoría de Constituciones han reconocido su autonomía y han refrendado su importancia; sino que la fructífera legislación al respecto de aquella materia así lo presuponen. En ese orden de ideas resulta verificable que aquello no sólo deriva de una somera jerarquía constitucional o que es producto de una abundante legislación, sino que el tratado y la sistematización de aquella legislación ha hecho que el Derecho del Trabajo sea considerado como un pilar dentro de cualquier ordenamiento jurídico, más aún si de manera uniforme se resalta su surgimiento y su arraigo social; pues se encuentra fuertemente vinculado con el trabajo humano y las formas contractuales dentro de las cuales se subsume.

ABSTRACT

In our country, the Municipal Governments on duty and the entities in charge of it, have been abusing their employees and workers, despite sentences issued by the Constitutional Court, that the public servant worker, article 37 of Law No. 27972; The workers who provide their services to the Municipalities are public servants subject to the labor regime of private activity, recognizing their labor benefits inherent in said regime. In that sense, it is necessary to recognize on the part of the State, the just claim of the Serenos and its implications for the D.L. No. 728.

In the present investigation, analysis of DL N° 1057 will be carried out, as a consequence of this, the violation of its serene labor benefits, public servants, serenazgo, hired under this regime disparages, the benefit to equality, of labor progressivity among others, violating the benefits to work. It follows the impetuous work that aims to review. "The denaturation of employment contracts of employees and workers of the municipality of Nueva Cajamarca and its legal implications period 2018".

In the present investigation the following objective is proposed: To determine which aspects are those that lead to the denaturation of the employment contracts of employees and workers of the Municipality of Nueva Cajamarca.

It concludes: The Labor Law has been enshrined internationally, not only at the constitutional level, since most Constitutions have recognized their autonomy and endorsed their importance; but the fruitful legislation regarding that matter presupposes it. In that order of ideas it is verifiable that this not only derives from a shallow constitutional hierarchy or that is the product of abundant legislation, but that the treaty and systematization of that legislation has made Labor Law considered as a pillar within any legal system, especially if its emergence and its social roots are highlighted uniformly; It is strongly linked to human work and the contractual forms within which it is subsumed.

1.- INTRODUCCIÓN.

Realidad Problemática

España

El principio de la primacía de la realidad es un pilar del derecho laboral consagrado en el Artículo 53 de la Constitución Política de 1991, que puede invocarse en el marco de la relación contractual no laboral celebrada entre personas naturales, o una natural y una jurídica, sea pública o privada, cuando los hechos que preceden dicha relación configuren una de tipo laboral, sobreponiéndose de tal modo a lo que ocurra en la práctica o en la realidad de los hechos, mas no a la forma en que las partes hayan pactado.

Con base en lo anterior, es posible decir que el citado principio puede alegarse contra el Estado, cuando este en el desarrollo de una forma de contratación por prestación de servicios, resulta asumiendo materialmente la posición de parte dentro de una particular relación de trabajo. La prestación laboral es intrínsecamente la misma, así se satisfaga frente a un sujeto privado o ya se realice frente al Estado, (...). Por consiguiente, en un Estado Social de Derecho, fundado en el trabajo, mal puede el Estado prevalerse de su condición o de sus normas legales para escamotear los derechos laborales de quienes le entregan su trabajo. (Villegas, 2008, p.221) Se obtienen conclusiones generales a partir de premisas particulares. Se inició, pues, el estudio, contextualizando el principio de la primacía de la realidad en el marco de los contratos de prestación de servicios de la administración pública, cuando estos sirven de fachada para la ejecución de una relación laboral. De igual manera se realizó un estudio detallado de la jurisprudencia y su desarrollo en esta materia.

Colombia

Para determinar la necesidad de mantener el principio (lo que es aplicable a los demás), debe indagar si las causas que lo originaron aún subsisten. Para ello debemos recordar que el nacimiento del Derecho laboral tuvo una fundamentación histórica que se caracterizó por la existencia de una sociedad dividida en clases generando una gran polarización, estableciendo grandes barreras entre los poseedores y los no poseedores, en la existencia un “ejército de desempleados”, y una serie de corrientes del pensamiento que presionaron para su consagración.

Va dirigido, fundamentalmente, al intérprete y se presenta cuando una determinada norma permite varias interpretaciones posibles, caso en el cual el operador jurídico debe escoger la más favorable al trabajador. Destaco que a diferencia del principio que analiza a continuación, éste opera cuando existe una sola disposición, que genera duda en cuanto a la interpretación más correcta. Es de destacar que este principio exige que realmente se presente una verdadera duda de la lectura y análisis de la norma, no puede basarse en criterios caprichosos ni amañados, por decirlo en otros términos que sea una “duda objetiva, razonable, desinteresada”.

“En el orden social las cosas son más complejas, y más sutiles las acciones de protección o de ataque, a instituciones sociales. La presencia o ausencia de los sindicatos configura un equilibrio social distinto como se argumenta más adelante. A diferencia de los dinosaurios, ni las condiciones ambientales impiden la evaluación de los sindicatos ni están incapacitados para ella y, como fundamentaremos, son en nuestra cultura necesarios para articular la organización del trabajo y el equilibrio de poderes que sustenta el contrato social. Pese a su necesidad, los sindicatos, en palabra de un cualificado líder, no tienen un salvoconducto para circular por la historia. Que su futuro sea el del bisonte, la lechuza o el oso panda, que depende de su adaptabilidad y de sus interlocutores, que es tanto como decir los poderes públicos y privados”.

Una tendencia que pretende suprimir toda protección legal al trabajador, buscando debilitar los principios que inspiran esta área del Derecho. Se refleja en el pensamiento de los defensores a ultranza del modelo neoliberal, que pretenden un mundo plenamente

globalizado, sin barreras, en el que las relaciones de trabajo están reguladas por disposiciones que parten de la base de un supuesto equilibrio entre las partes, en el que la autonomía de la voluntad retoma su papel preponderante como fuente fundamental y quizá exclusiva de los derechos y obligaciones, debilitando cualquier posibilidad de injerencia del Estado en estas relaciones; así mismo, impidiendo el desarrollo de la negociación colectiva de trabajo.

Chile

El derecho laboral es una rama jurídica que surge de la idea que la relación laboral no es una unión contractual en sentido clásico, sino que se trata de una relación asimétrica al involucrar fuerzas desiguales en las partes que la componen. Por ello es el derecho del trabajo una disciplina especial y protectora al trabajador, tratándose de una regulación tuitiva en términos generales. Esto, porque no necesariamente todas sus normas o instituciones tienen tal carácter, sin embargo la tución al trabajador es un principio básico de la disciplina.¹ Por ello, es posible sostener que la especial naturaleza de la relación laboral es el fundamento del derecho del trabajo. La principal característica de esta relación, que representa un vínculo jurídico particular, es la existencia de subordinación o dependencia de la parte trabajadora a las directrices impartidas por la parte empleadora. El que dicha relación se constituya en un plano de desigualdad de fuerza entre las partes, entre las cuales el trabajador sin duda es un contratante más débil, amerita como base el sistema de protección del derecho del trabajo y su estatuto esencialmente tuitivo.

En la línea de lo expuesto, un rasgo fundamental de la relación laboral es que implica una colisión de intereses. En tal línea, se plantea por la doctrina que es menester reparar la desigualdad económica entre sus partes. En ese sentido el derecho del trabajo tendría un objetivo redistributivo dado por la consecución de objetivos de justicia que son imposibles de obtener en base a la sola actuación del mercado. La intensidad de la promoción o incentivo a dicha redistribución dependen de la posición de la que se parta el análisis. La visión actual al respecto difiere en diversos términos de los fundamentos iniciales de esta disciplina. Así, se sostiene que en nuestros días el derecho del trabajo tiene otro tipo de funciones, como lo es promover el empleo.

Perú

En la actualidad se experimenta una tendencia hacia la degeneración de las formas propias en las que se concreta la relación de trabajo, de hecho es cada vez más usual observar en la actualidad la utilización de otros modos de contratación de prestación de servicios personales que se encuentran al margen de la legislación laboral, produciendo de esta forma, un detrimento de los derechos y garantías laborales de quien se contrata bajo uno de estos modos, pero que el fondo se busca para que preste un servicio o efectúe una labor personal, bajo continuada dependencia y subordinación.

Estas formas de contratación no laborales e incluso los laborales sin vocación de permanencia en el tiempo, con las que se contrata servicios personales, vienen siendo utilizados indebidamente y frecuentemente en los sectores públicos y privados. Cabe resaltar que en el ámbito de la contratación estatal, se acentúa con el transcurrir de la vida nacional, como secuela de los procesos de restructuración de la parte orgánica y burocrática del Estado, que obedecen a las exigencias de los también llamados procesos de globalización y deslaboralización.

La consigna que deja entrever la administración pública es una concepción donde el Estado tiende a contraerse en funciones, si antes fungía fundamentalmente como prestador de servicios y ejecutor de actividades con personal propio adscrito a la función pública, ahora se encamina a realizar labores de control, vigilancia y regulación, preservando en sus plantas de personal sólo el material humano necesario para garantizar la funcionalidad de las entidades que se dediquen a estas funciones.

Una muestra de ello es la preferencia de los empleadores por utilizar contratos civiles en reemplazo de contratos laborales para evadir los costos excesivos que demandan las normas laborales así como la individualización de las relaciones laborales, donde los trabajadores buscan ser independientes y no estar bajo el sometimiento de nadie.

Como referencia tenemos la sentencia del Tribunal Constitucional, expediente 03146-2012 PA/TC. En donde se Sostiene:

.... que si bien suscribió contratos civiles (contrato de consultoría) en los hechos se presentaron todos los elementos típicos de un contrato de trabajo, habiendo desarrollado labores de carácter permanente, por lo que en aplicación del principio de la primacía de la realidad se configuró una relación laboral de naturaleza indeterminada y en consecuencia solamente podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley.

Tomando en cuenta aquellos antecedentes, es que el Ordenamiento Jurídico-Laboral, ha creado una serie de mecanismos, siendo uno de ellos el Principio de Primacía de la Realidad *que pese a carecer de norma de carácter laboral que haga referencia explícita de él*, ha de ser recogido como implícito, debido, tanto al carácter tuitivo de nuestra Constitución, como a la interpretación doctrinaria de ciertos textos legales vigentes, como por ejemplo artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; que para muchos representa una matriz tácita de aquel principio.

Las modalidades existentes se dan en la contratación de servicios no personales SNP, contratos de prestación de servicios, contratos de locación de servicios, tercerización laboral, (Ley 29245) CAS (Decreto legislativo 1057)

1.1.-Planteamiento del problema

Nacional

En nuestro país, los Gobiernos Municipales de turno y las entidades a su cargo, vienen realizando atropellos a sus empleados y obreros, a pesar de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, que el servidor público obrero, el artículo 37° de la Ley N° 27972; Señala los obreros que prestan sus servicios a las Municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles sus beneficios laborales inherentes en dicho régimen. En ese sentido es necesario reconocer por parte del Estado, el clamor justo reclamo de los Serenos y sus implicancias al régimen D.L. N° 728.

En la presente investigación se realizará análisis del D. L. N° 1057, como consecuencia de este, la vulneración de sus beneficios laborales del sereno, los servidores públicos, serenazgo, contratados bajo este régimen menosprecia, el beneficio a la igualdad,

de progresividad laboral entre otros, vulnerando los beneficios al trabajo. De ello se desprende la impetuosa labor que tiene por objeto, revisar. “La desnaturalización de los contratos de trabajo de empleados y obreros de la municipalidad de Nueva Cajamarca y sus implicancias jurídicas periodo 2018”

Las mencionadas disposiciones legales resultan ineficaces al punto de resolver situaciones y los transgreden sus beneficios laborales del serrenazgo cabe apreciar dentro del contenido, lo cual ha generado la afectación a estos principios y derechos.

El artículo 37° de la vigente nueva ley de Municipalidades N° 27972, señala “Los funcionarios y empleados de las municipalidades se sujetan al régimen laboral general aplicable a la administración pública, conforme a ley. Los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades son servidores públicos, sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

Respecto del Régimen laboral de los obreros municipales Debemos señalar que el régimen laboral de los obreros municipales al servicio del Estado, ha transitado tanto por la actividad pública como por la privada; tal es así, que la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el nueve de junio de mil novecientos ochenta y cuatro, estableció de forma expresa en el texto original de su artículo 52° que los obreros de las municipalidades eran servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública; sin embargo, dicha disposición fue modificada por el Artículo Único de la Ley N° 27469, publicada el uno de junio de dos mil uno, estableciendo que el régimen laboral sería el de la actividad privada.

Finalmente, la Vigésimo Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el veintisiete de mayo de dos mil tres, derogó la Ley N° 23853; sin embargo, mantuvo el régimen laboral de los obreros de las municipalidades, los cuales según su artículo 37° de la nueva Ley Orgánica de Municipalidades son servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, esto es dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 728, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

Asimismo, se debe tener en cuenta el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral realizado los días ocho y nueve de mayo de dos mil catorce, en el que los Jueces de la Corte Suprema han acordado por unanimidad en el numeral uno punto seis del tema uno,

respecto al régimen laboral de los obreros municipales, lo siguiente: “El órgano jurisdiccional competente es el juez laboral en la vía del proceso ordinario o abreviado laboral según corresponda, atendiendo a las pretensiones que se planteen; pues de conformidad con el artículo 37° de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, los obreros municipales se encuentran bajo el régimen laboral de la actividad privada y como tales, no están obligados a agotar la vía administrativa para acudir al Poder Judicial.”

Criterio de la Sala Suprema respecto al régimen laboral de los obreros municipales Esta Sala Suprema ha establecido en la Casación Laboral N° 7945-2014 Cusco, de fecha veintinueve de setiembre de dos mil dieciséis, respecto al régimen laboral que corresponde a los trabajadores obreros de las municipalidades, el siguiente criterio: “Los trabajadores que tiene la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en ningún caso pueden ser considerados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios”. Razonamiento que constituye doctrina de obligatorio cumplimiento conforme al artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Alcances del precedente vinculante constitucional N° 5057-2013-PA/TC/JUNÍN. En atención a los numerosos casos que se vienen ventilando a nivel nacional sobre la aplicación o inaplicación del precedente constitucional vinculante N° 05057- 2013-PA/TC/JUNÍN, expedido por el Tribunal Constitucional, este Supremo Tribunal ha emitido pronunciamiento sobre los alcances del citado precedente en el Décimo Segundo considerando de la Casación Laboral N° 8347-2014-DEL SANTA de fecha quince de diciembre de dos mil quince, que tiene la calidad de doctrina jurisprudencial, estableciendo que no corresponde la aplicación de la Sentencia N° 05057-2013-PA/TC/JUNÍN entre otros casos: [...] c) Cuando se trate de obreros municipales sujetos al régimen laboral de la actividad privada. [...].

1.2.- Formulación del problema.

La Municipalidad Distrital de nueva Cajamarca viene contratando indistintamente a su personal obrero en el régimen del Contrato Administrativo de Servicios-CAS, D.L. 1057, existiendo ya obreros nombrados bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 276, y también bajo la modalidad de locación de servicios regulados en el Código Civil; generando la existencia de desnaturalización de contratos para obreros de la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca.

Por lo que nos hacemos la siguiente formulación:

¿Qué aspectos son los que conllevan a la desnaturalización de los contratos de trabajo de empleados y obreros de la Municipalidad de Nueva Cajamarca y cuáles son las implicancias jurídicas en el periodo 2018?

Justificación e Importancia de la Investigación.

Justificación de la investigación

La presente investigación radica en la necesidad de que se adopte medidas correctivas para la regularización de la situación jurídica de los obreros municipales, y de esta manera evitar un impacto negativo en el plano presupuestal en la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca, siendo importante las que corresponde a las acciones de previsión.

También se justifica la presente investigación debido a que permitirá hacer un análisis de la problemática proponiendo a que los funcionarios municipales o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal) puedan medir el nivel de conocimiento respecto a las normativas laborales y de servicio para la contratación de personal.

Importancia de la investigación

La importancia de la investigación radica en:

- Tiene el propósito de dar a conocer el régimen laboral a ser aplicado al obrero municipal, siendo consciente de ello, podrán exigir su cumplimiento, así como

el reconocimiento de los derechos y beneficios devengados a su favor de ser el caso.

- Tiene el propósito de que las autoridades de las Municipalidades apliquen de manera irrestricta el Artículo 37° de la Ley Orgánica de Municipalidades a su personal obrero.
- Permitirá a los funcionarios municipales o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal) tener un panorama más amplio del derecho laboral municipal, a fin de realizar contrataciones de personal bajo el régimen que debidamente corresponda, y evitando procesos judiciales (reposición e indemnización).

1.3.- Hipótesis.

Si, existe la desnaturalización de los contratos de trabajo de obreros de la municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca, entonces se debe mejorar los factores de gestión administrativa (capacitación, normatividad) hacia los funcionarios Municipales o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal) de obreros en la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca en el año 2018.

1.4.- Objetivos

Objetivo General.

Determinar qué aspectos son los que conllevan a la desnaturalización de los contratos de trabajo de empleados y obreros de la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca.

Objetivos Específicos.

1. Establecer cuáles son las implicancias jurídicas para la municipalidad y para el servidor empleado u obrero de la Municipalidad de Nueva Cajamarca en el periodo 2018.

2. Establecer de que manera el Principio de la Primacía de la realidad determina la desnaturalización en los contratos de personal obrero en la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca.
3. Determinar el nivel de conocimiento que tienen Los Funcionario Municipales o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal) sobre contrato de trabajo de obreros en la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca en el año 2018.
4. Analizar los aspectos generales y doctrinales respecto a la contratación laboral y su desnaturalización en la legislación Peruana.

2.- MARCO TEÓRICO

2.1.- Antecedentes

(BELTRAN 2012) En la Tesis "Problemática de la existencia de distintos regímenes de contratación de personal en el Estado" entre otras conclusiones a;

- a. "La desnaturalización de los contratos SNP vulneró el artículo 23° de la Constitución Política, ya que de acuerdo al mismo, el Estado debió asegurar que ninguna relación laboral limitara los derechos constitucionales, ni desconociera o rebajara la dignidad de los trabajadores; convirtiéndose en inconstitucional la utilización de dichos contratos".

(ROMERO 2009)

En la Tesis "Los Contratos por Servicios No Personales en la administración pública como condicionantes de la estabilidad laboral ficta" del autor Jaboco Romero Quispe para optar el grado académico de Doctor en Derecho por la Universidad Mayor de San Marcos. Unidad de Posgrado. Lima 2009 el autor ha llegado entre otras conclusiones a estas:

- a. La Administración Pública ha desnaturalizado los contratos por servicios no personales, al haber sometido a estos trabajadores a la realización de labores de carácter permanente, por tiempo indefinido, subordinadas y en un horario propio de los trabajadores permanentes, sujetos, inclusive, a descuentos
- b. La forma en que se han gestionado los contratos por servicios no personales, ha condicionado una estabilidad laboral ficta para decenas de miles de trabajadores, colocando a la administración pública en una difícil situación legal y presupuestaria.

2.2.- BASES TEÓRICAS

SUB CAPITULO II: EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

2.2.1.- CONCEPTO.

El principio de primacía de la realidad supone que ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que efectivamente sucede, el Derecho prefiere la realidad antes que lo que las partes pueden manifestar.

En materia laboral algunos empleadores tienden a esconder verdaderas relaciones de trabajo (bajo relación de subordinación) tras supuestas relaciones civiles (contratos de locación de servicios, principalmente)

A efectos de no tener que sufragar los derechos que legalmente le corresponden a los trabajadores –en suma, para no asumir mayores costos laborales- y tampoco generar un vínculo contractual que sea difícil de disolver –teniendo que alegar causas justas de despido-. En ocasiones también se encubren relaciones laborales a plazo indeterminado bajo el ropaje de contratos sujetos a modalidad o plazo fijo. En todas estas situaciones prima lo que la realidad demuestre y no lo simulado por el empleador.¹

En nuestro país se trata de un principio plenamente aceptado por la doctrina científica y jurisprudencial. Ha sido precisamente la jurisprudencia de los tribunales de justicia (laborales) la que ha dado carta de ciudadanía a dicho principio.

La aplicación del PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD tiene un correlato importante, toda vez que después de reconocerse la existencia de una relación laboral, es de aplicación el principio protector, que en el fundamento del DERECHO LABORAL. Así, lo señalado ha sido reconocido en distintos niveles, ya sea desde el punto de vista legal (por ejemplo, a través del artículo 4 del D.S. No. 003-97-TR o a través de la Ley General de Inspección del Trabajo) como a nivel jurisprudencial (a través de reiterada

¹ MESINAS MONTERO, Federico; GARCIA MANRIQUE, Alvarado. Problemas y Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica. Primera Edición enero 2008. Pág. 14.

y permanente jurisprudencia a todos los niveles e, inclusive, a través del Pleno Jurisprudencial Laboral del año 2000.

Consagración legal del principio (Ley General de Inspección)²:

La primacía de la realidad es un principio rector de la función inspectiva del Ministerio de Trabajo.

En la verificación del cumplimiento de las normas laborales se aplica el principio de primacía de la realidad, "el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, dentro de los límites establecidos en el Reglamento con respecto a las presunciones relativas a la existencia de la relación laboral".

Según el Reglamento (D.S. 020-2001-TR): "En aplicación del principio de primacía de la realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados" (art. 3).

2.2.2.- DEFINICIÓN.

Analizada la marcada evolución que ha sufrido el mercado laboral y el variopinto ambiente dentro del cual fluctúa en la actualidad; podría sucederse la discordancia entre el contrato y la relación, entre lo que las partes aparentemente han acordado y lo que realmente ejecutan. Este sería el caso de una relación laboral oculta o disimulada bajo la forma de un contrato civil aparente o simulado. En estas situaciones se presume, admitiendo prueba en contrario, la veracidad del contrato. Pero si ésta se desvirtuara por diversos medios probatorios, que acreditaran la existencia de la relación laboral, ésta prevalecería sobre aquél. A esto se le denomina principio de la primacía de la realidad sobre el documento.

² TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge – VINATEA RECOBA, Luis. GUIA LABORAL – GUIA LEGAL DE PROBLEMAS Y SOLUCIONES LABORALES. Gaceta Jurídica. 2da. Edición Actualizada. Lima 2005. Pág. 33 – 34.

Y es que el tema de la veracidad o primacía de la realidad siempre ha sido un tema latente dentro del tema del proceso laboral; pues viene a ser un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro del proceso; de manera que hablar de un descubrimiento de la veracidad o primacía de la realidad como lo llaman los laboristas, es fundamental en la operatividad del principio³.

Corresponde entonces proponer una definición del abordado principio; en virtud de este, que en suma es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe preferirse lo primero, es decir, lo que efectivamente ocurre y se aprecia en el terreno de los hechos⁴. Como se desprende de lo acotado, aquella discordia generalmente se presenta debido a la existencia de documentos que contradicen la naturaleza y realidad de los servicios que se prestan, pese al consentimiento formal del trabajador. Aquella vertiente doctrinaria parece obedecer al clásico aforismo del Derecho Civil el cual enuncia que las cosas son lo que la naturaleza y no su denominación determina; sobre esa base el derecho del trabajo ha construido el llamado principio de la realidad.⁵

Lo que se resalta es unanimidad con la que suele recopilarse aquel principio dentro de la doctrina y la jurisprudencia; pues se encuentra ceñido a un rasgo riguroso; el cual proclama que la forma cede ante los hechos, los cuales determinan la naturaleza jurídica de la situación producida, como ocurre cuando se reconoce la existencia de la relación laboral al concurrir los elementos esenciales del contrato de trabajo, al margen que haya suscrito un contrato civil. Acreditados los hechos la formalidad no puede ser opuesta a ellos para

³ ROMERO MONTES, Francisco Javier: "Los Principio del Derecho del 'Trabajo en el Derecho Peruano (Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez". Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. una-Perú. 2004. Págs. 341

⁴ PASCO ARRÓSPIDE, Katia – PUNTRIANO ROSAS, César A.: "El Tribunal Constitucional y el Principio de Primacía de la Realidad " en Revista Peruana de Jurisprudencia. Año 8-Número 63-Mayo 2006. Editora Normas legales Trujillo - Perú. 2006. Pág, 127.

⁵ NEVES MUJICA, Javier-, en GARCÍA GRANARA, Fernando: "El Principio de Primacía de la Realidad en el .31ipleo Público: La acción de amparo y las locaciones de servicio en Actualidad Jurídica. Tomo 152-Julio 2006. —editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú. Pág. 240.

cuestionarlos o quitarles validez, pues es la realidad la que se impone. Aquel rasgo riguroso al que hacíamos alusión, se encuentra en directa proporción por la formulación de carácter general que comprende a todo tipo de situaciones en las que se presente una discordancia entre los hechos y la forma, tanto para la determinación la existencia de la relación laboral, así como para definir situaciones que se presentan en su ejecución.

Ha de mencionarse que el derecho laboral, al estar formado de normas imperativas que otorgan beneficios a los trabajadores, se presenta el constante riesgo de que el empleador intente evitar su cumplimiento. La razón de esta tendencia reside en que la contratación laboral implique que el empleador debe otorgar al trabajador una serie de beneficios y pagos adicionales al de la remuneración, además de las aportaciones sociales por el Seguro Social de Salud (9% de la remuneración) y el Impuesto Extraordinario a la Solidaridad (2% de la remuneración). Como se puede apreciar, en su intento por reducir el costo de la mano de obra, las empresas tienen que recurrir a formas de contratación civil mediante contratos de locación de servicios o simplemente incorporando personal sin cumplir con las formalidades que la legislación establece.

Como señala Neves Mujica, con la lucidez que lo caracteriza, el incumplimiento en el que incurre el empleador puede ser dual:

- a) Incumplimiento directo.- Se presenta cuando el empleador deja de respetar sus obligaciones laborales, sin necesidad de sostener alguna causa que lo justifique.
- b) Incumplimiento indirecto.- Supone el ocultamiento de una situación. Cuando se califique a una relación laboral de un modo distinto al que la caracteriza, estaremos dentro del campo de acción del *Principio de la Primacía de la Realidad*⁶.

Pero la resistencia que se adhiere al empleador, respeto de dotar con el carácter laboral, aquel vínculo que sostiene con su empleador, vale decir la persistencia en que se subsume, tratando de fraguar aquel vinculo, calificándolo indistintamente como civil u

⁶ NEVES MUJICA, Javier: Introducción al Derecho del Trabajo". ARA Editores, Pág. 98

otros, no hace otra cosa que verificar la existencia de una simulación del contrato de trabajo.

Autores como Pla, al analizar este tema, advierten utilizando otra perspectiva que existen diferentes derivaciones para verificar un desajuste entre lo formal y lo real, que en todo caso pueden:

- a) Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, es decir una simulación.
- b) Surgir de un error que recae en la calificación de un trabajador.
- c) Derivar de una falta de actualización de datos.
- d) *Provenir de una falta de cumplimiento de requisitos formales*⁷.

Por ende han de validarse las diversas medidas de protección que establece la ley a favor de los trabajadores, que se traducen no sólo en cargas económicas sino en limitaciones de la libertad de acción para quien los emplea, lo que a la vez conlleva como es natural, a un efecto infame como la presencia -frecuente dicho sea de paso- en el Derecho Laboral de las tentativas de evadir sus normas; lo que generalmente se busca tratando de encubrir la existencia real del contrato de trabajo con la apariencia simulada de otro negocio diferente.

Por ejemplo, cita Rafael Caldera: "Que a veces se da a la relación laboral la apariencia de una relación mercantil. Cuando los servicios del trabajador se ejercitan vendiendo al público los productos de una industria determinada, se trata a menudo de dar al contrato la forma simulada de una compraventa comercial: en apariencia, el trabajador no es sino un comerciante que adquiere unos productos para revenderlos. Sin embargo, las modalidades que acompañan a ese contrato simulado: el hecho de la reventa por la persona misma del revendedor: la exigencia, por ejemplo, de revender dentro de determinado radio, en

⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. "Los principios del derecho del trabajo". Depalma, Buenos Aires, 1978. Pá. 322

determinadas condiciones y bajo la vigilancia de la empresa, sirven frecuentemente para demostrar la existencia de un nexo de dependencia característico del contrato de trabajo"⁸.

2.2.3.- SUPUESTOS DE APLICACIÓN:

El principio de primacía de la realidad tiene un amplio desarrollo en la doctrina ius-laboralista latinoamericana, la misma que ha consignado las siguientes situaciones en las que cabe aplicar el principio:

- √ Cuando las partes celebran un contrato de locación de servicios, pero el presunto comitente ejerce poder de dirección sobre el "locador".
- √ Si se celebra un contrato de trabajo de duración determinada para ocultar una prestación de servicios por tiempo indefinido.
- √ Puede derivar de una falta de actualización de las planillas laborales. El contrato de trabajo es un contrato dinámico en el que pueden cambiar las condiciones de la prestación de servicios; por esta razón, las planillas deben reflejar todas las modificaciones realizadas, actualizándose constantemente.
- √ En caso que el empleador califique a un trabajador como de confianza, no presentando sus labores las características propias de dichos contratos.
- √ Se menciona la situación en la que se desarrollan labores que necesitan de algún requisito o formalidad, propias del ingreso o del ascenso dentro de una empresa, sin haberlas cumplido.
- √ Si el trabajador figura inscrito en la planilla de una empresa de servicios para descargar las responsabilidades de la empresa usuaria.
- √ Por último, se incluye el caso en que las partes celebran un contrato de trabajo para engañar a terceros, como las empresas aseguradoras.

⁸ CALDERA, Rafael. 'Derecho del Trabajo',. Tomo 1, Segunda Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires. 1960, pp.

2.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.

Al tocar este tema abarcaremos con un viejo aforismo civilista que "las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina". Así, el llamado principio de primacía de la realidad constituye un mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral basado en la indisponibilidad de gran parte de las normas laborales.⁹

Dicho mecanismo obra viciando de nulidad aquellos acuerdos que pretenden desconocer el ordenamiento laboral de manera tal que, si la realidad práctica y los acuerdos no coinciden, se tomará en consideración la primera.

Esto no significa que no haya autonomía de la voluntad en el ámbito laboral, sino que la habrá para establecer condiciones que mejoren los mínimos que las normas laborales reconocen al trabajador y de esta manera, dos personas podrían celebrar formalmente un contrato civil o mercantil (bajo cualquier denominación) que se tradujera materialmente, en la práctica, en una prestación con todas las características que definen al contrato laboral.

Asimismo, la naturaleza jurídica del principio versa sobre dos puntos muy importantes:

- a) Mecanismo de preservación del ordenamiento jurídico laboral.- Consiste en que el propio ordenamiento jurídico cuenta con un conjunto de reglas y principios en virtud de los cuáles aquél prevalece frente a posibles eventos que pretendan desconocerlos, pues el fundamento es el carácter imperativo o indisponible de mayor parte de normas laborales cuya consecuencia son los actos (del empleador o incluso acuerdo de partes) que pretendan desconocer el ordenamiento laboral indisponible o que pretendan encubrir situaciones vedadas por el propio ordenamiento, carecen de validez.
- b) Prevenir el fraude en la relación laboral (MARTIN VALVERDE).- Las situaciones de fraude que puede darse son:

⁹ Resoluciones Tributarias Laborales, Jurisprudencia, Ejecutorias. Asesoramiento y análisis Laborales S.A. abril 2001, Lima 2005, Pág. 28 y 29.

- **Simulación absoluta** (Art. 190 Código Civil): Las partes crean la apariencia de un contrato que no tienen intención de celebrar (intención de beneficiarse indebidamente de prestaciones de seguridad social).
- **Simulación relativa** (art. 191 Código Civil): Los sujetos ocultan bajo la apariencia de un contrato un propósito negocial distinto (contrato de locación de servicios que oculta contrato de trabajo)
- **Ocultación de relación:** No se trata en estricto de simulación negocial. Las partes no le han dado apariencia distinta a la relación de trabajo que han entablado, simplemente se han limitado a encubirla (trabajo "negro" o clandestino).¹⁰

Frente a tales situaciones, el propio ordenamiento prevé las soluciones correspondientes, aunque con diferencias en el ámbito laboral respecto del civil: El acto simulado es nulo. En caso de distorsión de la figura contractual real o de ocultamiento de la relación laboral debería operar la presunción de "laboralidad" respecto de las prestaciones personales retribuidas (la misma que no se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento).

- No se requiere seguir una acción específica de nulidad (se puede hacer valer en el propio proceso laboral).
- La simulación sí puede ser opuesta por el trabajador que intervino en ella.

De lo anterior significa que las estipulaciones contractuales sirven para:

- a) Probar la existencia de una relación contractual entre las partes.
- b) Establecer aquellas condiciones que puedan exceder el nivel mínimo de protección de las normas laborales.

Entonces, hemos visto la correcta aplicación del PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD y las simulaciones que presenta, fraude que se ve reflejada en la contratación

¹⁰ Código Civil Peruano.

de trabajadores mediante la modalidad de servicios no personales que ha sido una fórmula utilizada por el Estado, desde hace algunos años, para establecer relaciones de naturaleza civil con personas que prestan servicios de manera permanente y continua en las entidades del Estado; no obstante ello, la realidad se encargó de demostrar que bajo dicha modalidad se instauraban verdaderas relaciones laborales.

Por otro lado, el principio de primacía de la realidad es probablemente uno de los más difundidos del derecho Laboral pero tiene escaso reconocimiento expreso en las normas laborales. Ciertamente, la existencia de normas protectoras y de tutela laboral brinda el soporte necesario para que se aplique el principio.

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral anota que, en "toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado". Nótese que más que encontrarnos ante una definición del contrato de trabajo, hay en la LPCL una alusión a la primacía de la realidad, al referirse, especialmente a una presunción de con contrato por tiempo indeterminado de comprobarse la existencia de un contrato de trabajo.

Ahora bien, abarcaremos dicho principio desde otro punto de vista, El principio de Primacía de la realidad desde el punto de vista del reglamento de la ley de inspecciones (aprobado por Decreto Supremo No 020-2001-TR) desarrolla este principio (hay otras normas que recogen al principio sin definirlo), indicando que "en aplicación al principio de primacía de la realidad se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo de naturaleza laboral" (artículo 9.1), cuando, entre otros supuestos, "se comprueba las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el caso específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras".¹¹

En el aspecto procesal laboral, el trabajador debe acreditar la existencia del contrato de trabajo (artículo 27,1 de la Ley Procesal Del Trabajo, recogiendo una larga tendencia

¹¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Op. Cit, pp. 41-42.

legislativa y jurisprudencial), sin perjuicio de las facultades de investigación que tienen los jueces para apreciar la real naturaleza del contrato vigente entre las partes. Al respecto, debemos indicar que los magistrados laborales han resuelto, en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2000, que, ante la divergencia entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios, debe privilegiarse por el primero si, en la realidad, se aprecian los elementos esenciales, como son la remuneración, la prestación personal y la subordinación.

El Tribunal Fiscal es el órgano administrativo máximo de resolución de conflictos de carácter tributario y también aplica el mismo procedimiento para los procesos tributarios. Sobre este tema, el Código Tributario señala que, en la apreciación de los tributos, debe tenerse en cuenta la realidad económica, esto es, los hechos.

Finalmente, en los procedimientos concursales, La Ley General del Sistema Concursal (Ley N° 27809), expresamente reconoce que en los procedimientos de créditos laborales se debe aplicar el principio de primacía de la realidad (artículo 40).¹²

2.2.5.- PREMISA.

El tema de la veracidad o de la primacía de la realidad, es un instrumento procesal que debe utilizar el magistrado al momento de resolver un conflicto dentro de un proceso. De manera que hablar de un descubrimiento de la verdad o primacía de la realidad como lo llaman los laboristas, es fundamental en la operatividad del principio. Lo que se busca generar en el magistrado es crear convicción; es decir, un estado de convencimiento a cerca de la existencia o inexistencia de las circunstancias relevantes del juicio¹³.

Se trata de demostrar de algún modo la certeza de un hecho o de una afirmación, antes que llegar a la verdad de un tema trascendente.

¹² CARBONELL O'BRIEN, Esteban. INTERPRETACION A LA NUEVA LEY GENERAL DEL SISTEMA CONCURSAL. Editorial San Marcos. 1era Edición, Lima 2003. Pág. 135 – 139.

¹³ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. Pág. 218.

Los límites o parámetros de las leyes del proceso laboral, no están orientados a descubrir la verdad sino más bien a un debate procesal, en el que se verifican las proposiciones que los litigantes formulan en el juicio. Por eso se dice que sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba. De ahí que el artículo 67º de la Ley Procesal del Trabajo, disponga que si en la Audiencia Única, “de no haber conciliación, con lo expuesto por las partes, el Juez procederá a enumerar los puntos controvertidos y, en especial, los que sean materia de prueba, resolviendo para tal efecto las cuestiones probatorias (...).

Como sostiene el propio Couture¹⁴, el convencimiento del magistrado depende, en el derecho vigente, de la actividad probatoria de las partes. El Juez, en lo laboral no es un investigador, como sí sucede con el juez Penal, que en todo momento busca llegar a la realidad, incluso en aquellos casos en que el inculcado se autoinculpe.

Para hablar de veracidad, es indispensable determinar esa realidad que resulta una idea matriz con la que hay que comparar aquellos aspectos extraños a los que se denomina verdad. En tal sentido, en una controversia puede existir la versión de los interesados que tratan de mostrar mediante los elementos probatorios que hagan valer, puede también existir el punto de vista del magistrado o de quien analiza el conflicto sin ser parte del mismo. La verdad o realidad puede también ubicarse muy lejos de las aspiraciones de los interesados o del punto de vista del juez que juzga la causa.

Lo importante, en este caso es analizar el rol que cumple el mismo para establecer el elemento objetivo que nos muestre la realidad laboral, que es lo que interesa.

Desde que aparece el derecho del trabajo, el contrato de trabajo ha sido el elemento para determinar el objeto de esta rama del derecho, cuya esencia es la subordinación o dependencia. En el Perú, antes que una ley, fue la jurisprudencia la que se encargó de fijar los aspectos caracterizantes del contrato de trabajo. En tal sentido, se habló de la prestación de servicios subordinados y el pago de la remuneración.

¹⁴ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. Pág. 219.

Si bien autores como Gómez Valdez¹⁵ aseveran que el contrato de trabajo, en el momento actual, transcurre en varias velocidades como son el típico, el atípico, el estable, el precario, el total, el parcial, pero al fin y al cabo, en todos ellos se está frente al contrato de trabajo, y que es precisamente donde se desnaturaliza la realidad. Lo que nosotros buscamos es una idea matriz y general de lo que es el contrato de trabajo. Esa idea, en el caso del derecho del trabajo, no está en la voluntad de las partes sino en las normas jurídicas que es algo que trasciende y se superpone a las manifestaciones de voluntad. En todo caso, esa idea matriz es el resultado de una evolución histórica que va desde la plena autonomía de la voluntad, donde el Estado no participa.

La historia nos demuestra que una vinculación de esta naturaleza dio lugar a una fuerte sobre explotación de los trabajadores que originó convulsiones sociales a las que se le ha caracterizado como “la cuestión social”, dando lugar a la aparición del derecho del trabajo, como rama nueva, idónea para regular las relaciones entre trabajadores y empleadores, en las que la autonomía de la voluntad se debilita a favor del intervencionismo del Estado.

En esta nueva etapa aparece un marco señalado básicamente por la Ley que constituye los límites dentro de los cuales debe desenvolverse la autonomía de la voluntad. Es decir, estamos dentro de un “dirigismo jurídico” que establece los derechos mínimos de un trabajador, al margen de la voluntad de las partes y que es necesario respetarlos porque lo impone la ley, mediante un intervencionismo estatal, por considerar que ese orden tiene un carácter público.

Como sostiene Cabanellas¹⁶ se trata de las reglas objetivas, normativas de conducta individual las que predeterminan un mínimo de aquellas condiciones en las que ineludiblemente tendrá que discurrir el trabajo ajeno, so pena de nulidad de aquella parte

¹⁵ GÓMEZ VALDEZ, Francisco. El Contrato de Trabajo. Parte General. Editorial San Marcos. Lima 2000. Pág.30

¹⁶ Cabanellas, Guillermo. El Contrato de Trabajo. Parte General V. Bibliografía Ameba. Buenos Aires. Pág.111.

del contrato, que trasgreda esos principios básicos, que no dependen de la voluntad de las partes, y que son absoluto contenido jurídico social. Se trata pues, de una imperatividad que persigue el respeto de un mínimo social.

La intervención del Estado, en forma activa, en la conclusión de los contratos de trabajo, que se hace para garantizar ese orden público inmerso, tiene que ver con la reglamentación de las condiciones de trabajo, del monto mínimo de salarios, de la suspensión del contrato, de las vacaciones, de la compensación por tiempo de servicios, de la terminación del contrato de trabajo.

Es por eso que el contrato de trabajo, en términos generales, es meramente consensual y sólo excepcionalmente adopta una formalidad, en razón que el orden legal, le brinda al trabajador la seguridad que sus derechos serán reales y efectivos. Se trata pues de una especie de paradigma que la ley ha establecido, al que se acogen los trabajadores que prestan sus servicios subordinadamente.

2.2.5.1.- Carácter Tuitivo del Contrato de Trabajo.

El contrato de trabajo se diferencia del contrato civil. En éste se parte considerando que ambos celebrantes son iguales, mientras que en el primero se tiene en cuenta la desigualdad entre empleador y trabajador. De manera que la ley laboral busca compensar esta desigualdad para lo cual, además hay que recurrir a la aplicación de ciertos principios que el propio derecho del trabajo ha elaborado, tales como el *in dubio pro operario*, la aplicación de la norma más favorable, el de la condición más beneficiosa.

En tal sentido, el contrato de trabajo expresa un carácter protector a favor del trabajador, con lo cual se logra un trato justo y equitativo.

Como señala Ensínck¹⁷ “el contrato de trabajo, lo mismo que el derecho laboral, es esencialmente tuitivo, pues lleva la expresa intención de amparar a la parte más débil del contrato: el trabajador”. Pérez Botija sostiene que la doctrina clásica del derecho de

¹⁷ ENCINK, Juan A. “El contrato de trabajo, definición y concepto”, en Estudios en Homenaje al Profesor Mario Deveali. Buenos Aires, 1979. pág. 53.

obligaciones sufre evidente e importante modificación en el ámbito del derecho laboral: se reduce el área de libre consentimiento; no se elimina el esquema fundamental del contrato, esto es, la existencia y conjugación de dos voluntades, pero si se le somete a restricciones en cuanto ha de cumplir una serie de condiciones fijadas por la norma objetiva. El acuerdo contractual concierne a las partes; pero el contenido económico del acuerdo viene predeterminado en gran parte por el legislador¹⁸.

Se trata, pues, de colocar la norma objetiva en un primer plano, es decir, la voluntad del legislador, en todas sus formas de exteriorización prima sobre la voluntad de los sujetos individuales del contrato de trabajo; y solo cuando estos, en virtud del lema pro operario, estipularan condiciones más beneficiosas para el trabajador, podrá el acuerdo individual prevalecer sobre el mandato legal.

En el mismo sentido, Cabanellas¹⁹ sostiene que el consentimiento tiene por objeto principal unir a las partes por un contrato; los puntos del mismo, que forman su contenido, carecen virtualmente de importancia, por estar determinados en la ley. De ahí que, el consentimiento, en el contrato de trabajo sirve indudablemente para iniciarlo y para rescindirlo por mutuo acuerdo de los contratantes; pero no para variar las cláusulas esenciales del contenido de la relación jurídica en su mayor parte ya fijadas por el legislador, o contenidas en pactos colectivos de condiciones de trabajo.

2.2.6.- CASOS EN QUE SE VIOLAN EL PRINCIPIO DE VERACIDAD.

En el Perú, la veracidad o primacía de la realidad se viola recurriendo a la ley o al consentimiento entre las partes contratantes. De manera que muy bien se puede hablar de la vía legal o convencional. En la presente investigación se mencionaran algunos casos en que se utilizaran y se siguen utilizando esos medios para mostrar lo aparente antes que la realidad.

¹⁸ PÉREZ BOTIJA, Eugenio. El contrato de trabajo. Madrid, 1945. pág. 66.

¹⁹ CABANELLAS, Guillermo. "Elementos esencial del contrato de trabajo. En estudios en homenaje a Mario Deveali. Pág. 97.

a.- Los servicios no personales.

Este es un problema que se da en el sector público, cuando las leyes del Presupuesto General de la República prohibieron la contratación de personal, salvo los servicios no personales, es decir, aquellos que el Estado contrataba con empresas para realizar determinadas obras, de acuerdo al Código Civil y Leyes pertinentes.

Pero a partir de la década de los sesenta del siglo pasado, urgidos por la necesidad, los funcionarios públicos se tomaron la licencia de vulnerar a la Ley del Presupuesto y contratar ya no solo con empresas sino con personas naturales. A dichos contratos se le adjudico la denominación de servicios no personales.

Estos trabajadores están sujetos a su trato al mismo que se les da a los trabajadores de carrera que están dentro del presupuesto analítico de personal, esto es, todos los días controlan su asistencia, obedecen ordenes, es decir, son subordinados que deberían de tener el mismo trato que el resto.

Sin embargo, no tienen derecho a la jornada de trabajo, a las vacaciones, a la compensación por el tiempo de servicio, a las gratificaciones, a la seguridad social, no están en planillas. Para el cobro de sus retribuciones debe firmar recibos de honorarios cada mes.

En las diferentes auditorias rutinarias que hacen los sistemas de control se han convalidado estos servicios y los pagos de retribuciones. Es decir, a pesar que se trata de servicios personales se considera adecuada esta costumbre que lo práctica el Estado perjudicando a los trabajadores, con la denominación de no personales.

La adulteración de la realidad, en este caso es muy flagrante y comprende a una gran cantidad de servicios de sector público. Consideramos que será muy difícil a corto plazo, superar este inconveniente.

b.- Los Contratos Administrativos de Servicios

El régimen contractual del CAS tiene como antecedentes directo los denominados contratos por servicios no personales (SNP), modalidad de contratación no prevista en

ninguna norma laboral del empleo público y que contaba con escasas alusiones en las normas sobre contrataciones adquisiciones del estado. Como todos conocemos, prohibidos los nombramientos y contrataciones bajo cualquier régimen laboral por las sucesivas leyes de presupuesto, los contratos de personal subordinado en las diversas entidades públicas. No obstante, el recurso a este régimen contractual reveló tempranamente diversos inconvenientes.

En primer lugar, la ausencia de un marco regulador que impusiese parámetros o definirse criterios o condiciones para su celebración, alentó su uso indiscriminado. Podemos encontrar contratos de SNP en las más diversas entidades públicas (Congreso de la República., OPD o municipalidades) y en los más variados puestos de trabajo (directores, recaudadores u obreros). La magistratura Constitucional ha declarado en múltiples oportunidades que los contratos de SNP encubren auténticos contratos de trabajo y, en aplicación de la primacía de la realidad ha declarado la laboralidad del vínculo, su continuidad y el pago de los beneficios que la legislación establece para todos los trabajadores.

Ya entrando al análisis de este nuevo régimen, el CAS mantiene muchos elementos de una prestación de servicios subordinada. La norma señala que se trata de una “modalidad especial propia del derecho administrativo y privada del estado”.

Que no se encuentra sujeta a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. Aunque no se alude expresamente al carácter subordinado de los servicios personales, tal elemento se deduce claramente de la constante mención de que quedan excluidas las prestaciones de servicios autónomos como los contratos de consultoría o asesoría. Obsérvese, sin embargo, que aunque en el contrato SNP y en el Régimen del CAS se desconoce la laboralidad de la prestación de servicios subordinada, la denuncia ante la inspección o ante el poder judicial por simulación o encubrimiento de una relación laboral será posible en el CAS (como sí lo era en el contrato de SNP) debido a que se trata de un

régimen en el que la exclusión de laborabilidad es explícita en el propio texto del Decreto Legislativo.

El CAS es aplicable a toda entidad pública al margen del régimen laboral de sus trabajadores, aunque se señala expresamente que no resulta aplicable a las empresas del estado. Al igual que el contrato de SNP, el CAS carece de un criterio delimitador que reduzca su uso solo a ciertas entidades (p.ej. solo a entidades periféricas), o a determinados puestos de trabajo (p.ej. puestos directivos). De esta forma, el CAS resulta un régimen contractual posible en cualquier entidad o cargo y, dada la ausencia en el decreto legislativo de disposición alguna que imponga concurso público y demostración del mérito, podría admitir la provisión discrecional de puestos de trabajo.

Según el artículo 5 del decreto legislativo, el CAS se celebra a plazo determinado y es renovable. Vale decir, al igual que el contrato de SNP, nos encontramos ante un régimen de contratación temporal carente de causa temporal y renovable sin límite alguno, lo cual parece legitimar la discrecionalidad y arbitrariedad en materia de continuidad del contrato, con los advertidos riesgos que esto genera para la imparcialidad y profesionalización de los servicios de la Administración Pública.

En lo que constituye una diferencia notable con el contrato de SNP, el CAS prevé el otorgamiento de ciertos beneficios laborales como la limitación de la jornada; descanso semanal; descanso vacacional reducido a 15 días calendario continuos por año cumplido; afiliación obligatoria al régimen contributivo que administra Es Salud; y la afiliación potestativa a un régimen de pensiones para quienes viene prestando servicios y obligatoria para las personas contratadas bajo régimen a partir de su vigencia (artículo 6). Si bien la mejora en la situación de los trabajadores bajo CAS es notoria en comparación con el contrato de SNP (cuyos trabajadores no accedían a ningún beneficio laboral), el paquete de derechos funda una nueva diferencia de trato legislativo (menos favorable) con relación al conjunto de beneficios que integran la protección laboral aplicable al común de los trabajadores.

Perfiladas las características centrales del Régimen del Cas procederemos a formular algunos comentarios sobre estas bajo una perspectiva constitucionalista.

Recordemos en primer lugar, que las normas constitucionales aplicables al empleo público se encuentran en dos apartados del título I de la Constitución: el Capítulo II relativo a los derechos sociales y económicos (que incluye los derechos laborales 22 a 29) y el Capítulo IV de la función pública (artículo 39 a 42). La aplicación del Capítulo II a las prestaciones de servicios subordinados al empleo público fue ratificada por el Tc, supremo interprete de la constitución, de inconstitucionalidad contra la ley marco del Empleo Público.

Bajo este marco, son varios los aspectos del Régimen del CAS constitucionalidad puede resultar algo más que discutible.

En primer lugar, es posible analizar la constitucionalidad de la definición CAS como un régimen de derecho administrativo que excluye laborabilidad, sobre todo si el Tc ha desprendido del carácter subordinado de una prestación de servicios la necesaria aplicación de la protección que otorgan las normas laborales, lo que bien puede reconocerse como una asociación necesaria entre subordinación y laborabilidad, bajo esta lógica, la calificación de un régimen de prestación de servicios subordinados en el empleo público como de derecho administrativo.

Pero, por otro lado, resulta más cuestionable aunque el régimen del CAS genere un nuevo tipo de prestador de servicios subordinados no reconocidos por el texto constitucional (que había solo de funcionarios y servidores o trabajadores)

2.2.7.- VENTAJAS DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD.

- Identificación rápida y fluida de los elementos característicos de un contrato de trabajo.
- Permiten la formalidad de los hechos ante lo formal.
- Facilita la formalización de los contratos de trabajo desnaturalizados.

- Facilita la realización de la inspección y de las medidas previstas en la ley de Inspección laboral.
- Evitar la desnaturalización de los contratos de trabajo.
- Fortalece la seguridad del trabajador.

2.2.8.- ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL:

Como ya lo anticipamos, el principio de primacía de la realidad se ha desarrollado ampliamente a nivel jurisprudencial existiendo una constante y uniforme ejecutoria de las Salas Laborales, las que aplican el Principio de la Primacía de la Realidad para resolver controversias iniciadas por trabajadores a quienes no se les reconoció tal condición, durante la vigencia de la relación contractual con el empleador. En estas circunstancias, y luego del análisis de los medios probatorios ofrecidos por las partes, se determina la existencia de una relación jurídica laboral a partir de la existencia de sus tres elementos esenciales: prestación personal de servicios, subordinación y remuneración; priorizando la realidad de los hechos antes que las formas.

A continuación, presentamos las síntesis de dos sentencias de la Sala Laboral de Lambayeque:

"Exp. N° 332-2004-BS (S)

[...1 la Juez hace un análisis adecuado de la relación contractual habida entre las partes, la misma que por aplicación del principio de primacía de la realidad se define como una de naturaleza laboral, pese a la celebración de contratos civiles que generan una relación triangular entre el actor y dos personas jurídicas distintas-, que el servicio prestado por el demandante ha sido de carácter personal a favor de la demandada, EPSEL S.A., quien contractualmente lo ha designado como ejecutor de las obligaciones pactadas, las mismas que no se han cumplido en forma corporativa o empresarial, sino en forma dependiente, cumpliendo una jornada de trabajo específica y ocupando un cargo ubicado en la estructura organizativa de toda empresa, cuál era la de Gerente de Operaciones [...]

PEREZ- LOZANO- DEZA, Maruja Chilcón. Secretaria de la Sala; ROLANDO TEJADA ZAVALA con EPSEL S.A."

"Exp. N° 399-2005 (S)

*[...] el actor prestaba servicios al Banco emplazado en el Área de Seguridad del mismo; que dicha entidad no ha negado haber recibido los servicios del actor durante el período señalado en la demanda, esto es del 20 de mayo del 2000 al 31 de julio de 2004, invocando sin embargo que ello fue a través de una empresa de servicios identificada como SEGEVISA [...1 que los pagos efectuados por esa parte directamente al demandante y la contratación con empresa no autorizada, determinan la existencia de una relación directa con la emplazada por el principio de primacía de la realidad, ya que los actos y contratos celebrados con SEGEVISA resultan inválidos por no haberse **sujetado a la ley** [...]*

PEREZ – LOZANO – DEZA, Maruja Chilcón. Secretaria de la Sala; JAVIER RICARDO ROMAN GUTIÉRREZ con BANCO DE CRÉDITO."

Además de este reconocimiento por la Sala Laboral de nuestro Departamento, a nivel de la Corte Suprema el Principio de Primacía de la Realidad también se ha consolidado. A manera de ejemplo acompañamos *un párrafo de una sentencia publicada el 31 de agosto de 2001:*

A) CAS N° 344-2000 LIMA.

Lima, doce de marzo del dos mil uno.

LA SALA TRANSITORIA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA.

(...) Tercero.- Que, si bien es cierto, el artículo trescientos treinta y siete del Decreto Legislativo seiscientos treinta y siete autoriza a las entidades bancarias o financieras en liquidación que requieran contratar personal, pueden hacerlo, pero sin vínculo o relación de dependencia, y el artículo doscientos dieciocho del Decreto Legislativo setecientos setenta establece en forma expresa que las entidades en liquidación, en caso de requerir los servicios de los trabajadores que tenían, deberán primeramente resolver el vínculo laboral para luego contratarlos bajo modalidad de locación de servicios; también es cierto que dichas normas no pueden perjudicar al trabajador que labora bajo subordinación, dependencia personal y un horario

predeterminado, es decir, cumpliendo los requisitos de un contrato de naturaleza laboral y no civil en mérito del principio de primacía de la realidad, que es fuente del derecho laboral y por tanto de estricta observación.

ROMAN S.; OLIVARES S.; VILLACORTA R.; LLERENA H.; ANCHANTE A.

SUB CAPITULO III: EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL PERU

2.3.1.- INTRODUCCIÓN.

La Institución básica y fundamental del derecho individual del trabajo es el contrato de trabajo. El Contrato de trabajo, con un ordenamiento jurídico implantado a comienzos del gobierno de Fujimori, en donde se flexibilizó las relaciones laborales, generó como balance a quince años de su vigencia, que hoy una empresa, tiene en el Perú, muchas posibilidades de contratar personal que no esté a su cargo o que estándolo, no tenga garantías de permanencia en el empleo, ni perciba siquiera algunos beneficios indispensables.

Siete de cada 10 trabajadores son contratados temporalmente a través de terceros o fuera de registro. Más de un millón de puestos de trabajo asalariados perdidos en una década. Precarización intensa y generalizada inseguridad es el rostro de las condiciones laborales para las dos terceras partes de la fuerza de trabajo en el país.

La falta de empleo formal lleva a los trabajadores a incorporarse a la legión de quienes están en el sector informal, con baja productividad y reducida contribución al avance social.

A pesar de ello el contrato de trabajo existe y existirá, urge entonces un replanteamiento legislativo, económico, político a fin de priorizar un contrato de trabajo acorde a los nuevos tiempos, en donde se restituya derechos a los trabajadores; sobre todo se uniforme los derechos a todos los trabajadores del Sector Público, en base a la normativa Constitucional.

2.3.2.- PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

Por ello, es necesario mencionar en esta parte del trabajo los principios del derecho laboral, como ideas fundamentales o líneas directrices que se debe tener en cuenta para un mejor derecho de los actores.

La propuesta de **Silvia Bejarano-Principios del Derecho Laboral**, tanto para su comprensión académica y dirigida a la población en su conjunto, se debe tomar los derechos y principios en forma personal, es decir al trabajador y no a la labor que desempeña, puesto que todos tienen los mismos derechos y obligaciones.

A nivel nacional se encuentran dentro de los derechos sociales y económicos expresados en la Constitución, consagra el trabajo tanto como deber y como derecho.

Estos principios y derechos no pueden ser limitativos, por cuanto el corolario de derivación de tales es el principio de dignidad de la persona, y a decir de Silvia Bejarano Estos principios son de orden público e irrenunciable para el trabajador; se otorgan como mínimos de garantías.

Podemos definir los principios generales como lo hace Manuel Alonso García²⁰ "Aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho".

El profesor Américo Plá Rodríguez²¹ nos dice: "Líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos."

2.3.2.1.- Principio Protector:

Es el principio que traduce la inspiración primordial del Derecho del Trabajo: la protección al trabajador. Mientras otras ramas del Derecho se preocupan por establecer una paridad entre las partes involucradas, ésta, desde sus inicios históricos ha tendido a proteger a la parte más débil de la relación bilateral: el trabajador. Así nació precisamente el

20 (Derecho del Trabajo, Barcelona, 1960, t.I, Pág. 247):

21 (Los Principios del Derecho del Trabajo, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, Pág. 9):

Derecho del Trabajo; de ahí que históricamente las legislaciones hayan establecido este principio en sus leyes positivas.

La explotación del trabajador que carecía de los medios necesarios para equipararse al poder económico y social que poseía el empleador hizo tomar conciencia de esa desigualdad. Por ello el legislador impotente de encontrar soluciones que eliminaran esta disparidad en la relación contractual creó principios que la compensaran. La necesidad de protección histórica de los empleados fabriles y, luego de todos los demás, muestra que el Derecho del Trabajo se origina por una ESPECIAL NECESIDAD DE PROTECCIÓN.

COUTURE estimaba que el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras, de forma tal que los privilegios creados por el legislador le permitan al trabajador recuperar, en el campo jurídico, lo que ha perdido en el campo económico. Por ello es que, en esta rama del Derecho se abandona la idea de la igualdad jurídica.

La dependencia del trabajador al patrono es doble, por lo tanto tiene una especial incidencia en el surgimiento de este principio protector:

- El trabajador se encuentra sometido a las órdenes del empleador en virtud del principio de subordinación jurídica (poder disciplinario – deber de obediencia)
- El trabajador se encuentra sometido a una dependencia económica al poner su fuerza de trabajo, de cualquier índole que esta sea, al servicio de otro a cambio de una remuneración económica.

La justificación de este principio se centra precisamente en la necesidad de dotar al trabajador, quien se presenta como la parte jurídicamente más débil frente a los poderes del empleador, de los elementos necesarios que compense su situación.

Este principio posee las siguientes reglas:

a).- Regla "In Dubio Pro Operario":

Es el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre los varios sentidos posibles de una norma, el que sea más favorable al trabajador.

Sólo se puede recurrir a este principio en caso de DUDA, para determinar el sentido correcto cuando una norma o situación engendra en sí misma varios sentidos. No es posible utilizar el principio para corregir ni para integrar una norma.

De este modo, cuando no exista norma, no es posible recurrir a él para sustituir la voluntad del legislador, ni tampoco para apartarse del significado claro de la norma.

La regla debe ser aplicada en casos de auténtica duda para valorar el verdadero alcance de la norma o de los hechos, escogiendo entre ellos el sentido que más le favorezca al trabajador. No significa ello que pueda ser utilizado para suplir omisiones ni mucho menos para suplir la voluntad del legislador; o el sentido claro y preciso de la norma; o cuando de los hechos no pueda válidamente aducirse la duda.

Bien puede servir esta regla para apreciar adecuadamente el conjunto de los elementos probatorios en razón de que la parte más débil y la que más difícil acceso tiene a las probanzas es el trabajador.

De aquí deriva el problema del "onus probandi" ¿a quién corresponde la carga de la prueba? La posición tradicional sostiene que es a quién efectúa la afirmación del hecho y que sólo cabe apartarse de ello si el legislador estableció presunciones, las cuales suponen una inversión de la carga de la prueba.

b).- Regla de la norma más favorable:

Determina que en caso de que haya más de una norma aplicable, debe optarse por aquella que sea más favorable, aunque no sea la que corresponda de acuerdo a la jerarquía tradicional de las normas.

Esta regla le otorga un especial matiz al Derecho del Trabajo, pues rompe con los esquemas más rígidos y tradicionales de la jerarquía de las normas; de esta manera, es aceptado, que una norma de inferior categoría sea aplicada en un caso concreto por encima de una contraria de superior categoría; aún más, sin necesidad de normas, si un elemento del contrato privado entre trabajador y empleador es más beneficioso que cualquier norma de rango superior se aplicará la primera.

Este principio encuentra, sin embargo, un límite que es importante señalar y son las exigencias de orden público.

Así, se aplicará la norma más favorable siempre que no exista ley prohibitiva del Estado. Esto existe cuando el bien común exige sacrificios de ventajas aparentes de los trabajadores en general.

c).- Regla de la condición más beneficiosa:

Constituye el criterio por el cual la aplicación de una nueva norma laboral nunca debe servir para disminuir las condiciones más favorables en que pudiera hallarse un trabajador.

Esta regla supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable. Así, si una condición más beneficiosa ha sido otorgada provisionalmente, con vida limitada en el tiempo, no puede ser invocada.

Debemos diferenciar 2 situaciones:

- 1) aquellas que surten efectos legales y que por lo tanto son jurídicamente exigibles en cuanto a su cumplimiento, ya que se convierten en fuente de derechos subjetivos.
- 2) las que se otorgan por la mera liberalidad del patrono sin crear derecho subjetivo alguno, por no ser la voluntad del mismo, suelen estar sujetas al previo cumplimiento de requisitos necesarios para el otorgamiento de las ganancias en la empresa.

Esto está íntimamente ligado con lo que denominamos "derechos adquiridos" de los trabajadores, según los cuales, si una determinada situación ha sido dada conscientemente por el empleador por el transcurso de un tiempo razonable y ésta ha ingresado a su patrimonio, se reputarán como parte integral del contrato individual de trabajo y no podrán ser disminuidas por norma alguna aunque la misma sea de superior rango.

2.3.2.2.- Principio de la irrenunciabilidad de derechos:

Este principio establece la imposibilidad de privarse, aún por voluntad de parte, de los derechos concedidos por la legislación laboral.

Este principio constituye otro elemento que diferencia nuestra rama del Derecho de otras; en éstas la irrenunciabilidad de derechos es más bien un principio: las personas pueden obligarse a todo aquello que no les esté prohibido expresamente por la ley; o que no siéndolo constituye un acto ilícito, o que no siéndolo afecte derechos de terceros de buena fe; en nuestra materia es todo lo contrario, pues aún a voluntad de parte expresada libremente, si conlleva una renuncia a un derecho que la ley otorga, en razón de ser de orden público, se entiende que es NULA ABSOLUTAMENTE: no es permitido privarse, aún por voluntad, de las posibilidades o ventajas establecidas en su provecho por la ley laboral.

La irrenunciabilidad de derechos se ha convertido en un principio ÚNICO, PROPIO Y ESPECÍFICO del Derecho del Trabajo.

En general se han señalado ciertas consecuencias ligadas a este principio, entre ellas:

- a) implica una indisponibilidad de los derechos que la ley otorga. Esto significa que atendiendo al carácter que los derechos establecidos en la ley tienen no sólo para el trabajador sino para su familia, sino también para sus compañeros de labores, se impide que las renunciaciones y transacciones se den en detrimento de esos derechos. Implica una intransigibilidad de derechos mínimos y ciertos.

- b) También se vincula este principio con la imperatividad de las normas en razón del orden público que tienen las leyes de trabajo,

Las leyes laborales son imperativas en cuanto establecen condiciones MÍNIMAS de cumplimiento obligatorio para las partes (trabajadores y patronos). Esto quiere decir, que por supuesto pueden ser superadas por voluntad o acuerdo de las partes.

- c) **Carácter de orden público:** De ninguna forma debe pensarse que esta derivación del principio de la irrenunciabilidad de derechos significa que el Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Público. El Derecho del Trabajo es una rama del Derecho Privado. Con la enunciación de este carácter lo que se quiere reafirmar, tal y como lo hemos venido indicando, es que el Estado ha considerado que debe excluirse del ámbito de los particulares la decisión de regular su conducta en forma distinta o contraria de cómo lo ha establecido el legislador.

Una definición de orden público ha sido expresada por Moraes²² de la siguiente forma:

"Orden público significa lo que no puede ser derogado, renunciado, por simple voluntad de los particulares. Es aquello que el Estado juzga imprescindible y esencial para la supervivencia de la propia sociedad, el bien común, la utilidad general..."

Así, la irrenunciabilidad de los derechos deriva del carácter de orden público que tienen las normas del Derecho Laboral.

2.3.2.3.- Principio de continuidad:

Para entender este principio debemos decir que el contrato de trabajo no es un contrato inmutable, sino todo lo contrario, una de sus características es su mutabilidad en el tiempo

22 Filho (Plá Rodríguez, op.cit, Pág. 78)

Toda relación de trabajo es susceptible de ir variando en cuanto a las condiciones originales que le dieron origen precisamente porque estamos hablando de un contrato que involucra el quehacer humano. Esto, como lo veremos más adelante, tiene íntima conexión con otro importante principio cual es el de la "primacía de la realidad".

Por lo tanto partimos también de la base que la relación laboral no puede ser pasajera sino que se supone una vinculación que se quiere, por mutuo acuerdo, prolongar en el tiempo.

Esto se entiende porque uno de los principales fundamentos de la relación de trabajo es que el trabajador se identifique con la Empresa, de ahí que también redunda en interés del empresario que aquél permanezca a su servicio el mayor tiempo posible en vista de la especialización y conocimiento que de su negocio ha alcanzado a través del tiempo. La antigüedad tiene especial connotación especialmente si la estudiamos desde el punto de vista económico, es decir, si vemos que de ella se hace depender las indemnizaciones y derechos de los trabajadores, se fomenta, por parte de las legislaciones laborales, la prolongación en el tiempo de la relación de trabajo.

2.3.2.4.-Principio de la Primacía de la realidad:

Este principio significa que en caso de discordancia entre lo que surja de documentos o acuerdos escritos y lo que ocurre en la práctica, se prefiere lo último.

Como hemos venido exponiendo, aceptamos que siendo el contrato de trabajo una relación mutable, se encuentra sujeta a cambios o variaciones que muchas veces no quedan por escrito; de ahí que lo que originalmente se pactó pueda perfectamente variar con el transcurso del tiempo.

También debemos aceptar que el quehacer del hombre en la vida moderna se modifica más rápido de lo que pueden ir variando las normas, contratos o reglas; no podemos por lo tanto hacer depender ese quehacer de formas rígidas y estrictas como son los contratos, y esto es aún más evidente en el campo laboral en el que se conjugan aspectos tan variados como la necesidad de empresa, el desarrollo tecnológico, etc.

De ahí la expresión jurídica de que el contrato laboral es un CONTRATO REALIDAD. El contrato laboral depende más de una situación objetiva (cumplimiento de la prestación de servicios) que de una situación subjetiva. El contrato existe no por el mero acuerdo de voluntades sino de la realidad de la prestación por encima de las formas o acuerdos jurídicos a los que las partes hayan llegado.

2.3.2.5.- Principio de la razonabilidad:

Por este principio entendemos la afirmación esencial de que el ser humano en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón.

En el campo del Derecho Laboral la aplicación de este principio actúa en dos sentidos:

1. Sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución. En la inmensidad de situaciones en que una persona se coloca al servicio de otra mediante el pago de una retribución existe una infinidad de situaciones equívocas, confusas: son las famosas zonas grises del Derecho Laboral y se refieren a aquellas en las que se requieren un estudio para poder determinar si se trata o no de una relación de trabajo. No en pocas ocasiones se trata de disimular al amparo de formas legales las verdaderas relaciones laborales; el criterio de racionalidad puede servir como criterio distintivo en situaciones límites o confusas en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación.
2. Este principio parte del supuesto de que el hombre común actúa generalmente conforme a la razón y encuadrado en ciertos patrones de conducta. Las excepciones deben justificarse y probarse especialmente y para descubrir la realidad de las cosas utilizamos los principios que hemos enunciado.

También sirve como cauce, como límite, como freno de ciertas facultades cuya amplitud puede prestarse para arbitrariedades.

La esencia misma de la relación de trabajo mediante la cual una persona se pone al servicio de otra durante un lapso de tiempo para que ésta le indique las tareas y le

determine la forma en que debe actuar, obliga a ciertos límites elásticos y variados que mantengan ESE PODER DE DIRECCION que posee el patrono dentro de los cauces adecuados

Este poder de dirección de la Empresa que tiene el empleador frente al trabajador requiere de una DISCRECIONALIDAD en el actuar de éste, pero en aras de esa discrecionalidad no podría aceptarse la arbitrariedad.

El principio de racionalidad tiende a evitar las actuaciones arbitrarias del patrono en la toma de decisiones que involucren el desempeño de las funciones o tareas contratadas con el trabajador.

Es principio tiene gran aplicación en casos de:

- JUS VARIANDI que es la posibilidad que tiene el empleador de variar las condiciones de trabajo dependiendo de las necesidades de empresa, pero sin que ello signifique una arbitrariedad: Debe justificar razonablemente ese cambio.
- PODER DISCIPLINARIO nadie puede negar el poder disciplinario del empleador, pero la medida correctiva debe ser aplicada en proporcionalidad a la falta cometida, actuando razonablemente.

2.3.2.6.- Principio de Buena Fe:

Esta norma exige un determinado comportamiento a ambas partes de la relación de trabajo: empleador y trabajador. La buena fe por lo tanto no es una norma sino un principio jurídico fundamental, es algo que debemos admitir como SUPUESTO DE TODO ORDENAMIENTO JURIDICO. Fluye de múltiples normas aunque no se le mencione expresamente.

Recuérdese que la relación de trabajo no se limita a unir a dos sujetos para lograr fines meramente económicos, no crea derechos y obligaciones meramente patrimoniales, sino también personales. Se exige la CONFIANZA RECIPROCA, para el debido cumplimiento de esas obligaciones se exige que las partes actúen de buena fe.

Se refiere a la conducta que debe mostrarse al cumplir realmente con su deber, supone una actuación ejecutada en forma honesta y honrada.

No basta el dicho de la persona pues, si ello fuera así, estaríamos dejando al arbitrio de la mera subjetividad la determinación de la buena fe sino que deberá analizarse la actuación externa de ese dicho y ver si coincide con las valoraciones vigentes de la comunidad.

El principio de buena fe es una forma de vida, un estilo de conducta que deriva de las dos obligaciones fundamentales de las partes.

2.3.3.- CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo es el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador para intercambiar actividad subordinada por remuneración. El contrato de trabajo da inicio a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador.

Nuestra legislación no da un concepto del contrato de trabajo, sin embargo menciona los elementos esenciales de esta, conforme lo tenemos en el art. 4º del D.S. N° 003-97-TR. TEXTO UNICO ORDENADO DEL DEC. LEG. N° 728, LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

2.3.4.-SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

Son sujetos del contrato de trabajo, el trabajador y el empleador.

2.3.4.1. El trabajador.-

Denominado también servidor, dependiente, asalariado, obrero o empleado; el trabajador es la persona física que se obliga frente al empleador a poner a disposición y subordinar su propia y personal energía de trabajo, a cambio de una remuneración. Es el deudor del servicio y el acreedor de la remuneración.

El trabajador ha de ser una persona física (hombre o mujer), con la edad mínima o máxima permitida por Ley para realizar el trabajo.

2.3.4.2. El Empleador.-

Conocido también como patrono o principal; el empleador es la persona física o Jurídica que adquiere el derecho a la prestación de servicios y la potestad de dirigir la actividad laboral del trabajador, que pone a su disposición la propia fuerza de trabajo, obligándose a pagarle una remuneración. Es el deudor de la remuneración y el acreedor del servicio.

2.3.5.- ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

La doctrina es muy variada respecto a este punto, consideró que los elementos serían de tres tipos:

- a) Genéricos.
- b) Esenciales.
- c) Típicos.

2.3.5.1.- Elementos Genéricos.-

Son los que corresponden a todo contrato, o aún más a todo acto jurídico. El artículo 140° del Código Civil considera para la validez del acto jurídico los siguientes requisitos: 1) Agente capaz. 2) Objeto físico y jurídicamente posible, 3) Fin Lícito. 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En todo contrato se requiere el consentimiento, consideramos que estos elementos, implícitamente ya deben estar al momento de surgir el contrato de trabajo.

2.3.5.2. Elementos Esenciales.-

Para la existencia del contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos esenciales:

- a) Prestación personal de servicios.
- b) Subordinación.
- c) Remuneración.

2.3.5.2.1. Prestación personal de servicios.-

El trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, debiendo prestar los servicios en forma personal y directa.

Lo que el trabajador se obliga es a trabajar, que en la terminología jurídica es “prestar servicios”.

Los servicios deben entenderse jurídicamente en el sentido más amplio pensable, comprendiendo cualquier tipo de trabajo, indistintamente manual o intelectual.

El Art. 5º del D.S. N° 003-97-TR expresa: “Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

2.3.5.2.2. Subordinación.-

La subordinación consiste en el poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador. Ese poder de dirección se concreta en tres atribuciones especiales, reconocidos al empleador: dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador.

La subordinación es un elemento contingente, es decir, es un poder jurídico que detenta el empleador, pero no siempre tiene que ser ejercitado, mucho menos con la misma intensidad cada ocasión. Por tanto la falta de ejercicio de algunas de las facultades inherentes al poder dirección (por ejemplo el empleador constata una infracción y no lo sanciona) no desvirtúa ni hace que desaparezca la subordinación.

El Art. 9º del D.S. 003-97-TR, considera que “por la subordinación el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las ordenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

La subordinación constituye el elemento fundamental y exclusivo del contrato de trabajo, puesto que los otros contratos de servicios por cuenta ajena, como la de locación de servicios y contrato de obra, son cumplidos con autonomía.

La jurisprudencia peruana considera que la “subordinación se manifiesta en el hecho de que al poner el trabajador su capacidad laboral a disposición del empleador, le otorga éste el poder de dirigirlo, de darle órdenes y de controlarlo; y el trabajador, por su parte se obliga a obedecerle”. (Exp. N° 652-93-SL-CSJL).

La Jurisprudencia española acorde a la situación de mayor complejidad de la actividad económica en España, entiende a la subordinación como, estar situado el trabajador dentro de la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empleador, de modo que es este concreto dato el que marca las diferencias de una “autoridad tácita” del empleador, pese a una posible autonomía “fáctica” en la prestación del trabajador, no excluye así la calificación de lo laboral de la relación, en aquellas ocasiones en que el dato de la subordinación no se exterioriza con la suficiente nitidez, la jurisprudencia tiende a utilizar elementos indiciarios que, sin considerarse como requisitos de indispensable concurrencia para que se pueda afirmar la presencia de la subordinación pueden ser sin embargo, en casos concretos, claros exponentes de la presencia de un vínculo laboral, pudiendo ser los siguientes: el control sobre el trabajo realizado, ejecución personal de la prestación de servicios, la asistencia

regular al lugar de la prestación de servicios, la exclusividad en la prestación de servicios, la ejecución o no a horarios fijos, el hacer publicidad de la empresa en vehículo de transporte, la vestimenta, la actuación o no del titular del negocio, la titularidad de las herramientas de trabajo o del local del negocio, etc.

2.3.5.2.3. Remuneración.

Es la retribución que recibe el trabajador de parte del empleador a cambio de su trabajo. Es el principal derecho del trabajador surgido de la relación laboral. Tiene carácter contraprestativo, en cuanto retribución por el trabajo brindado.

La denominación más antigua es, no obstante, la del salario, que viene de la palabra latina *salarium*, la que a su vez se deriva de *sal*, con la cual se hacían ciertos pagos. El término salario subsiste con la misma generalidad que la expresión remuneración, pese a que con una significación más restringida, indica también el pago efectuado al obrero. El convenio 95 de la OIT, de junio de 1949, sobre la protección del salario utiliza esta denominación al decir “A los efectos del presente convenio, el término “salario” significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este haya prestado o debe prestar” (Art. 1º)

Constituye remuneración para todo efecto legal el integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición. La alimentación otorgada en crudo o preparado y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente al trabajador teniendo naturaleza remunerativa cuando constituyen la alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena (art. 6º D.S. 003-97-TR).

Debemos hacer presente que no constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en el artículo 19° y 20° del T.U.O. del Dec. Leg. N° 650.

Para nuestro ordenamiento laboral, la importancia de la presencia de los elementos esenciales es clara de un lado, se requiere de la conjunción de todos ellos (allí radica su esencialidad) para generar una relación de naturaleza laboral, por lo que si faltara alguno estaríamos ante una relación de naturaleza distinta (civil o comercial).

Pero, por otro lado, su sola presencia hace presumir la existencia de una relación laboral de carácter indefinido. Esto último significa que podrá demostrarse en cada caso, y siempre que se cumpla los requisitos señalados en la Ley, que el contrato de trabajo esté sujeto a modalidad (contrato temporal).

La presunción establecida exige, suponer una preferencia por los contratos a plazo indefinido, al mismo tiempo que muestra el carácter excepcional de los contratos bajo modalidad. Esto es una situación que – en teoría- apuntala al principio de continuidad o estabilidad de la relación laboral y que es acorde con la regla constitucional de protección contra el despido arbitrario (Art. 27° de la Constitución), cuya única garantía o si se quiere garantía eficaz, supone necesariamente reconocer, en forma simultánea y en un mismo nivel, tanto la estabilidad de entrada (preferencia por los contratos a plazo indefinido) como la de salida (la resolución del contrato de trabajo no puede responder al arbitrio del empleador, sino a circunstancias objetivas).

2.3.5.3 Elementos Típicos.-

Los elementos típicos, son ciertas características que los ordenamientos laborales buscan fomentar por cuanto su presencia favorece a los trabajadores. En si ayudan a determinar la verdadera naturaleza de la relación cuando ésta es controvertida.

Los elementos, que suelen calificar a una relación de trabajo como “típico” o “atípico” son los siguientes:

- La duración de la relación: el contrato de trabajo puede ser a plazo indefinido o encontrarse sujeto a modalidad.
- La duración de la jornada: que puede ser a tiempo completo a tiempo parcial.
- El lugar de prestación del servicio: el mismo que puede realizarse en el centro de trabajo de trabajo o fuera de él.
- El número de empleo (o empleadores) que tiene el trabajador: los servicios que se presten pueden ser exclusivos – para un solo empleador – o se puede estar pluriempleado.

Boza Pro indica que es un contrato de trabajo “típico” aquel que se establece por tiempo indefinido, se presta en el centro de trabajo, en una jornada completa y en forma exclusiva para un empleador. La ausencia de algunos de los elementos antes señalados, no invalida ni desnaturaliza el contrato de trabajo, únicamente convierte en “atípica” la relación de trabajo.

2.3.6.- CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo tiene los siguientes caracteres:

- ☐ Consensual: Nace del simple acuerdo de voluntades de las partes.
- ☐ Bilateral: Existe el interés de dos partes: trabajador y empleador, cada una de las partes se obliga a cumplir una prestación.
- ☐ Oneroso: Cada parte debe cumplir con una prestación que signifique desprenderse de algo en beneficio de la otra: la fuerza de trabajo (trabajador) y la remuneración (empleador).
- ☐ Conmutativo: Es el momento de la celebración del contrato ya se conocen las prestaciones a cargo de ambas partes, entrega de la fuerza de trabajo (trabajador) y pago de la remuneración (empleador).
- ☐ Tracto sucesivo: Su ejecución se da en el transcurso de tiempo a través de prestaciones que se ejecutan permanentemente.

2.3.7.- FORMALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad.

El contrato indeterminado puede celebrarse en forma verbal o escrita.

El contrato de trabajo sujeto a modalidad, en la cual se permite pactar a plazo fijo, se celebrarán en algunas circunstancias y cumpliendo determinadas formalidades, necesariamente deben constar por escrito.

Otros contratos de trabajo, como el contrato a tiempo parcial, trabajo a domicilio y los contratos de regímenes laborales especiales, se sujetaran a las formalidades establecidas por las normas que los regulen.

2.3.8.- EFECTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO.

El contrato de trabajo se convierte en el título jurídico del que se deriva la atribución patrimonial de los frutos del trabajo al empleador.

La relación laboral determina el pago de una serie de beneficios laborales, como seguro de vida, gratificaciones semestrales, vacaciones anuales pagadas, compensación por tiempo de servicios, participación en utilidades, indemnización por despido arbitrario, remuneración mínima vital, asignación familiar, entre otros.

2.3.9.- CLASES DE CONTRATO DE TRABAJO:

Según la legislación empresarial peruana, existen tres clases de contratos de trabajo:

- ☐ Contratos a Tiempo Indeterminado, un periodo no definido, en razón a su naturaleza permanente o a su continuidad por un periodo mínimo exigido por la ley.
- ☐ Contrato a Tiempo Parcial
- ☐ Contratos Sujetos a Modalidad

En lo que respecta a los dos primeros, la diferenciación la marca el plazo o tiempo de duración contractual.

En lo que respecta a éste punto, es de vital importancia conocer los aspectos subyacentes del contrato de trabajos sujetos a modalidad; aspecto que pasamos a explicar.

2.3.9.1. Contratos sujetos a modalidad.

Por principio general debe entenderse que en toda relación laboral, se presume la existencia de una relación de carácter permanente si se tiene en cuenta que el Contrato de Trabajo se rige por el Principio de Continuidad, el cual considera al mismos “...como uno de duración indefinida, haciéndole resistente a las circunstancias que en ese proceso pueden alterar este carácter, de tal manera que el trabajador pueda trabajar mientras quiera, mientras pueda y mientras exista la fuente de trabajo, salvo las excepciones que puedan limitar legítimamente la duración del empleo o su terminación por causas específicas.

En tal sentido en virtud de esta vocación de permanencia que posee el Contrato de Trabajo, como señala el Dr. Mario Pasco, el contrato de trabajo debe durar lo que debe la causa que lo motivó, y, por ende preferir una contratación determinada antes de un contrato a plazo o modal; criterio que ha sido recogido por nuestra Ley de

Productividad y Competitividad Empresarial, en el primer párrafo de su Artículo 4° “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado...”; sin embargo, esta realidad se ve alterada con la flexibilización de ámbito laboral surgido en la década del 80, cuando se ampliaron los límites de permeabilidad de muchas de las instituciones del derecho del trabajo las instituciones como la estabilidad de entera, tuvieron que ceder ante la política de generación de puestos de empleos a través de la facilidad e incentivo de las contrataciones a tiempo determinado o contratos modales que, tuvo lugar tan solo a continuación del concepto mencionado en el primer párrafo del artículo aludido, si se tiene en cuenta que este señala en sus segundo y tercer párrafo que: “...El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece. También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”.

De lo expuesto parecería a simple vista que en la regla hubiera surgido un revés, siendo ahora la contratación modal la regla y el contratación indeterminada la excepción, sin embargo esta apreciación constituye únicamente una visión a priori, si se tiene en cuenta la esencia de la prestación de trabajo la cual no puede ser alterada en función de las circunstancias, tiempos o modelos socio económicos a aplicarse, no pudiendo pese a ello dejar de reconocer la contribución de los contratos modales en la generación de nuevos empleos , lo cual en si mismo trae más ventajas que perjuicios; constituyendo el aspecto negativo, el uso y abuso de los mismos en supuestos en que no corresponden ser aplicados y su utilización para defraudar la ley laboral.

Según el artículo 53° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o

de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Siendo así, la norma en cuestión regula los siguientes contratos sujetos a modalidad:

Contratos Sujetos a Modalidad:

- ☐ Contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad: 3 años
- ☐ Contrato por necesidades del mercado: 5 años
- ☐ Contrato por reconversión empresarial: 2 años
- ☐ Contrato ocasional: 6 meses
- ☐ Contrato de suplencia
- ☐ Contrato de Emergencia
- ☐ Contrato Específico
- ☐ Contrato Intermitente: No hay lugar a renovación o nuevo contrato.
- ☐ Contrato de Temporada

SUB CAPITULO IV: MODALIDADES DE LA CONTRACCIÓN LABORAL Y SU DESNATURALIZACIÓN

2.4.1.- CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIO CAS D.L. 1057

Como todo proveedor de servicios que no toma en cuenta lo que quiere el cliente, el Estado no ha tomado en cuenta lo que la mayoría de SNP seguramente desearía; esto constituye un claro ejemplo de no analizar debidamente uno de los procesos de servicio más importante del Estado hacia la población: el régimen de servicios no personales (SNP). Ha debido existir un estudio más fino previo de las necesidades reales de cada grupo de trabajadores SNP en diversas circunstancias, así como determinar el impacto que esta norma generaría. No sólo ha debido mirarse el marco legal y las posibilidades de hacerlo, sino sobre todo, el sentir del personal SNP, cómo viene manejando su vida personal y familiar con su situación de SNP y cómo ha podido labrarse un espacio en el sistema de trabajo actual dentro de la administración pública. No se trata de criticar alegremente. Brindar condiciones favorables al trabajador es muy bueno. Contar con un seguro de atención de salud y seguro de pensiones es bueno, pero sería muy necesario ver en qué condiciones especiales o circunstancias se debe aplicar, segmentando al público objetivo de SNP que actualmente existe y realizar el análisis para cada grupo de estudio, a efectos de no incurrir en medidas que pueden resultar sorpresivas o que afecten silenciosamente el neto en el bolsillo de muchos SNP. Considero también que, todo esto tampoco es responsabilidad de jefes, gerentes o directores de las diversas entidades del Estado, pues ellos solamente deben acatar y hacer cumplir el dispositivo legal. El problema no es el fondo sino la forma que se le ha dado al dispositivo legal. De todas maneras, sea cual fuese la opinión sobre el tema (favorable o desfavorable), el tema del régimen CAS da para reflexionar por muchos días más. Las personas contratadas por alguna modalidad contractual laboral con cargo a fondos de programas o proyectos que tengan financiamiento de cooperación internacional reembolsable o no reembolsable, también se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento.

□ **Antecedentes del Estudio.**

El CAS es un régimen especial de contratación de naturaleza típicamente laboral, no obstante que la propia ley negaba su naturaleza; sin embargo el Tribunal Constitucional, en la ejecutoria recaída en el Expediente N° 00002- 2010- PI/TC, de fecha 07 de setiembre del año 2010 determinó su naturaleza laboral, y no lo comprende en ninguno de los regímenes laborales y carreras administrativas del Estado. De allí que los inmersos en el CAS tienen derecho al descanso físico semanal y anual; a ser comprendido en cualquiera de los regímenes pensionarios: SNP o AFP y a acumular en ellos el periodo anterior prestado bajo contrato de SNP; a la atención de su salud; entre otros derechos que son típicos de una relación laboral. La Ley N° 29157, a cuyo amparo el Poder Ejecutivo expidió la norma legal que regula el CAS, facultó legislar, entre otras materias, para la mejora del marco regulatorio, fortalecimiento institucional y simplificación administrativa, modernización del Estado; así como para la promoción del empleo y del micro pequeñas y medianas empresas. Entonces, el CAS tiene por finalidad la promoción de un empleo digno, razón por la que se les reconoce ciertos derechos propios de quienes están relacionados laboralmente con el Estado.

2.4.2.-CONCEPTO

El contrato, en un sentido amplio, lo podemos definir como un acuerdo entre partes del que nacen obligaciones recíprocas y para el que, dada su trascendencia social y económica, la Ley, establece unas normas y consecuencias jurídicas. Para contratar a una persona a través del CAS, con el fin de garantizar los principios establecidos en el Decreto Legislativo N° 1057 de mérito, capacidad, igualdad de oportunidades y profesionalismo. Las Entidades Públicas deberán seguir el procedimiento regulado en el artículo 3° del Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, modificado por el D.S. N° 065-2011-PCM, establece que el procedimiento a contratar se da por las siguientes etapas:

- Preparatoria: Comprende el requerimiento del órgano o unidad orgánica usuaria, que incluye la descripción del servicio a realizar y los requisitos mínimos y las competencias que debe reunir el postulante, así como la descripción de las etapas del procedimiento, la justificación de la necesidad de

contratación y la disponibilidad presupuestaria determinada por la oficina de presupuesto o la que haga sus veces de la entidad. No son exigibles los requisitos derivados de procedimientos anteriores a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1057 y de este reglamento.

- Convocatoria: Comprende la publicación de la convocatoria en el portal institucional, en un lugar visible de acceso público del local o de la sede central de la entidad convocante sin perjuicio de utilizarse, a criterio de la entidad convocante, otros medios de información adicionales para difundir la convocatoria.

La publicación de la convocatoria debe hacerse y mantenerse desde, cuando menos, cinco (5) días hábiles previos al inicio de la etapa de selección. Debe incluir el cronograma y etapas del procedimiento de contratación, los mecanismos de evaluación, los requisitos mínimos a cumplir por el postulante y las condiciones esenciales del contrato, entre ellas, el lugar en el que se prestará el servicio, el plazo de duración del contrato y el monto de la retribución a pagar, conforme a la Segunda Disposición Complementaria Final del presente Reglamento.

- Selección: Comprende la evaluación objetiva del postulante. Dada la especialidad del régimen, se realiza, necesariamente, mediante evaluación curricular y entrevista, siendo opcional para las entidades aplicar otros mecanismos, como la evaluación psicológica, la evaluación técnica o la evaluación de competencias específicas, que se adecuen a las características del servicio materia de la convocatoria.

En todo caso, la evaluación se realiza tomando en consideración los requisitos relacionados con las necesidades del servicio y garantizando los principios de mérito, capacidad e igualdad de oportunidades. El resultado de la evaluación, en cada una de sus etapas, se publica a través de los mismos medios utilizados para publicar la convocatoria, en forma de lista por orden de mérito, que debe contener los nombres de los postulantes y los puntajes obtenidos por cada uno de ellos.

2.4.3.- NATURALEZA JURÍDICA

El régimen especial de contratación administrativa de servicios es aplicable a toda entidad pública sujeta al Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; asimismo, a las entidades públicas sujetas al régimen laboral de la actividad privada, con excepción de las empresas del Estado. El contrato administrativo de servicios constituye una modalidad especial propia del derecho administrativo y privativo del Estado. Se regula por la presente norma, no se encuentra sujeto a la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, al régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales. La presente norma no se aplica a los contratos de prestación de servicios de consultoría o de asesoría, siempre que se desarrollen de forma autónoma, fuera de los locales o centros de trabajo de la entidad.

2.4.4.- FUENTES EN LAS QUE SE BASA EL CONTRATO.

2.4.4.1. Constitución

En las constituciones se contemplan las garantías y libertades que tienen los individuos, y la protección de que gozan frente al Estado. En ellas han comenzado a incorporarse derechos sociales que regulan garantías mínimas asegurables para los trabajadores, y frente a sus empleadores. Es así como empiezan a aparecer, en los textos constitucionales, principios y derechos laborales que adquieren el rango normativo máximo: el constitucional. Entre ellos se pueden mencionar:

- ☐ Derecho al trabajo.
- ☐ Derecho al salario mínimo.
- ☐ Indemnización ante despido injusto.
- ☐ Jornada de trabajo, descanso semanal y las vacaciones.
- ☐ Seguridad social. En algunos países este es un mecanismo tripartito: el empleado, el patrono y el estado aportan dinero.
- ☐ Estabilidad de los funcionarios públicos.
- ☐ Seguridad e higiene en la empresa, para tener un ambiente limpio y sano de trabajo. La materia contempla dos temas específicos: los accidentes del

trabajo y las enfermedades profesionales.

- ☐ Derecho de sindicación.
- ☐ Derecho de huelga y de cierre patronal. Con esto se da una igualdad de armas: si el trabajador tiene derecho a la huelga, el empleador tiene derecho al cierre. Algunos ordenamientos excluyen del derecho a huelga para aquellos sectores que proveen servicios públicos trascendentales.
- ☐ Derecho a negociar colectivamente.

2.4.4.2. Legislación nacional

Las fuentes del Derecho laboral. Es la expresión máxima del intervencionismo del Estado en esta materia.- La ley es la fuente más importante del derecho laboral, puesto que cada Estado dentro su legislación tendrá su ordenamiento jurídico respecto del trabajo y dichas disposiciones tendrán que ser acatadas tanto por empleadores como empleados dentro de determinada jurisdicción.

Muchos ordenamientos jurídicos, especialmente en Latinoamérica, iniciaron la tendencia de separar la legislación laboral de la civil, y elaborar códigos especializados sobre la materia, muchos de ellos basados en los principios cristianos de justicia social (manifestados en documentos de la Iglesia Católica, como las Encíclicas Rerum Novarum, Cuadragésimo Año, Mater et Magistra y Laborem Exercens, entre otras), de donde se extraen los principios tales como: salario mínimo, derecho de sindicalización y la negociación de convenciones colectivas.-El código laboral de cada estado es aquel que contendrá las disposiciones legales que regularan las relaciones laborales, puesto que contendrá todos aquellos derechos y obligaciones para empleadores y trabajadores, así como también estipulara todas aquellas sanciones en caso de infracciones a las normas legales.

2.4.5.- CONTEXTO EN EL QUE SE DA EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057.

Con la implementación del Tratado de Libre Comercio con EE.UU, y actuando en calidad de legislador delegado, al amparo de la Ley N° 29157, en el mes de junio del 2008, el Poder Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo 1057, mediante el cual se creó el Régimen de Contratación Administrativa de Servicios.

Conforme a la Cuarta Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N°1057, dicha norma entró en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, es decir, se encuentra vigente desde el 29 de junio de 2008 y sus normas son de obligatorio cumplimiento. El ámbito de aplicación de la norma, como el propio Decreto Legislativo N° 1057 establece, abarca a todas las entidades de la administración pública que cuenten con personas que presten servicios de carácter no autónomo mediante alguna modalidad contractual no laboral.

Con excepción de las Empresas del Estado, la norma se les aplica a todas las Entidades Públicas, en el Expediente N° 00002- 2010- PI/TC, El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad promovida contra dicho Decreto Legislativo, estableciendo que el denominado “Contrato Administrativo de Servicios”, es propiamente régimen “Especial” de contratación laboral para el sector público. Mediante D.S. N° 075-2008-PCM, se reconoció el ejercicio del derecho de sindicación y huelga regulado en el Artículo 28 de la Constitución Política del Perú y mediante Ley N° 29849, publicada el 06 de abril del 2012, se otorga derechos laborales a los trabajadores contratados por CAS, estableciendo que tiene carácter transitorio y su acceso se realiza obligatoriamente mediante concurso público.

Mediante el D.S.N° 065-2011-PCM, se modificó el Reglamento primigenio aprobado por el DS N° 075-2008-PCM, incorporándose el articulado pertinente respecto al derecho de Sindicación y Huelga.

No obstante, los abusos y atropellos a la estabilidad de los trabajadores, se veían en total desamparo dada la sentencia del Tribunal Constitucional, cuya sentencia es vinculante para todos los Poderes Públicos y no pueden ser desacatadas por ninguna autoridad del Poder Judicial bajo responsabilidad. Por ello, se dió proyectos de Ley que buscaban la

derogación de este Decreto Legislativo, y el pase inmediato de los trabajadores, según el régimen laboral de cada institución pública.

La Comisión de Trabajo del Parlamento aprobó por unanimidad, el Proyecto de Ley que disponía la eliminación inmediata del Decreto Legislativo 1057 y el traspaso automático a la planilla estatal de los trabajadores que contaran con un mínimo de 3 años de servicio.

Por su parte, el Poder Ejecutivo, envió un Proyecto de Ley que establecía una suerte de derogación parcial y reconocimiento de otros derechos laborales. Se concluyó que los trabajadores no pasarían a la planilla del Estado.

2.4.6.- DESNATURALIZACIÓN DEL CAS y los SNP.

La Primera Disposición Complementaria Final del Reglamento del CAS establece que las referencias normativas a la contratación de Servicios No Personales se entienden realizadas a la contratación administrativa de servicios. Entonces, se trata de una remisión normativa que complementa a la principal y, por tanto, tendrá una relativa permanencia desde que estas disposiciones –como se reitera complementan al cuerpo normativo principal. Distinto es el caso de las disposiciones transitorias que regularán el tránsito de implementación definitiva del CAS y que se agotarán cumplida la condición en ellas establecidas; esto es, desaparecerán o perderán vigor y, autónomamente, cumplidos la acción y/o plazo contenidos en estas disposiciones transitorias. Entonces, a la luz de esta disposición complementaria, por su ubicación normativa, continuarán teniendo vigor la relacionada con los Servicios No Personales, en lo que sea aplicable.

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00002-2010-PI/TCP, declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada contra las normas que regulan esta modalidad contractual, indicó que pese a la denominación dada a los contratos suscritos bajo el marco del Decreto Legislativo N° 1057, en los considerandos 20 y 26 de la Resolución, añade que estos son de naturaleza laboral, que no resulta inconstitucional considerar a este régimen como uno de derecho Laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes en la contratación de personal en el seno de las entidades públicas .

Sin embargo en el Expediente N° 01154-2011-PA/TC, el Tribunal Constitucional al verificar la vulneración del derecho al trabajo de la demandante, ordenó al verificar la vulneración del derecho al trabajo de la demandante; la reposición de un servidor público contratado bajo la modalidad de contrato administrativo de servicios CAS, previamente sujeto a un contrato de trabajo bajo el régimen laboral de la actividad privada. El Tribunal verificó que la demandante laboró como especialista administrativo desde el 01 de febrero del 2003 al 12 de junio del 2007, bajo la modalidad de contratación por servicios específicos. Luego, desde el 13 de junio del 2007 hasta el 30 de junio del 2008, prestó servicios, en el cargo de asistente administrativo I, mediante contratos de Locación de Servicios. Posteriormente la demandante laboró bajo el D. Leg. N° 1057, desde el 01 de julio del 2008 hasta el 30 de septiembre de 2009. Finalmente, desde el 1 de octubre de 2009 hasta el 31 de mayo de 2010 la demandante prestó servicios mediante contratos de locación de servicios desempeñándose como administradora.

Considero correcta la aplicación correcta del TC en la sentencia del expediente N° 01154-2011-PA/TC, en la medida que se da un acto de disposición de derechos legales, que en virtud del principio de irrenunciabilidad, dichas contrataciones se considerarían nulas y, por lo tanto, el contrato de trabajo previo, celebrado bajo el régimen laboral de la actividad privada mantendría sus efectos. La continuidad en los cargos administrativos pese a las contrataciones de distintas modalidades, no hacen sino evidenciar que la entidad demandada buscaba eludir las obligaciones laborales y sociales que venía cumpliendo.

Los criterios del Tribunal Constitucional para el Especialista en Derecho Laboral Manuel Gonzalo DE LAMA LAURA, permite elaborar el siguiente cuadro:

MOMENTO DE CELEBRACIÓN DEL CAS	CRITERIO DEL TC	SENTENCIAS	COMENTARIOS
Cuando está precedido de contratos civiles	En el Proceso de Amparo resulta innecesario e	Exp. N° 03818-2009-PA/TC	Partiendo del Criterio del TC, la Corte Superior de Lima considera que

que simulan una relación laboral.	irrelevante que se dilucide si con anterioridad a la suscripción del CAS se dio una relación laboral encubierta por contratos civiles, pues en el caso de que ello hubiese sucedido dicha situación de fraude constituye un periodo independiente del inicio del CAS que es constitucional.		estamos frente a periodos independientes por lo que al contrato de trabajo encubierto se le aplicarán las reglas del régimen laboral de la actividad privada o la carrera administrativa.
Cuando procede a contratos civiles que simulaban una relación laboral.	No se genera una relación Laboral regulada por el D.S. 003-97-TR, o el D. Leg. N° 276, dado que el CAS se prorroga automáticamente. No importaría si la suscripción de contratos civiles	Exp. N° 03931-2011-PA/TC Exp. N° 01660-2010-PA/TC Exp. N° 02013-2011-PA/TC	Este criterio convalidaría una conducta elusiva de las obligaciones laborales a favor del servidor público al darles las mismas consecuencias de la prórroga automática del CAS cuando en realidad se buscaba encubrir una relación laboral y no se trataba de un simple olvido

	resulta fraudulenta.		en la suscripción del CAS
Cuando ésta precedido de contratos de trabajo bajo el régimen privado	En virtud de los principios de irrenunciabilidad y continuidad el trabajador afectado tendría que ser repuesto.	Exp. N° 01154-2011-PA/TC	Esta postura se aleja de la línea jurisprudencial del TC que respaldaba al CAS, aunque improbable este criterio resulta adecuado.
Cuando precede contratos de trabajo	Esta situación aún no ha sido puesta al examen del TC, aunque resultaría muy poco probable que se presente.	-----	Esta situación implica una mejora en las condiciones del Servidor Público

Mediante el principio de la primacía de la realidad, en la amplia jurisprudencia judicial y constitucional, los contratos SNP, han experimentado transformaciones positivas para convertirse en contratos de trabajo ya sea en el régimen laboral público o privado del Estado, consideramos que la jurisprudencia no puede padecer de involuciones, auguramos que se continúe por este norte, a fin de poder determinarse que en realidad los Contratos Administrativos de Servicios-CAS celebrados al amparo del CAS, se califiquen como de naturaleza laboral: lo cual, amerita ir paulatinamente expidiendo la normatividad que así lo reconozca, evitándose la repetición de la carga judicial generada por los ex SNP. Comprende a quienes prestan sus servicios desarrollando actividades o tareas "no autónomas"; esto es, sujetos a la dirección técnica y disciplinaria del contratante (subordinación), a la asistencia diaria y por un período de tiempo no mayor de 48 horas semanales (horario) y al pago (remuneración) mensual de sus servicios; los cuales,

obviamente, constituyen las típicas condiciones de toda relación laboral. A lo que se agrega, el reconocimiento de un descanso físico de 30 días por cada año de servicios, el derecho a prestaciones de salud y a optar por un régimen pensionario, exigir el reconocimiento de sus derechos en la vía judicial ante la insuficiencia normativa. Dependerá de la legalidad y pericia con que actúe el operador público que administra este CAS, pues puede generar incertidumbre y también arbitrariedades si se sigue tratando al CAS como se hacía en el pasado con los SNP; aplicándoles resoluciones o renovaciones contractuales unilaterales y arbitrarias. Esto adicionaría un perjuicio mayor al Estado, desde que la judicialización de las reclamaciones, generarían costos administrativos y judiciales y, lo que es más, aumento de la carga judicial y de las actividades de defensa del Estado (Procuradurías Públicas). Consideramos que se trata de una importante norma, con la que se inicia el esperado reconocimiento legal de los derechos laborales de quienes, por largo tiempo, estuvieron desprotegidos de la seguridad social, sin descanso vacacional, laborando más allá de la jornada ordinaria, sin beneficios pecuniarios y sin derecho a participar en los programas de capacitación y estímulos. Es un paso decisivo para reducir la precariedad laboral y avanzar hacia la formalización del empleo público.

2.4.7.- BENEFICIOS CONSIDERADOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1057, Y SU MODIFICATORIA POR LEY N° 29849.

Según el Decreto Legislativo N° 1057, el Contrato Administrativo de Servicios comprende únicamente lo siguiente:

- Un máximo de 48 horas de prestación de servicios a la semana.
- Descanso de 24 horas continuas por semana.
- Descanso de 15 días calendario continuos por año cumplido.
- Afiliación al régimen contributivo que administra ESSALUD.
- La afiliación al régimen de pensiones es opcional.

El Reglamento del Decreto Legislativo 1057, Decreto Supremo N° 075-2008-PCM, reitera dichos contenidos, haciendo precisiones sobre el particular.

Hay que tener en cuenta que mediante Expediente N° 00002-2010-PI/TC, más de 5 mil ciudadanos presentan demanda de Inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo N° 1057.

En la Sentencia se concluye que “no resulta inconstitucional considerar al Decreto Legislativo N° 1057 como una norma de derecho laboral, dado que puede coexistir con los regímenes generales existentes. (...).

A criterio del TC la constitucionalidad del Decreto Legislativo 1057 no se determina comparándolo con el sistema de locación de servicios o cualquier otro, sino, desde la Constitución.

La Demanda es declarada INFUNDADA, y dispone, que el Ministerio de Trabajo reglamente el ejercicio del derecho de sindicación y huelga, así como se fije el porcentaje de trabajadores de este régimen. Dispone que esta sentencia y las interpretaciones en ella contenidas son vinculantes para todos los poderes públicos y tienen alcances generales.

Con la modificatoria del artículo 6° del Decreto Legislativo 1057, a través de la Ley 29849, El Contrato Administrativo de Servicios otorga al trabajador los siguientes derechos:

- ☐ Percibir una remuneración no menor a la remuneración mínima legalmente establecida.
- ☐ Jornada máxima de 8 horas diarias o cuarenta o 48 horas semanales. Cuando laboren en una Entidad en la que existe una jornada de trabajo reducida establecida para los trabajadores sujetos a los Regímenes Laborales Generales, se le será aplicada tal jornada especial.
- ☐ Descanso Semanal obligatorio de 24 horas semanales consecutivas como mínimo.
- ☐ Un tiempo de refrigerio, que no forma parte de la jornada de trabajo.
- ☐ Aguinaldo por fiestas patrias y Navidad, conforme a los montos establecidos

en las leyes anuales de presupuesto del sector público.

- ☐ Vacaciones remuneradas de 30 días naturales.
- ☐ Licencia con goce de haber por maternidad, paternidad, y otras licencias a las que tienen derecho los trabajadores de los regímenes laborales generales.
- ☐ Gozar de los derechos a que hace referencia la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.
- ☐ A la libertad sindical, ejercitada conforme a lo establecido en el T.U.O. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, y normas reglamentarias.
- ☐ A afiliarse a un régimen de pensiones, pudiendo elegir entre el Sistema Nacional de Pensiones o el Sistema Privado de Pensiones, y cuando corresponda, afiliarse al Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.
- ☐ Afiliación al régimen contributivo que administra Es Salud. La contribución tiene como base máxima el equivalente al 30% de la UIT vigente en el ejercicio por cada asegurado.
- ☐ Recibir al término del Contrato un Certificado de Trabajo.

La Ley 29849, además incorpora los artículos: “8 (Concurso Público)”, “9 (Obligaciones y responsabilidades administrativas)”, “10 (Extinción del contrato)”, “11 (Boletas de pago)”, “12(Régimen Tributario)”, al Decreto Legislativo 1057:

Artículo 10°.- El Contrato Administrativo de Servicios se extingue por:

- Fallecimiento
- Extinción de la entidad contratante
- Renuncia, con anticipación de 30 días naturales.
- Mutuo disenso.

- Invalidez absoluta permanente sobreviniente.
- Resolución arbitraria o injustificada (genera el derecho al pago de indemnización equivalente a las remuneraciones mensuales dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres (3). El periodo de prueba es de 3 meses).
- Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de 3 meses.
- Vencimiento del plazo del contrato.

La Primera Disposición Complementaria y Transitoria, establece que “la eliminación del Régimen Laboral Especial del Decreto Legislativo 1057 se produce de manera gradual a partir del año 2013, con la implementación del nuevo Régimen del Servicio Civil. Para tal efecto, en las leyes anuales de presupuesto del sector público se establecerán los porcentajes de ingreso para el nuevo Régimen del Servicio Civil.

Contra esta Ley N° 29849, se presenta demanda de inconstitucionalidad, por el Ilustre Colegio de Abogados de Puno, Expediente N° 00014-2012-PI/TC, es declarada INFUNDADA por el Tribunal Constitucional, en Sentencia del 8 de Mayo de 2013.

2.4.8.- CONTRATACION MEDIANTE LA TERCERIZACIÓN.

2.4.8.1.- Definición

La tercerización puede ser entendida como la “técnica innovadora de administración, que consiste en la transferencia a terceros de ciertos procesos complementarios que no forman parte del giro principal del negocio, permitiendo la concentración de los esfuerzos en las actividades esenciales a fin de obtener competitividad y resultados tangibles. Esta técnica se fundamenta en un proceso de gestión que implica cambios estructurales de la empresa en aspectos fundamentales tales como la cultura, procedimientos, sistemas, controles y tecnología cuyo objetivo es obtener mejores

resultados concentrando todos los esfuerzos y energía de la empresa en la actividad principal”²³.

De la misma manera, puede decirse que la tercerización supone que “una empresa decide no realizar directamente, a través de sus medios materiales y personales, ciertas fases o actividades precisas para alcanzar el bien final de consumo, optando en su lugar por desplazarlas a otras empresas o personas individuales, con quienes establece acuerdos de cooperación de muy diversos tipos”²⁴.

Otras definiciones señalan que la tercerización “apunta al proceso de sacar al exterior de la empresa procesos de la producción o del trabajo, tradicionalmente desarrollados al interior de la misma”. Asimismo, la tercerización debe ser entendida como la “externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa”²⁵.

A nuestro entender, la tercerización supone la delegación de responsabilidades y compromisos que no constituyen la columna vertebral del negocio, con el objeto de que un tercero desarrolle las actividades delegadas por su cuenta y costo, a cambio de una retribución, a efectos de lograr una mayor y mejor especialización y, en consecuencia, la máxima eficiencia.

²³ ROMERO, Antonio, “El outsourcing”, en www.gestiopolis.com/recursos/documentos/fulldocs/ger/outsourcingantonio.htm

²⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales”, en Trabajo y Seguridad Social, Nº 13, Madrid, 1994, p. 8.

²⁵ DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina, “Trabajo autónomo y descentralización productiva”, en Relaciones Laborales, Nº 1, Madrid, 2000, p. 446.

2.4.8.2.- Antecedentes

a. Legislativos

No compartimos la posición de quienes señalan que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245 ya se encontraba regulada la tercerización. En efecto, gran parte de la doctrina nacional señala que la tercerización laboral encontró su primera regulación cuando en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR se estableció que: “No constituye intermediación laboral los contratos de gerencia, conforme al artículo 193° de la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o subcontratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. [...]” (las cursivas son nuestras).

El hecho de haber mencionado supuestos que constituyen acciones de tercerización no supone que se haya regulado a esta figura. A pesar de ello, muchos autores nacionales insisten en que sí. No obstante, para zanjar la controversia creemos que es importante recurrir a la jurisprudencia, específicamente a la Acción Popular recaída en el Expediente N° 1949-2004-Lima, en donde la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República establece que el hecho de que en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR se haya hecho referencia a una figura ajena a la intermediación laboral no implica que se le haya regulado; es más que ello fuera así, el mencionado artículo 4° sería ilegal, toda vez que excedería los márgenes de ley²⁶. En este sentido, en apreciación con la que estamos de acuerdo, la Sala Suprema manifiesta que cuando se alude a la tercerización, en realidad solo se están estableciendo criterios de identificación y diferenciación entre la intermediación laboral y la tercerización. Por lo tanto, la tercerización se encuentra regulada en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-2002-TR.

²⁶ De conformidad con el inciso 8 del artículo 118° de nuestra Constitución, corresponde al Presidente de la República: “Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones” (las cursivas son nuestras).

En este orden de ideas, a pesar de que posteriormente se hayan ampliado los alcances del artículo 4º en cuestión, como sucedió por efecto del Decreto Supremo N° 020-2007-TR, la tercerización recién se halla a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 29245²⁷, del Decreto Legislativo N° 1038[22] y del Decreto Supremo N° 006-2008-TR; por tal razón, dichas normas no tienen antecedentes.

b. Antecedentes jurisprudenciales

A nivel de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República, hasta la fecha no tenemos ningún pronunciamiento acerca de algún tema directamente relacionado con la tercerización. Sin embargo, en sede de la Corte Superior de Justicia de Lima ocurre lo contrario, puesto que hay varios pronunciamientos, pero dentro de todos ellos encontramos una sentencia que resulta muy interesante, pues en ella se discute acerca de la naturaleza jurídica de la tercerización.

Efectivamente, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3000-2006-IDNL(S), la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que si bien es cierto que la tercerización es una modalidad contractual con miras a que una empresa (contratista) satisfaga el requerimiento de otra (contratante) mediante la prestación de un servicio integral no subordinado ni personalizado, también lo es que existen determinadas actividades de la empresa que se benefician con el servicio que no pueden ser sujetas de la tercerización, entendiéndose por ellas a la principal, nuclear o distintiva. Por tal razón, si se verifica la realización de alguna actividad prohibida para ser ejecutada mediante la tercerización, debe colegirse que los contratos –de prestación de servicios o de obra– se han desnaturalizado, lo que genera el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador sujeto de desplazamiento y la empresa contratante.

En el presente caso, la cuestión controvertida radicaba en determinar si existen límites para la tercerización de servicios, esto es, si es posible tercerizar cualquier actividad de la empresa contratante o solo algunas, entiéndanse, las no principales.

²⁷ Publicada en el diario oficial El Peruano el 24 de junio de 2008.

Siendo que a la fecha de dicho pronunciamiento no existía regulación expresa sobre la tercerización –solo las normas generales de los contratos de locación de servicios y de obra contenidos en nuestro Código Civil– ni pronunciamientos al respecto, la Sala Laboral recurre a la doctrina para determinar la naturaleza jurídica de la tercerización.

Así, tomando en consideración las definiciones de Raso Delgue²⁸ y Ben Schneider²⁹, quienes señalan que solo son “tercerizables” las actividades no principales de la empresa contratante, la Sala Laboral concluye que, sobre la base del principio de primacía de la realidad, el demandante tiene una relación de trabajo, además de la empresa contratista, con la empresa contratante.

Sobre el particular, consideramos que la lógica plasmada en la presente sentencia es correcta, pues la Sala Laboral efectúa un acertado análisis de lo que realmente es la tercerización como figura jurídica (aunque no regulada en su momento), impidiendo, además, que la empresa contratista haga un ejercicio abusivo de su derecho de contratar.

2.4.8.2.- Actualidad normativa

Con fecha 24 de junio de 2008 fue publicada la Ley N° 29245, denominada “Ley que regula los servicios de tercerización”. Esta normativa, empieza por determinar qué constituye la tercerización; en este sentido, establece que la tercerización es “la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre

²⁸ En el considerando quinto de la sentencia materia de análisis se señala: “La tercerización es definida por Juan Raso Delgue como ‘la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo está el control sobre las mismas’” (RASO DELGUE, Juan, “Outsourcing”, en Cuarenta y dos estudios sobre la desnaturalización empresarial y Derecho del trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, 2000, p. 38).

²⁹ En el mismo considerando se indica: “Ben Schneider, en un magnífico libro publicado en nuestro medio, señala que ‘se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su core business (actividad distintiva, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el outsourcing’” (SCHNEIDER, Ben, Outsourcing: la herramienta de gestión que revoluciona el mundo, Norma, Lima, 2004, p. 31).

que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación”. Asimismo, en contrapartida con el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, en el artículo 3º de la mencionada ley se señalan los casos que constituyen tercerización, siendo estos: “Los contratos de gerencia conforme a la Ley General de Sociedades, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa y los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo” (las cursivas son nuestras).

Estos dispositivos resultan importantes a la luz de la controversia doctrinaria referida a si la actividad principal o distintiva puede ser tercerizada. Ya vimos como en un anterior pronunciamiento, la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, sustentándose justamente en la doctrina, concluyó en que no es factible que en virtud de la tercerización se descentralice productivamente la actividad principal o distintiva de la empresa contratante. Sin embargo, a pesar de dicho pronunciamiento, toda vez que la ley no lo prohíbe, consideramos –aunque dogmáticamente no estamos de acuerdo– que en términos legales sí es posible que la actividad principal o distintiva de la empresa contratante pueda ser tercerizada. Corrobora nuestra apreciación lo estipulado en el artículo 1º del Decreto Supremo N° 006-2008-TR, Reglamento de la Ley N° 29245, en el cual se establece que la tercerización “es una forma de organización empresarial por la que una empresa principal encarga o delega el desarrollo de una o más partes de su actividad principal a una o más empresas tercerizadoras, que le proveen de obras o servicios vinculados o integrados a la misma” (las cursivas son nuestras).

Reiteramos nuestro descuerdo con la ratio de la ley, ya que para nosotros la tercerización solo puede apuntar a las actividades no principales y no distintivas de la empresa contratante, pues de otro modo se podría dar el caso de que existan empresas sin trabajadores, ya que todos los procesos productivos se harían a través de la tercerización. En este orden de ideas, nos preguntamos: ¿qué sentido tiene una empresa si no es ella la que produce al menos de modo mínimo sus bienes o servicios? ¿En dónde queda la especialización de la empresa contratante de la que tanto se ha hablado y qué es la esencia

de la tercerización? Al permitirse la tercerización de la actividad principal o distintiva, ¿no se estaría facilitando el fraude laboral? Todas estas interrogantes nos llevan a pensar que la ley se fundamenta en un dogma equivocado y peligroso, el que definitivamente no es concordante con nuestra opinión.

Del mismo modo, la Ley N° 29245 señala que los principales elementos coadyuvantes o sintomáticos para identificar a las actividades de tercerización son: la pluralidad de clientes, el equipamiento propio, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio.

De todos ellos nos llama fuertemente la atención uno: el de la pluralidad de clientes. La Ley N° 29245 establece que si la empresa tercerizadora no cumplía con tener más de un cliente, la tercerización perdería su naturaleza jurídica, presumiéndose la existencia de un fraude laboral. Sin embargo, felizmente, el Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 de junio de 2008, precisó los alcances de esta norma, señalando que, en el caso de las empresas ya constituidas, tendrán el plazo de un año desde la vigencia de la ley para cumplir con este requisito; mientras que en el caso de las empresas que inician sus actividades luego de la vigencia de la ley, lo deberán hacer en los mismos términos, pero contado desde el día en que iniciaron sus actividades.

Estimamos que la precisión efectuada por el Decreto Legislativo N° 1038 es muy positiva, pues beneficia sobre todo a las empresas que cuentan con poco capital, y que requieren de un “plazo de gracia” para su crecimiento empresarial. Además, es importante resaltar que el aludido decreto legislativo ha señalado que, siempre y cuando se acredite de forma objetiva la imposibilidad de contar con dos o más clientes, el requisito de la pluralidad no será considerada. Asimismo, debemos mencionar que el Reglamento de la Ley N° 29245, aprobado por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, en su artículo 4° ha establecido en qué casos no es necesario el cumplimiento del requisito referido a la

pluralidad de clientes, encontrándose entre ellos el supuesto en que la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la microempresa³⁰.

Por otra parte, en su artículo 4º, la Ley N° 29245 señala que el personal desplazado a la empresa contratante en virtud de la tercerización no podrá verse afectado en lo que respecta a sus derechos laborales y de seguridad social. Del mismo modo, dicho dispositivo indica que la subordinación de los trabajadores desplazados siempre debe provenir de la empresa contratista, pues de lo contrario, de conformidad con el artículo 5º del Reglamento de la Ley N° 29245, se generaría una relación laboral directa con la empresa contratante. De la misma manera, se establece que en el contrato en virtud del cual se desplaza a los trabajadores a la empresa contratante, deberá señalarse de forma clara que quien dirige la fuerza de trabajo de los empleados desplazados es la empresa contratista, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa contratante se realiza la labor. Con relación a esto último, estimamos que si no es colocada esta información en el contrato, no supone que este se vaya a desnaturalizar, ya que es evidente que ello no constituye una formalidad ad solemnitatem, es decir, que su omisión acarrea la nulidad del acto jurídico, pues su inobservancia no ha sido sancionada expresamente por la ley como un supuesto de desnaturalización. Solo constituirá un medio de prueba.

Asimismo, la Ley N° 29245 establece que todo desplazamiento de trabajadores que no se encuadre dentro del marco legal de la tercerización, acarreará la desnaturalización del contrato de tercerización, lo que implica el reconocimiento de una relación laboral entre el trabajador desplazado y la empresa contratante, sin perjuicio de otras sanciones administrativas reguladas por la ley. Es preciso indicar que la norma reglamentaria de la Ley N° 29245, además del supuesto aludido en el párrafo anterior, sanciona con la desnaturalización del contrato de tercerización cuando determina que la empresa

³⁰ La que según el Decreto Legislativo N° 1086, es aquella que con un máximo de 10 trabajadores no supera en ventas anuales las 150 unidades impositivas tributarias. De esta forma, la exoneración de este requisito no alcanza la pequeña empresa, la que según el mismo decreto legislativo es aquella que puede contar con un máximo de 100 trabajadores y no superar en ventas anuales el monto de 1700 unidades impositivas tributarias.

tercerizadora no goza de autonomía y cuando la empresa contratista continúa brindando los servicios de tercerización a pesar de que su registro no se encuentra habilitado y hayan transcurrido 30 días calendario desde que caducó dicho registro.

Otro tema importante que ha regulado la Ley N° 29245 es el referido al derecho a la información de los trabajadores desplazados con respecto a la identidad de la empresa contratante y las labores que tendría que realizar. En este caso, creemos que la regulación es sumamente positiva, pues no es el trabajador quien tendrá que solicitar la información, sino esta última la que se encuentra obligada a facilitársela: entendemos que con esto se procura que el trabajador conozca con precisión los alcances de sus derechos y, de ser vulnerados, pueda acudir a la autoridad administrativa de trabajo con mayor sustento en aras de proteger sus derechos³¹.

En virtud de su artículo 7°, la Ley N° 29245 establece ciertas precisiones con relación a los derechos de los trabajadores desplazados. En este sentido, se reafirma la cláusula contenida en el artículo 79° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el sentido de que no existe diferencia entre los derechos de los trabajadores contratados modalmente y aquellos que prestan sus servicios de manera indefinida, salvo en lo que respecta al cálculo de la indemnización por despido arbitrario. Del mismo modo, se indica que el trabajador desplazado no tendrá menores derechos que aquellos que laboran para su mismo empleador pero que no han sido sujetos del desplazamiento. Igualmente, se establece que la tercerización de servicios y la contratación modal no pueden ser utilizadas con el fin de vulnerar los derechos de índole colectivo o sindical, tales como limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical. Por último, este dispositivo indica algo que para nosotros es innecesario en la medida que supone el libre y pleno ejercicio del derecho de defensa consagrado en nuestra Constitución, nos referimos al hecho de que todo

³¹ Con respecto al derecho del trabajador de ser informado, el artículo 8° del Decreto Supremo N° 006-2008-TR señala que esta información deberá ser cumplida antes de que inicie el desplazamiento. Dicha información se refiere, por un lado, a la actividad empresarial a ejecutar y, de otro, a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal donde la misma será realizada.

trabajador se encuentra habilitado para efectuar las denuncias, reclamos y demandas pertinentes por la vulneración de sus derechos reconocidos en nuestra carta magna y la ley. Estimamos que aun así en el inciso 4 del artículo 7° de la Ley N° 29245 no se hubiese regulado algún supuesto por el cual se reconozca el derecho del trabajador de ejercer su derecho de defensa, igualmente lo podría hacer, pues nuestra Constitución, como norma suprema, reconoce ese derecho.

Con respecto al registro de empresas tercerizadoras, la Ley N° 29245 estableció como requisito para operar que estas deban inscribirse en el Registro Nacional de Empresas Tercerizadoras en un plazo máximo de 30 días hábiles desde su constitución. No obstante, el Decreto Legislativo N° 1038 precisó este mandato señalando que se encuentran obligadas a registrarse las empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Lamentablemente el Decreto Supremo N° 006-2008-TR no ha definido lo que significa “desplazamiento continuo” y “desplazamiento eventual o esporádico”.

Finalmente, la Ley N° 29245 regula el tema de la responsabilidad solidaria de la empresa contratante en el caso del pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social que no hayan sido cumplidas oportunamente. Siendo que el tema reviste un interés particular, en la siguiente parte del trabajo haremos un análisis exhaustivo de esta figura jurídica.

2.4.8.3.- La responsabilidad solidaria derivada de las acciones de tercerización

Este tema reviste mucha importancia sobre todo tratándose del pago de las obligaciones laborales. La poca regulación³² en el ámbito del Derecho del trabajo ha generado que ante causas en las que tengan que determinarse la responsabilidad solidaria,

³² La que básicamente emana de la legislación del mercado de valores (Resolución Conasev N° 090-2005-EF/94.10) y del impuesto a la renta (Decreto Supremo N° 179-2004-EF) y que se refiere esencialmente a los conceptos de vinculación y grupos económicos.

los criterios adoptados sean disímiles, pero lo que es peor, es que en algunos casos dichos criterios carecen de sustento jurídico.

Es por eso que en esta parte del presente trabajo analizaremos los alcances de la responsabilidad solidaria, esencialmente de la que emana de la tercerización. En este sentido, comenzaremos por conceptualizar a esta figura, exponiendo su fundamento y viendo su naturaleza jurídica, así como los escenarios en donde esta puede presentarse, para finalmente determinar si corresponde equipararla con la regulada por nuestro Código Civil.

2.4.8.3.1.- La responsabilidad solidaria

Es claro que toda persona o personas que se comprometen a cumplir una obligación deben responder por ella ante su incumplimiento. La relación obligacional genera que sean las partes que celebraron el acto jurídico las únicas obligadas (inter partes). En este sentido, a efectos de la explicación del presente trabajo podríamos denominar a este supuesto como responsabilidad sin alcance a terceros. Sin embargo, puede ocurrir que otras personas, las que en principio no se obligaron expresamente, puedan verse obligadas a responder. En efecto, por determinados hechos jurídicos, estos terceros pueden ser alcanzados por la responsabilidad de quienes se obligaron expresamente. Esto es lo que podríamos llamar responsabilidad con efectos protectores o derivada de intereses legítimos.

Justamente es este último supuesto el que nos interesa estudiar por lo complejo que ha resultado hasta la fecha entender en qué medida una persona que al inicio no era responsable, termina obligándose por la configuración de cierta situación jurídica.

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la obligación solidaria es “aquella en que cada uno de los acreedores puede reclamar por sí la totalidad del crédito, o en que cada uno de los deudores está obligado a satisfacer la deuda entera, sin perjuicio del posterior abono o resarcimiento que el cobro o el plazo determinen entre el que lo realiza y sus cointerésados”.

En el ámbito del Derecho del trabajo se entiende por responsabilidad solidaria al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento

expreso, un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero. En efecto, tal como señala Gorelli Hernández, “la obligación solidaria se caracteriza por el hecho de que distintos sujetos deben una misma prestación; es decir, originariamente los distintos sujetos están obligados frente al acreedor”³³.

La responsabilidad solidaria laboral se basa en la identificación de ciertos sujetos, normalmente el aparente empleador y otro que se beneficia del servicio del trabajador, con la finalidad de que estos respondan de forma conjunta, como si fuesen un mismo patrimonio, por las obligaciones que mantienen pendientes con el trabajador. Se trata, entonces, de una imputabilidad legítima con el objeto de proteger los créditos del trabajador.

En términos prácticos, la solidaridad laboral se traduce en la facultad con la que cuenta el trabajador para poder demandar indistintamente por sus acreencias laborales a su empleador y/o a quien se aprovechó, directa o indirectamente, de sus servicios subordinados.

2.4.8.3.2. La vinculación empresarial como gran fundamento de la solidaridad laboral

Cuando aludimos a la vinculación empresarial, nos referimos al conjunto de empresas independientes que se encuentran sustantivamente interrelacionadas por efecto de sus intereses comunes. Así, también, se ha señalado que “el grupo de empresas no es otra cosa que varias empresas, jurídicamente independientes, sometidas a una estrategia general común. Esto es, “la interrelación de unidades empresariales autónomas en torno a una dirección unitaria. [...]. En algunas ocasiones el grupo podrá conformarse por subordinación y en otras por coordinación. En el primer tipo, las empresas que forman el grupo obedecen a una empresa matriz que personifica la dirección unitaria. No hay poder de negociación de aquellas sobre las directivas emanadas de esta última. En cambio, en el

³³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva, Grupo Difusión, Sevilla, 2007, p. 182.

segundo tipo, las empresas que conforman el grupo no se someten al designio de ninguna de las otras empresas. Todas negocian conjuntamente las decisiones de la dirección unitaria”³⁴.

Sobre la base de esta noción, puede afirmarse que en algunos casos la vinculación empresarial es evidente y en otros no. Así, puede tratarse de empresas que por su notoriedad social no tengan por qué negar su vinculación con otras; mientras que, en la mayoría de casos, se da que de forma voluntaria y coordinada muchas empresas, con la finalidad de obtener el mayor beneficio posible, tratando de evitar cualquier responsabilidad y no importándoles el perjuicio que le causan a los trabajadores, ocultan su entorno empresarial, de forma tal que “disfrazan” su verdadera identidad, que es la de formar parte de un grupo empresarial.

En este sentido, podría clasificarse a la vinculación empresarial como conocida o revelada. Siendo que respecto de la primera no hay dudas acerca de la vinculación, en el caso de la segunda lo importante resulta que, ante la presunta relación empresarial que trae consigo perjuicio para uno o más trabajadores, se corrobore la existencia de una vinculación empresarial con la finalidad de proteger los créditos laborales.

Como mencionamos, la responsabilidad solidaria es el efecto jurídico o la consecuencia que se deriva de las obligaciones contraídas e incumplidas por alguno de los miembros del grupo de empresas. En este orden de ideas, es preciso indicar que la solidaridad laboral, como efecto de la vinculación empresarial, no se da por el solo hecho de ser parte del grupo de empresas, sino que debe tener una razón o justificación como por ejemplo, el fraude en la modalidad de ocultarse bajo otra personalidad jurídica para evitar cumplir con sus obligaciones, o la insolvencia.

Para los casos de fraude, jurídicamente se han creado mecanismos que tienen por objeto “desenmascarar al auténtico empleador o la existencia de un copatronato”³⁵. El más

³⁴ ARCE ORTIZ, Elmer, Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias, Palestra, Lima, 2008, p. 113

importante, qué duda cabe, es el del levantamiento del velo societario o disregard, teoría que tiene por finalidad “responsabilizar a quien no integró la sociedad, quien no es otro que el controlante, quien detenta el poder efectivo de los negocios sociales mediante la posibilidad de formación de la voluntad social, pudiendo ser interno (societario) o externo (contractual), y ejercer el poder de una manera ‘directa’ o ‘indirecta’”³⁵. El sustento de ello es que “la personalidad jurídica como instrumento, es un medio al servicio del bien común de la sociedad y no un beneficio personal para sus integrantes, que utilizando el valladar de su diferente personalidad, frustren los derechos de terceros, persigan fines extrasocietarios o la utilicen como un mero recurso para violar la ley, el orden público y la buena fe”.

Es lógico que en estos casos las empresas solidariamente responsables aleguen que no deben responder basándose en la independencia de la persona jurídica; sin embargo, ello no resultaría oponible en la medida que se ha determinado la existencia de vinculación, lo que tiene como efecto que se considere a las empresas vinculadas como un solo ente a efectos de las obligaciones de carácter laboral, ello en razón del abuso de la personalidad jurídica.

Para los casos de insolvencia el tratamiento es distinto. En esencia se busca un respaldo económico que garantice la acreencia del trabajador. Con esto no queremos decir que cuando una empresa es insolvente se busca a otra para que cancele sus deudas laborales; lo que manifestamos es que cuando una empresa es insolvente y, además, tiene vinculación empresarial con otras, es que estas deben asumir sus obligaciones.

Pero, ¿cuál sería el fundamento de ello? Más que el buscar un accionar fraudulento para evitar el pago, lo importante resulta encontrar una garantía que tenga un sustento justo. Así, consideramos que tratándose de empresas vinculadas, es evidente que las demás empresas que conforman el “grupo de empresas” deben responder, ya que si se beneficiaron indirectamente con la labor del trabajador, es justo y coherente que respondan ante él; lo

³⁵ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, La utilización fraudulenta de la persona jurídica, Jurista, Lima, 2005, p. 248.

³⁶ BURGIO, Gustavo Alberto, “La solidaridad legal que deviene de la aplicación de las normas societarias, más protectorias que las del ámbito del Derecho laboral”, en GRISOLIA, Julio Armando (dir.), Derecho del trabajo, Nova Tesis, Buenos Aires, 2005, pp. 22-23.

que podríamos denominar un beneficio recíproco. Este mismo parecer es el de Rodríguez-Piñero, quien señala que “quien se beneficia de una prestación laboral no puede quedar fuera por completo de las responsabilidades derivadas de la posición del empleador”³⁷. Igualmente, Ferreirós, Olavarría y Aguinaga, López Palomero y Vázquez manifiestan que “quien estuvo vinculado provechosamente a un proceso, debe hacer frente a las consecuencias del mismo. La estructura concatenada de la producción [...] ordena la generación de la solidaridad pasiva, garantizando al acreedor un espectro patrimonial más amplio, con miras al cobro de su crédito”³⁸.

2.4.8.3.3.- Escenarios en donde se presenta la responsabilidad solidaria

En el ámbito del Derecho del trabajo, la responsabilidad solidaria se presenta en varios supuestos; sin embargo, por ser los más comunes, consideramos solo dos escenarios: el de la intermediación laboral y el de la tercerización.

Así, en el caso de la intermediación laboral, la responsabilidad solidaria para el pago de las obligaciones laborales supondría que tanto la empresa intermediadora como la empresa usuaria se hacen responsables indistintamente por los créditos del trabajador destacado. Ante ello, y con relación a la responsabilidad de la empresa usuaria, surgen tres preguntas: ¿por qué?, ¿hasta dónde? y ¿hasta cuándo?

Con respecto a la primera pregunta, debe señalarse que por mandato del artículo 25º de la Ley N° 27626, solo en el caso en que la fianza que haya otorgado la entidad intermediadora no alcance para cubrir el pago de los derechos laborales de los trabajadores destacados, la empresa usuaria será responsable por el pago de tales adeudos, y únicamente por el tiempo de servicios prestados en la empresa usuaria.

Ello supone que el sustento de la solidaridad laboral se encuentre en la ley y, a su vez, en la ratio de que como la empresa usuaria se benefició de la fuerza de trabajo del empleado, ella también deberá responder por los créditos del trabajador.

³⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel, “La regulación protectora del trabajo en contratas”, en Revista de Política Social, N° 93, Madrid, 1972, p. 51.

³⁸ FERREIRÓS et al., El fraude y sus consecuencias jurídicas, cit., p. 93.

A manera de respuesta de la segunda pregunta planteada, diremos que es la misma ley la que limita esta responsabilidad. En este sentido, no es que la empresa usuaria deba responder hasta cubrir por completo la acreencia del trabajador, sino que debe hacerlo en la medida en que este le prestó servicios efectivos.

Finalmente, con respecto a la tercera interrogante, es necesario decir que esta responsabilidad de la empresa usuaria terminaría por dos motivos: por el pago de la deuda correspondiente o por haber transcurrido el plazo prescriptorio de las acciones laborales.

En este punto es indispensable preguntarnos, ¿puede haber solidaridad laboral más allá de lo contenido en el artículo 25° de la Ley N° 27626?

Si bien la ley ha previsto un solo supuesto, ello no supone que no se puedan invocar otros supuestos de responsabilidad solidaria en el caso de la empresas intermediadoras y usuarias, más aún si no existe una prohibición expresa.

Ahora bien, en cuanto a la tercerización, la responsabilidad solidaria se presentaría en caso la empresa contratista como la contratante se obliguen conjuntamente frente al trabajador desplazado para el pago de sus créditos de orden laboral. Al igual que en el caso anterior, cabe hacernos tres preguntas con respecto a la responsabilidad del tercero: ¿por qué?, ¿hasta dónde? y ¿hasta cuándo?

En su artículo 9°, la Ley N° 29245 establece que la empresa contratante que se beneficia del servicio brindado por la empresa contratista es solidariamente responsable por el pago de los derechos, beneficios laborales y obligaciones referidas a la seguridad social del trabajador desplazado, y solo por el tiempo que los servicios de este fueron redireccionados hacia la empresa contratante, precisando que solo serán responsables solidarias con aquellas que realicen sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, mas no así las que lo realizan esporádica o eventualmente. Asimismo, dicha norma señala que esta responsabilidad se extiende por un

año a la culminación de su desplazamiento, mientras que la empresa tercerizadora lo hará por el plazo de cuatro años, conforme lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

Queda claro, entonces, que la responsabilidad solidaria en el caso de la tercerización tiene como fuente a la ley, sin embargo, no estamos de acuerdo con que per se exista solidaridad, pues tal y como está planteada la norma no habría fundamentos para su existencia. Consideramos que solo cuando haya fraude o peligro en el pago es que debe operar el velo protector de la solidaridad laboral.

En caso la empresa contratista deba responder solidariamente, esta lo hará solo por los derechos que se generaron durante el periodo en que se benefició con los servicios del trabajador, es decir, hasta el monto de lo que se ha devengado mientras el trabajador se encontraba desplazado a su favor.

Por último, el artículo 9° de la Ley N° 29245 es bastante claro en señalar que la responsabilidad de la empresa contratante se extiende hasta un año posterior a la culminación efectiva del desplazamiento. Por lo tanto, concluido el año siguiente en el que el trabajador dejó de ser desplazado continuamente a una empresa contratante, la responsabilidad es únicamente de la empresa tercerizadora.

Antes de concluir esta parte del trabajo, es importante mencionar que a pesar de que las Leyes N°s 27626 y 29245 han limitado la responsabilidad de las empresas beneficiarias de los servicios del trabajador, en un caso, al tiempo prestado a favor de la empresa usuaria y, en otro, al tiempo prestado en beneficio de la empresa contratista y a que el trabajador le impute responsabilidad antes del año siguiente en que terminó su desplazamiento continuo, ello no obsta para que, si se acredita que se trata de empresas vinculadas, deban responder fuera de la limitación, esto es, para que puedan verse sometidas al cumplimiento de los créditos del trabajador afectado por el plazo de cuatro años, según lo establece el artículo único de la Ley N° 27321.

2.4.8.4.- Ley que regula los servicios de tercerización

La Ley N° 29245 recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

El artículo 2 de la Ley define lo que se entiende por tercerización en los siguientes términos: se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos-financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso, se admite la sola provisión de personal.

Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear *-core business-* de la empresa, aspecto sobre el cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer la Ley mención en el sentido de que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta.

Es el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008- TR que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización en los siguientes términos: El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *core Business*, que constituye la razón de ser de la empresa y que precisamente es el tema central que abordaremos en la presente tesis ⁽³⁹⁾.

2.4.8.5.- Desnaturalización de la Tercerización.

El artículo 5 de la ley señala que “Los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes”.

El Reglamento en su artículo 5 considera que se produce la desnaturalización de la tercerización: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley, y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora; b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal; c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

39 En efecto, esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: 'una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su core business, esto es su actividad nuclear'. En Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral, Lima, Caceta jurídica S.A., 2008, p. 171.

2.4.8.6.- Contenido de los contratos y derechos de información de los trabajadores.

Respecto al contenido del contrato, el artículo 4 de la Ley establece que los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Por su parte, el artículo 8 del Reglamento establece que la información a la que se contrae el artículo 4 de la Ley se encuentra referido a la actividad empresarial a ejecutar y a la unidad productiva o ámbito de la empresa principal en la que la misma será realizada. Dicha información podrá ser incluida en los contratos de trabajo o transmitida a los trabajadores de la empresa tercerizadora mediante comunicación escrita.

La obligación de informar de la empresa tercerizadora, a la que hace mención el artículo 6 de la Ley, se efectúa por escrito ante los trabajadores encargados de la ejecución de la obra o servicio, sus representantes y sus organizaciones sindicales, antes del desplazamiento. En el caso de los trabajadores de la empresa principal, dicha obligación se cumple a través del empleador de los mismos.

La empresa principal deberá informar a la organización sindical o, en su defecto, a los delegados que representen a sus trabajadores, acerca de la identidad de la empresa tercerizadora y de los trabajadores desplazados, así como las actividades que estos realizarán, dentro de los 5 días siguientes al mes calendario en que se produjo el desplazamiento o dentro de las 24 horas de la solicitud que sea efectuada por parte de la organización sindical.

2.4.8.7.- Responsabilidad solidaria por los derechos laborales

El artículo 9 de la Ley establece que la empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales, y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

La norma contenida en la Ley respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30² de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario “Ramírez c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A”, impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acreedor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o licuación de la solvencial.

Sin embargo, el Decreto Legislativo N°⁴⁰ 1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la Ley. En ese sentido se señala lo siguiente:

De conformidad con el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la prin-

40 TOLEDO TORIBIO, Omar, "La Tercerización EN el Sistema Laboral Peruano. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que la regula", en Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2008, pp. 173-177.

cial, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica.

De conformidad con el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

De conformidad con el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio de 2008, la empresa principal obligada a asumir responsabilidades de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra esta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

El Reglamento respecto a la solidaridad señala los siguientes alcances: la extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9 de la Ley alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social; las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley.

Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5 de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo N° 003-98-SA. El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento.

3.- METODOLOGÍA

3.1.- Tipo y Diseño de la Investigación

Tipo

El presente trabajo de investigación es de tipo transversal porque los datos han sido obtenidos en un solo momento del ámbito de estudio, mediante el uso de determinadas técnicas de investigación enmarcadas dentro de lo descriptivo.

El nivel de la investigación es descriptivo y para ello se ha utilizado el análisis de la realidad problemática en la contratación de los obreros a partir de varios regímenes laborales, asimismo se identificaron a los obreros municipales por las labores que cumplen en las distintas áreas de la Municipalidad de Nueva Cajamarca.

Diseño.

El diseño de la presente investigación es "No Experimental".

3.2.- Población y Muestra.

Población.

Municipalidad de Nueva Cajamarca.

La población está compuesta por los obreros y empleados municipales contratados en distintas modalidades contractuales hasta el año 2018 (información: Unidad de Recursos Humanos).

Muestra.

La muestra corresponde a la encuesta de 20 empleados de la municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca. El instrumento utilizado es el cuestionario.

3.3.- Variables

Variable independiente.

- Desnaturalización de contratos laborales

Variable dependiente.

- Los factores de gestión administrativa (capacitación, normatividad) hacia los funcionarios Municipales o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal).

3.4.- Métodos y Técnicas de Investigación.

Método de Investigación

En la presente investigación:

Inductivo.- El análisis del particular a lo general.

Deductivo.- El análisis de los general a lo particular.

3.5.- Técnicas de Investigación.

- Sistematización bibliográfica.
- Análisis estadístico.

3.6.- Descripción del Instrumento Utilizado

Los instrumentos utilizados son:

Fichas bibliográficas.- Para acopiar información de textos, revistas, Tesis, pág. Web sobre el contrato, contrato de trabajo, el trabajo de los obreros municipales, su régimen laboral, servicios públicos municipales, gestión

administrativa, sistemas administrativos, el presupuesto municipal, la libertad sindical. (Ficha de referencia, de transcripción, de resumen, de ideas personales, etc.)

Cuestionario.- Se elaboró cuestionario dirigido a los propios obreros, funcionarios y empleados de la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca para recibir respuestas a las preguntas afines al tema de investigación marcando una alternativa.

4.- RESULTADOS

4.1.- ENCUESTA

LOCACION DE SERVICIOS

Fecha y Hora: _____ Lugar de la encuesta: _____

Ocupación: _____

La presente encuesta está relacionada para analizar los contratos ocultos, que de cierta manera vulneran el derecho laboral.

1. Sabe Usted, a que nos referimos con labores subordinadas?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

2. ¿Es legal la contratación de personal por “Locación de servicios”, para las labores subordinadas?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

3. ¿Sabía Ud. que desde la dación del Decreto Legislativo 1057 y su reglamento 078-2008-PCM, en la administración pública -Gobiernos Regionales y Locales- ya no existen los denominados contratos de Locación de servicios no personales?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

4. ¿Sabía Ud. que este sistema de Locación de servicios fue instituido en los años 90 y que en la práctica son servidores que se terminan acogiendo a los alcances del Decreto legislativo N° 276 y su reglamento 005-90-PCM, en aplicación al principio de Primacía de la Realidad y la Ley 24041?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

5. ¿Sabía Ud. que el art. Sexto de las Disposiciones complementarias y finales del Decreto Supremo 040-2014-PCM, señala que son ilegales la contratación de personas naturales por Locación de servicios en los Gobiernos Regionales y

Locales, en las labores de naturaleza permanente y en relación de subordinados?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

- 6. ¿Sabía Ud. que en aplicación al Decreto Legislativo 1057, dichos contratos son nulos ; y cuál es la responsabilidad que incurre el funcionario público?**

Si () No ()...

EXPLIQUE:

- 7. ¿conoce Ud. cuál es el Plazo máximo de contratación por locación de servicio?**

Si () No ()...

EXPLIQUE:

- 8. ¿Conoce Usted la naturaleza tiene el contrato de Locación de servicios?**

Si () No ()...

EXPLIQUE:

- 9. ¿podría indicarnos la diferencia que existe entre los contratos laborales y los contratos civiles?**

Si () No ()

Contratos laborales: _____

Contratos Civiles: _____

- 10. ¿Conoce Usted, la forma o las formas en que sé desnaturaliza el contrato de Locación de Servicios?**

Si () No ()...

EXPLIQUE:

- 11. ¿Sabe Ud. En que medida con aplicación de este tipo de contrato se transgrede el artículo 23 y 26 inc. 2) de la Constitución Política del Perú?**

Si () No ()...

EXPLIQUE:

12. ¿Conoce Ud. acerca de la abundante jurisprudencia que aplica el TC. Frente a la desnaturalización de estos contratos de Locación de servicios?

Si () No ()...

EXPLIQUE:

13. ¿podría explicarnos alguna forma de proteger a los trabajadores bajo la modalidad de locación de servicios frente al despido, anteponiendo el principio de la primacía de la realidad; y/o convertirse en un trabajador a plazo indeterminado?

TERCERIZACIÓN

14.- Podría explicarme algunos aspectos de la tercerización laboral?

15.- Podría explicarme algunos aspectos de cómo se produce la desnaturalización de la tercerización laboral?

16.- Podría decirnos los elementos esenciales de la tercerización laboral?

17.- Podría Usted, explicarnos el impacto de la Ley N° 29894 Ley que elimina el régimen de CAS?

18.- Podría explicarnos cuando se aplica El Principio de la primacía de la realidad laboral y en que casos?

19.- Conoce la inferencia del principio de primacía de la realidad en las sentencias del tribunal constitucional

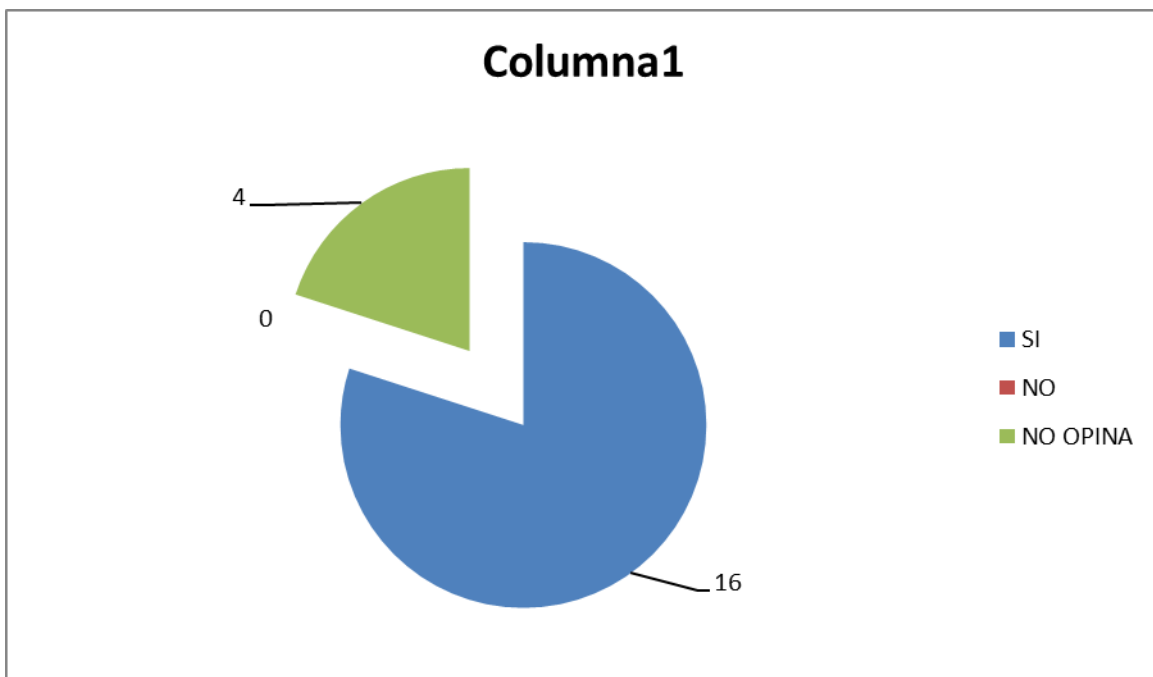
MUCHAS GRACIAS, SU OPINIÓN ES UN APOORTE VALIOSO PARA MI INVESTIGACIÓN.

5.2.- RESULTADOS

1. Sabe Usted, a que nos referimos con labores subordinadas?

Si () No ()...

SI	NO	NO OPINÓ
16	0	04



De los encuestados 16 opinan conocer las funciones que debe cumplir un subordinado bajo las órdenes de un superior.

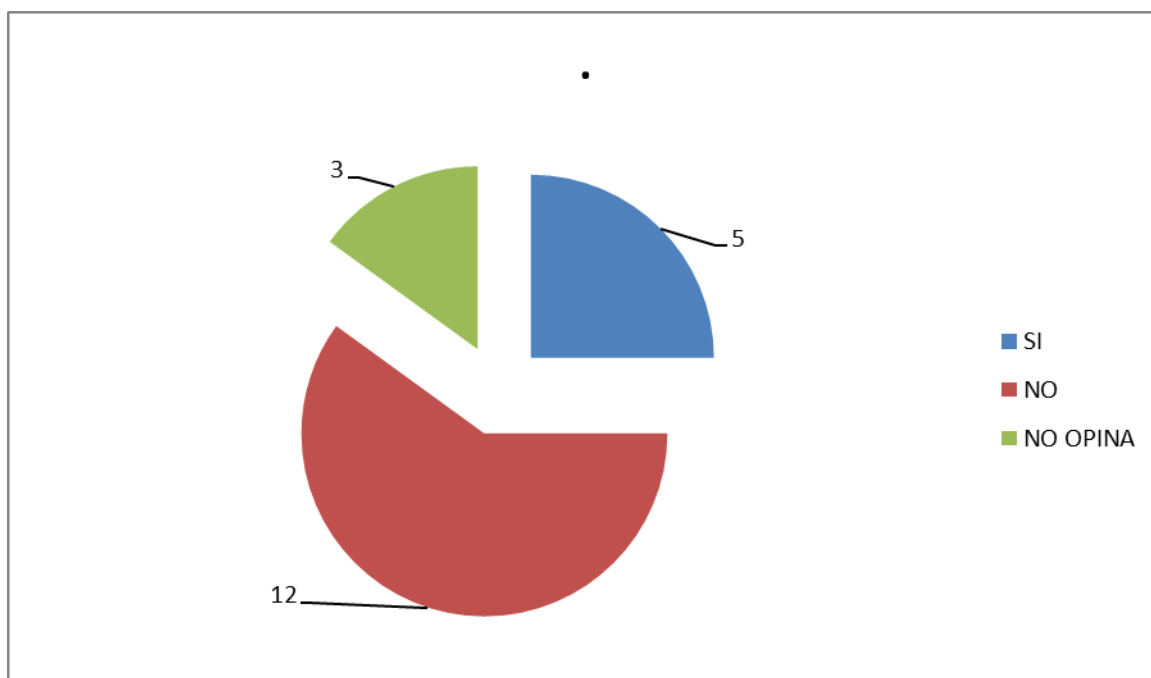
De los encuestados 04 no opinan.

Entonces la conclusión es que si conocen los contratos ocultos cuando nos referimos a labores subordinadas.

2. ¿Es legal la contratación de personal por “Locación de servicios”, para las labores subordinadas?

Si () No ()...

SI	NO	NO OPINÓ
05	12	03



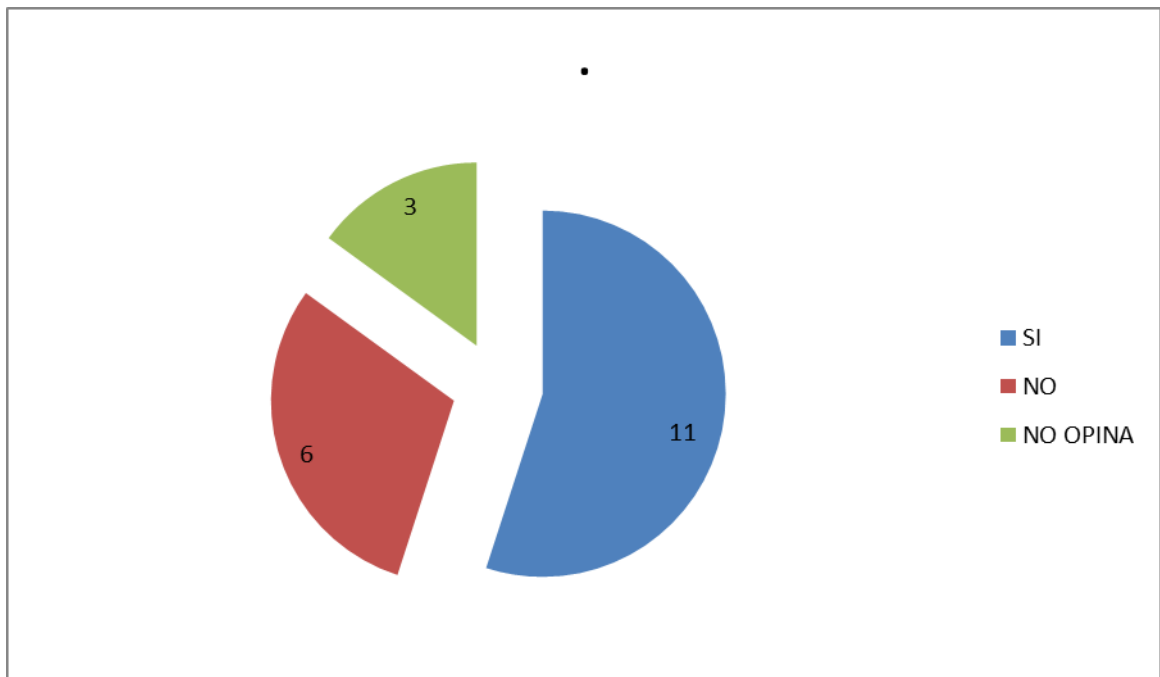
De los profesionales encuestados 12 consideran que no es legal la contratación de personal por “Locación de servicios”, para las labores subordinadas.

Mientras que 05 de los profesionales encuestados consideran que si es legal la contratación de personal por “Locación de servicios”, para las labores subordinadas.

3. ¿Sabía Ud. que desde la dación del Decreto Legislativo 1057 y su reglamento 078-2008-PCM, en la administración pública -Gobiernos Regionales y Locales- ya no existen los denominados contratos de Locación de servicios no personales?

Si () No ()...

SI	NO	NO OPINÓ
11	06	03

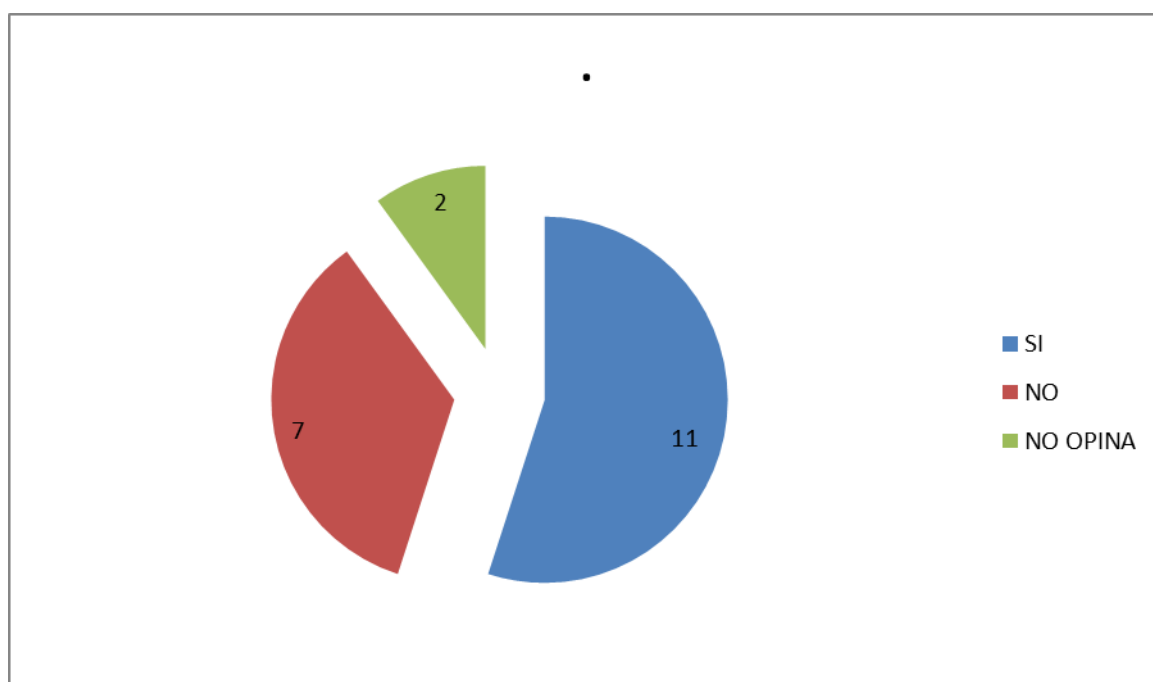


De los profesionales encuestados 11 manifiestan que si Sabían que desde la dación del Decreto Legislativo 1057 y su reglamento 078-2008-PCM, en la administración pública - Gobiernos Regionales y Locales- ya no existen los denominados contratos de Locación de servicios no personales.

4. ¿Sabia Ud. que este sistema de Locación de servicios fue instituido en los años 90 y que en la práctica son servidores que se terminan acogiendo a los alcances del Decreto legislativo N° 276 y su reglamento 005-90-PCM, en aplicación al principio de Primacía de la Realidad y la Ley 24041?

Si () No ()...

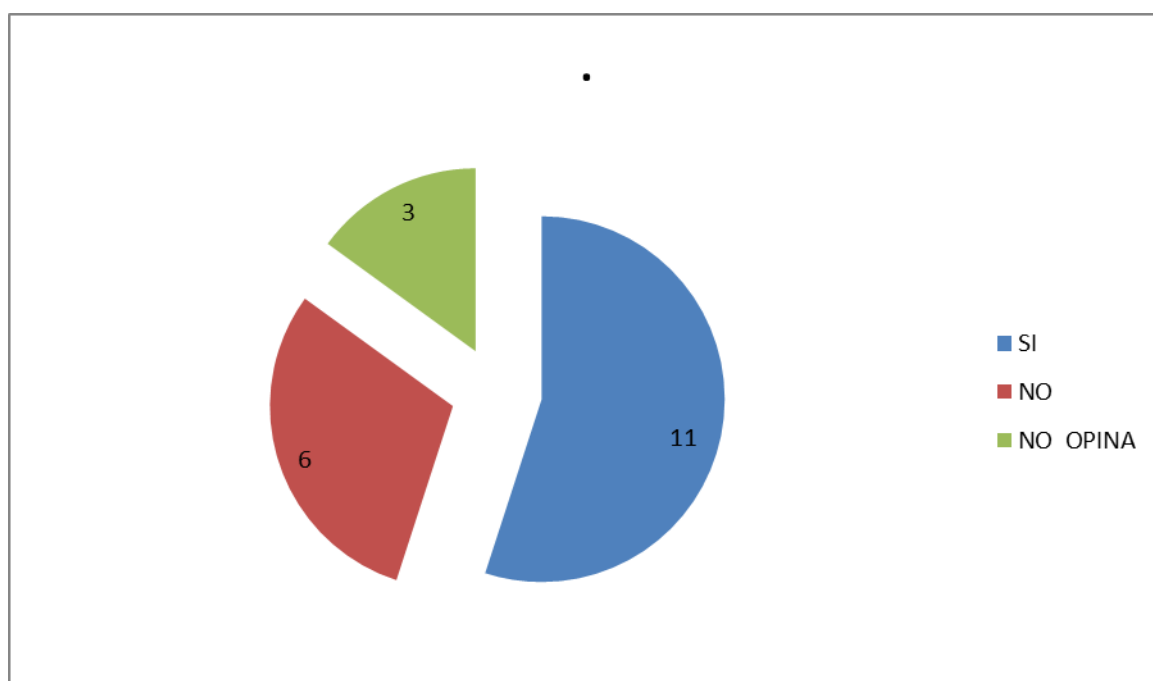
SI	NO	NO OPINÓ
11	07	02



5. ¿Sabia Ud. que el art. Sexto de las Disposiciones complementarias y finales del Decreto Supremo 040-2014-PCM, señala que son ilegales la contratación de personas naturales por Locación de servicios en los Gobiernos Regionales y Locales, en las labores de naturaleza permanente y en relación de subordinados?

Si () No ()...

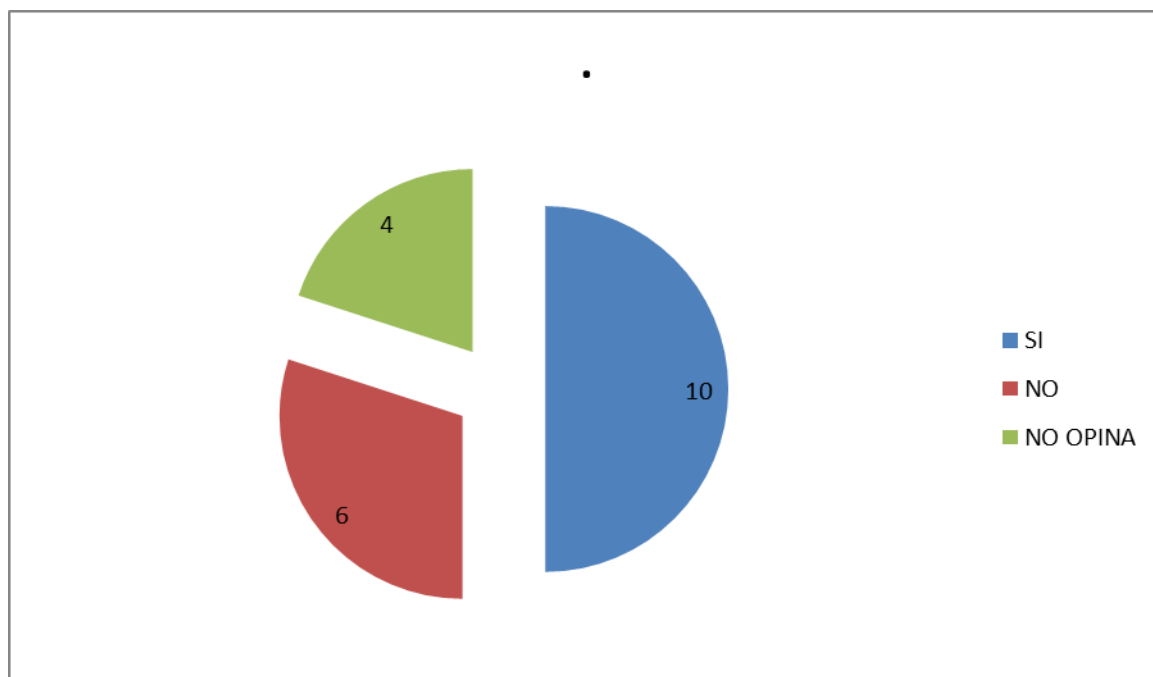
SI	NO	NO OPINÓ
11	06	03



6. ¿Sabía Ud. que en aplicación al Decreto Legislativo 1057, dichos contratos son nulos ; y cuál es la responsabilidad que incurre el funcionario público?

Si () No ()...

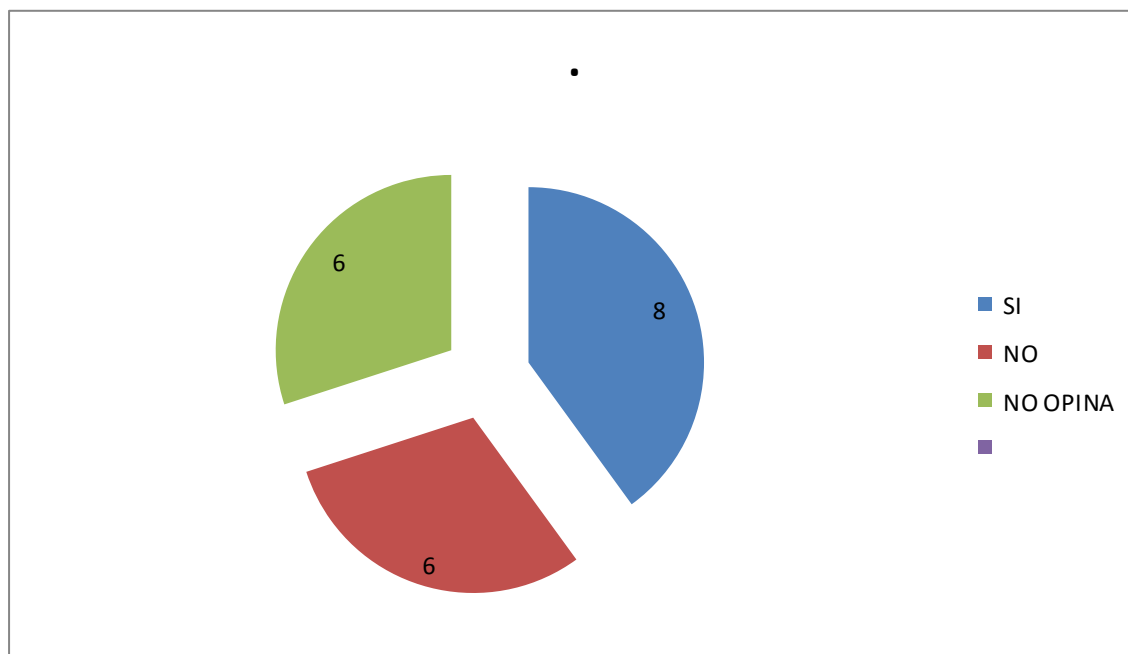
SI	NO	NO OPINÓ
10	06	04



7. ¿conoce Ud. cuál es el Plazo máximo de contratación por locación de servicio?

Si () No ()...

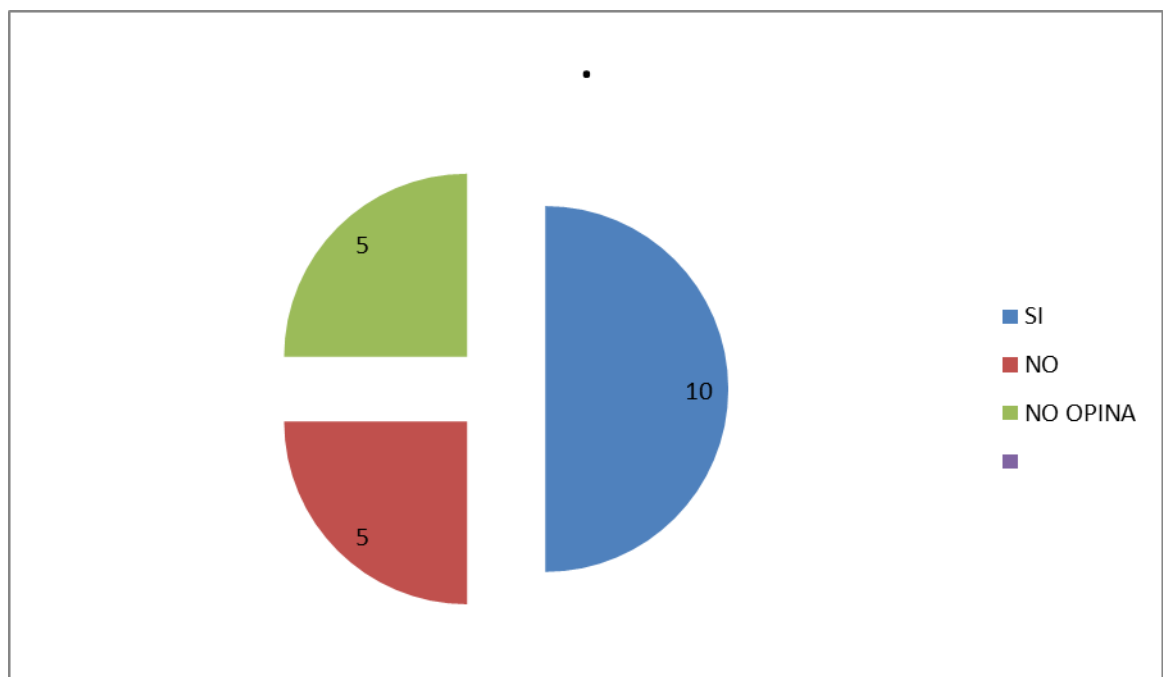
SI	NO	NO OPINÓ
08	06	06



8. ¿Conoce Usted la naturaleza tiene el contrato de Locación de servicios?

Si () No ()...

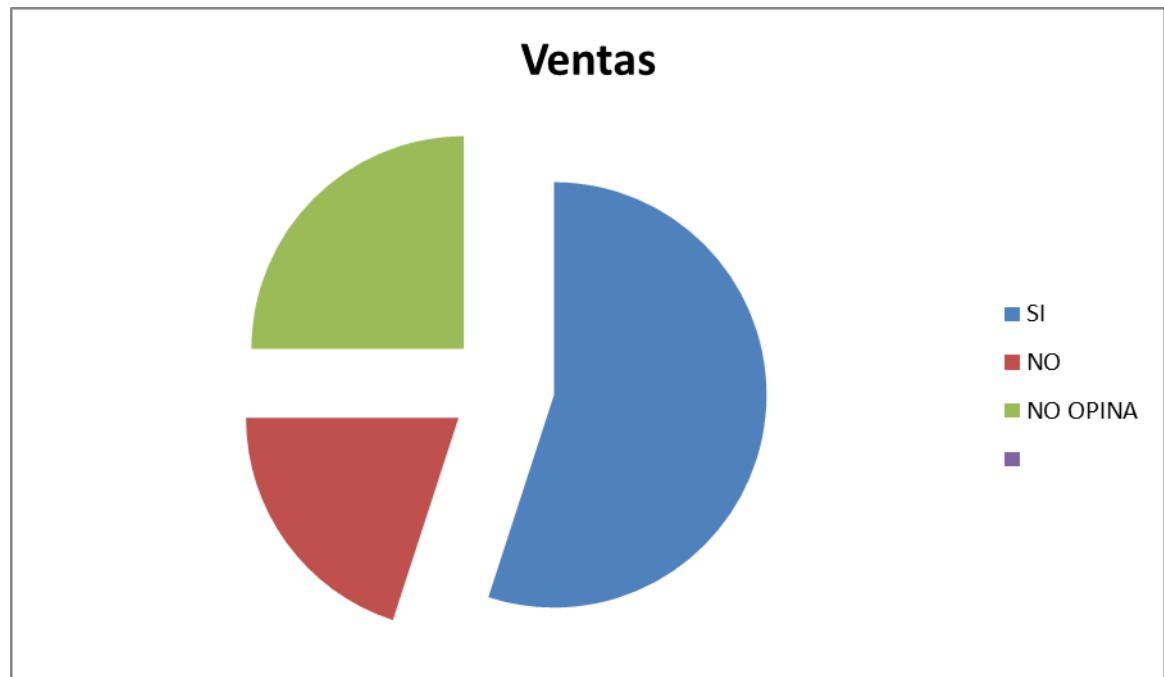
SI	NO	NO OPINÓ
10	05	06



9. ¿podría indicarnos la diferencia que existe entre los contratos laborales y los contratos civiles?

Si () No ()

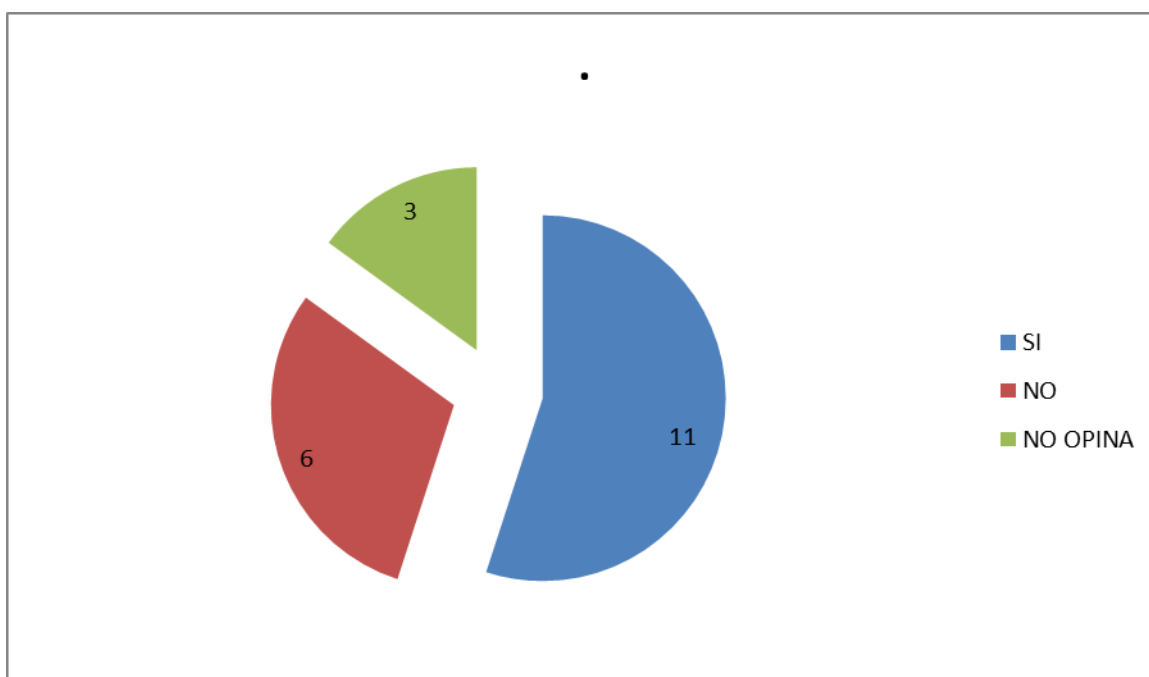
SI	NO	NO OPINÓ
11	04	05



10. ¿Conoce Usted, la forma o las formas en que sé desnaturaliza el contrato de Locación de Servicios?

Si () No ()...

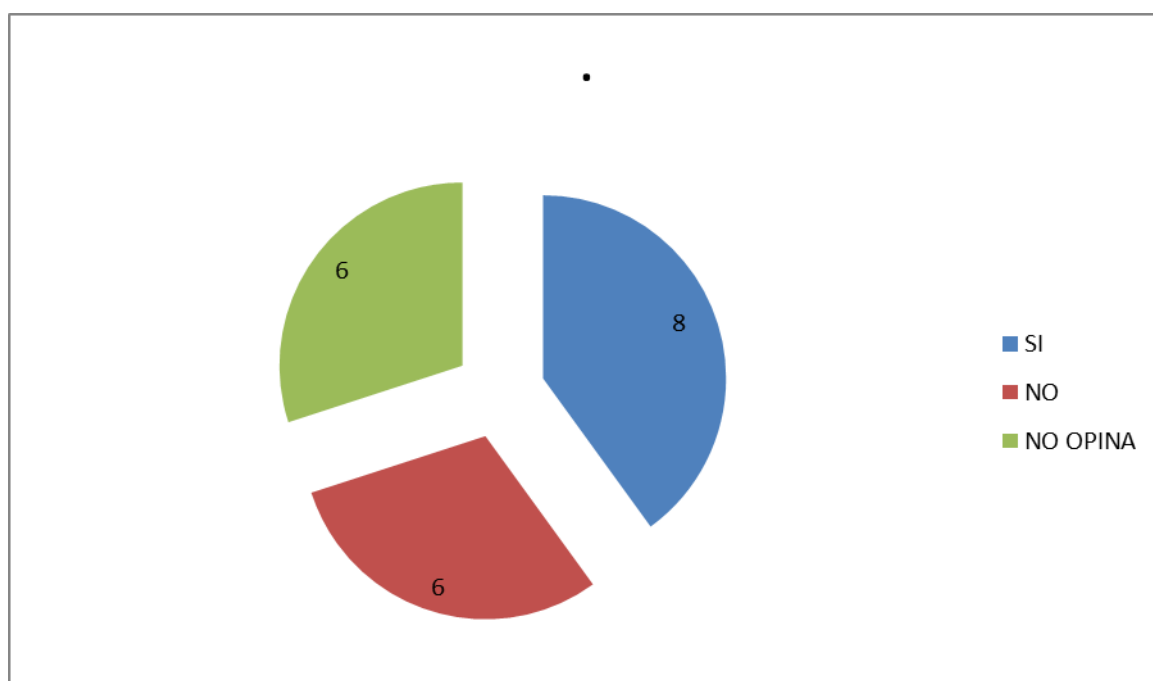
SI	NO	NO OPINÓ
11	06	03



11. ¿Sabe Ud. En que medida con aplicación de este tipo de contrato se transgrede el artículo 23 y 26 inc. 2) de la Constitución Política del Perú?

Si () No ()...

SI	NO	NO OPINÓ
08	06	06



CONCLUSIONES

1. El Derecho de Trabajo es considerado un derecho humano, el cual se encuentra debidamente amparado en instrumentos de carácter nacional y supranacional
2. Se ha podido demostrar que las personas que han laborado en la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca, bajo la modalidad de contratos de locación de servicios y CAS, ha prevalecido el Principio de la Primacía de la Realidad, originando un vínculo laboral ya que sus contratos han sido desnaturalizados, siendo repuestos judicialmente en el régimen que les corresponde Decreto Legislativo 728.
3. La situación de vulnerabilidad de los Derecho Laborales contratados bajo la modalidad de Locación de servicios y CAS, de la Municipalidad Distrital de Nueva Cajamarca, muchas veces se ven desnaturalizados a un contrato de naturaleza laboral, con sus características propias: prestación personal, remuneración y subordinación; debiendo ser contratados bajo el régimen de la actividad privada de acuerdo al artículo 37° de la Ley orgánica de Municipalidades.

4. La realidad de la desnaturalización que se viene percibiendo en la Municipalidad de Distrital de Nueva Cajamarca es cierta forma desmedida ya que existen en promedio 40 obreros. De los cuales 35 han sido repuestos por sentencia judicial, creando plazas no previstas dentro de los instrumentos de gestión, consecuentemente el incremento presupuestal. Asimismo han sido contratados 05 obreros mediante selección en el régimen privado D.L. 728.

RECOMENDACIONES

1. Que en la Municipalidad de Distrital de Nueva Cajamarca, se dé cumplimiento y aplicación de la norma y/o dispositivos legales en la contratación de personal obrero en el régimen privado Decreto Legislativo 728, concordante con el artículo 37 de la Ley orgánica de municipalidades.
2. En la Municipalidad de Distrital de Nueva Cajamarca se debe utilizar mecanismos en la contratación de personal obrero, respecto a los plazos, (periodo de prueba), cuando no exista necesidad de servicio y no haya presupuesto con la finalidad de evitar futuros procesos judiciales de reincorporaciones o indemnizaciones.
3. Se recomienda incorporar la definición del Principio de la Primacía de la realidad como elemento desnaturalizador de los contratos objetos a modalidad en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728.
4. Exhortar a los operadores jurídicos que apliquen los principios del Derecho Laboral, en la emisión de las Resoluciones, tales como el principio de Pro Operario, principio de continuidad y sobre todo los principios de progresividad y no regresividad, toda vez que si se logra el avance en materia laboral, no se debe distorsionar su aplicación, en concordancia con el Principio de predictivibiliad y conocido como el principio de seguridad jurídica o de certeza y el principio de la Primacía de la Realidad, puesto que en con él, se logra probar cuando está bajo un contrato de materia laboral.
5. Se recomienda brindar capacitación especializada a los los funcionarios o encargados de hacer las convocatorias (selección de personal) de la Municipalidad de Distrital de Nueva Cajamarca; respecto a derecho laboral, específicamente en contratación de personal de obreros y empleados públicos.

BIBLIOGRAFÍA

1. NEVES MUJICA, Javier. "Introducción al Derecho Laboral". Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000.
2. PLA RODRÍGUEZ, Américo. "Los principios del derecho del trabajo". Depalma, Buenos Aires, 1978.
3. ALONSO OLEA, Manuel, "Los contratos de trabajo atípicos y la adaptación del Derecho del Trabajo a la crisis económica y al cambio tecnológico. Una primera recapitulación", en Derecho Laboral, Tomo XXX, N° 145. Montevideo-Uruguay. 1987.
4. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia: "Derecho del Trabajo". Universidad, de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid-España. 1991.
5. MARTÍN VALVERDE, Antonio, GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín: "Derecho del Trabajo". Editorial TECNO. S.A. Madrid –España. 1990.
6. SALA FRANCO, Tomás y otros: "Derecho del Trabajo". Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-España. 1989.
7. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: "El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo". Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú. 1988.
8. GARCÍA GRANARA, Fernando: *"El Principio de Primacía de la Realidad en el Empleo Público: La acción de amparo y las locaciones de servicio, en Actualidad Jurídica. Tomo 152-Julio 2006. Editorial Gaceta Jurídica. Lima-Perú.*

9. RIVAS VALLEJO, María del Pilar: "El Derecho del Trabajo en España tras **la** Constitución de 1978": Revista Peruana de Jurisprudencia (Compendio Especializado). **Volumen N° 51. Abril 2006.** Editora Normas Legales S.A.C. Trujillo Perú. 2006
10. DIÉGUEZ, Gonzalo: "Lecciones de Derecho del Trabajo". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. -4ta. Edición. Madrid-España. 1995
11. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo: "*La interpretación constitucional como problema*" en Pensamiento Constitucional - N° 01. Pontificia **Universidad** Católica del Perú. Lima-Perú. 1994.
12. FERRO DELGADO, Víctor: "Balance de **la** Reforma Laboral Peruana-Sociedad Peruana de Dereccho del Trabajo y de la Seguridad Social". Industrial Papiros S,A,- 1 ra. Edición. Lima-Perú
13. ROMERO MONTES, Francisco Javier: "Los Principio del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano" (Libro Homenajes al Profesor Américo Plá Rodríguezⁿ). Sociedad Peruana de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social. Lima-Perú. 2004
14. PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel. "Derecho del Trabajo". Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. – lOma Edición. Madrid-España. 2002
15. BORRAJO DACRUZ, Efrén: "Introducción al Derecho del Trabajo". Editorial TECNOS-12va. Edición. Madrid- España. 2002.
16. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos: "*El Derecho al Trabajo y el Despido*

- Arbitrario-A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional" en IUS ET VERITAS. Año XIII, N° 25. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima-Perú. 2002*
17. CALDERA, Rafael. "Derecho del Trabajo", Tomo I, Segunda Edición, Editorial El Ateneo, Buenos Aires-Argentina. 1960
18. DE LA CUEVA, Mario: "Derecho Mexicano del Trabajo", Tomo 1, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México D.F.-México. 1967.

ANEXOS

CONTRATOS CAS

D.L. 1057

CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIO

CODIGO CIVIL