



**UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO**



DOCTORADO EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

**“LAS CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR Y EL
EFECTO EXPANSIVO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA
REALIDAD”**

TESIS DOCTORAL

**PRESENTADA PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE DOCTORA
EN DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**

AUTORA:

Mg. CECILIA IZAGA RODRIGUEZ

ASESOR:

Dr. VÍCTOR RODRÍGUEZ MONTEZA

LAMBAYEQUE – PERÚ

2018

**“LAS CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR Y EL EFECTO
EXPANSIVO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD”**

Mg. CECILIA IZAGA RODRIGUEZ

AUTORA

Dr. VÍCTOR RODRÍGUEZ MONTEZA

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para
optar el Grado de Doctora en Derecho y Ciencia Política.

APROBADO POR:

Dr. VÍCTOR ANACLETO GUERRERO

PRESIDENTE DEL JURADO

Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO

SECRETARIO DEL JURADO

Dr. OSWALDO MENDOZA OTINIANO

VOCAL DEL JURADO

2018

DEDICATORIA

A MI MADRE

El presente trabajo se lo dedico a mi Juanita, mi madre, ejemplo de mujer, por el apoyo y motivación que siempre me dio para dedicar tiempo al estudio y al desarrollo profesional, y que continúa dándome desde el cielo.

AGRADECIMIENTO

A MI ASESOR

Mi profundo y sincero agradecimiento a mi asesor por su invaluable ayuda, dirigiéndome y acompañándome en el desarrollo de este trabajo de investigación, sin el cual no podría haberse concretado.

ÍNDICE

	Pag.
HOJA DE FIRMAS	1
DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTO	3
ÍNDICE	4
RESUMEN	7
ABSTRAC	8
INTRODUCCIÓN:	9
Problema	17
Hipótesis	19
Objetivos	
CAPÍTULOS:	20
I. ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO	
1.1. Unidad de análisis y su ubicación	22
1.2. Cómo surge el problema	22
1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene	23
1.4. Metodología empleada	
1.4.1. Variables	24
1.4.2. Operacionalización de variables	24
1.4.3. Tipo de investigación	25
1.4.4. Diseño de la investigación	25
1.4.5. Población, muestra, muestreo	26
1.4.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	27
1.4.7. Métodos de análisis de datos	27
1.4.8. Aspectos éticos	27
II. MARCO TEÓRICO	
2.1. Base teórica sobre las conductas fraudulentas del empleador	
2.1.1. El fraude desde el punto de vista jurídico	28
2.1.2. El fraude y la simulación en negocios jurídicos	29
2.1.3. El fraude a través de las relaciones de intermediación: la interposición laboral	30

2.2. Base Teórica sobre el principio de primacía se la realidad	
2.2.1. Definición de principio general del derecho laboral	31
2.2.2. Definición del principio de la primacía de la realidad	32
2.2.3. Otros principios laborales	
2.2.3.1. El principio protector	39
2.2.3.2. El principio de la irrenunciabilidad	41
2.2.3.3. El principio de continuidad	43
2.2.3.4. El principio de razonabilidad	46
2.2.4. El neoconstitucionalismo	48
2.2.5. Reconocimiento del principio de primacía de la realidad por la Organización Internacional del Trabajo – OIT	
2.2.5.1. Recomendación 198 OIT	51
2.2.6. Constitución Política del Perú de 1993: Reconocimiento implícito del principio de primacía de la realidad (Constitución laboral)	56
2.2.7. Legislación Nacional Peruana: Reconocimiento del Principio de primacía de la realidad	58
2.2.8. Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional Año 2000	64
2.2.9. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre principio de primacía de la realidad	65
2.2.10. Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República sobre principio de Primacía de la Realidad	74
2.2.11. Definción del contrato de trabajo	77
2.2.12. Elementos del contrato de trabajo	78
2.2.13. Modalidades de contratación laboral	79
2.2.14. Desnaturalización laboral y la primacía de la realidad	80
2.2.15. Aplicación del principio de primacía de la realidad a nivel administrativo	82
III. RESULTADOS Y DISCUSIÓN	
3.1. Análisis e interpretación de los datos	
3.1.1. Las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación	

del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014	84
3.1.2. Porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período	96
3.1.3. Porcentaje de conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura, corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014	102
3.1.4. Conveniencia sobre regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana	112
3.1.5. Relación entre las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014	121
3.2.- Discusión	126
CONCLUSIONES	129
RECOMENDACIONES	132
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	133
ANEXOS	137

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es analizar de qué manera se relacionan las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, identificando cuáles son esas conductas fraudulentas, qué porcentaje del total de procesos judiciales fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, qué porcentaje corresponden a la actuación del Estado como empleador y al privado, determinando si es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.

El principio de primacía de la realidad tiene un efecto expansivo en materia laboral aplicándose a un sin número de supuestos de hecho para resolver conflictos laborales, pero a pesar de su eficacia, no solo se van creando nuevas conductas fraudulentas, sino que persisten en las mismas elevándose la carga procesal. Así, la importancia del estudio radica en contar con evidencia estadística que justifique efectuar propuestas con el fin de evitar que esta situación vaya en aumento.

El enfoque del presente trabajo de investigación es mixto, cuantitativo en tanto se ha efectuado una medición numérica de las variables utilizando “Fichas Protocolo de Recolección de Datos” con información extraída de las sentencias emitidas por la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 al 2014, y es cualitativa, ya que para efectuar el análisis se han utilizado técnicas no estandarizadas de recolección de datos como la entrevista a magistrados de la especialidad laboral.

Los resultados obtenidos luego del procesamiento de datos, llevan a la conclusión de que existe una relación directa entre las conductas fraudulentas y la aplicación del principio de primacía de la realidad, ya que todos los casos en que se acreditaron dichas conductas fueron resueltas utilizando el principio, no resultando conveniente su regulación expresa en nuestra legislación laboral, pues limitaría su aplicación, aceptándose la hipótesis general y las hipótesis específicas.

Palabras claves: Conductas fraudulentas del empleador, principio de primacía de la realidad.

ABSTRACT

The objective of the present investigation is analyze how is the relation between fraudulent conduct of de employers and the principle of primacy of reality in the resolution of judicial conflicts by “Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura” during the years 2012 to 2014, identifying which are those fraudulent conduct, which percentage of the total judicial process were resolved using the principle of primacy of reality, which percentage has relationship with the State as employer, and the private employer, determining if it is convenient regulate expressly the principle of primacy of reality in the Peruvian legislation.

The principle of primacy of reality has an expansive effect in labor field, it is used to resolve a lot of facts; however, in spite of its effectiveness, new fraudulent conducts are being created, and the employers incur in the same conducts, increasing the judicial charge. This investigation is important because it is necessary to have statistical evidence to justify the presentation of proposals to avoid this situation increase.

The focus of this investigation is mix, quantitative because there is a numeral measurement of the variables using “Fichas Protocolo de Recolección de Datos” with information taken of the sentences dispatched by “Sala Laboral Permanente de Piura” between years 2012 to 2104, and it is qualitative, because to realize the analysis, have been used no standardized techniques of data collecting as interviews to labor judges.

The results obtained after data processing, lead to the conclusion that exist a direct relationship between the fraudulent conduct of employers and the use of the principle primacy of reality, because in all the cases these conducts were proved, these were resolved using the principle, not being convenient its express regulation in our labor legislation, because it would limit its use, accepting the general hypothesis and the specific hypothesis.

Key Words: Fraudulent conduct of de employers, principle of primacy of reality

INTRODUCCIÓN

Para elaborar el presente trabajo de investigación se ha efectuado una búsqueda de trabajos de similar naturaleza relacionados a conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad, encontrándose como antecedentes a nivel internacional los siguientes:

El libro *“Fraude y Simulación en el Derecho Laboral”*¹ de Carlos Pose, donde el autor analiza las figuras del fraude y simulación dentro del derecho laboral Argentino en relación a las conductas utilizadas más frecuentemente para burlar las normas laborales, las mismas que tienen como características ser imperativas y de orden público. En dicha obra el autor señala que si bien el derecho constituye un medio de control social que pretende facilitar la vida en sociedad, estableciendo para ello un orden coactivo que los particulares deben respetar; también es cierto que la labor no siempre es sencilla toda vez que existen sujetos que, consciente o inconscientemente burlan la ley, y en el afán de evitar la aplicación de sanciones, utilizan dos figuras típicas como: el fraude y la simulación. Carlos Pose refiriéndose al fraude, afirma que la legislación argentina no lo ha definido en forma específica, señala que en el Art. 14 de la LCT (Ley del Contrato de Trabajo Argentino) se encuentra en siguiente precepto *“Será nulo todo contrato por el cual las partes hayan procedido son simulación o fraude a la ley laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de persona o de cualquier otro medio. En tal caso, la relación quedará regida por esta ley”*². El autor de la obra refiriéndose a la simulación señala que es muy común en todo tipo de negocios jurídicos, que se usa ya sea para enmascarar la personalidad, también para ocultar bienes o ciertas actividades, además es comúnmente utilizada para evadir prohibiciones u obligaciones legales, de igual forma se hace uso de la simulación para burlar a los acreedores, ó simplemente para evadir impuestos, lo que también se da en el marco de las relaciones laborales³, señalando el autor que cuando esto ocurre en Argentina resulta de aplicación el Art. 14 de la LCT que determina la nulidad de

¹ POSE CARLOS, *Fraude y simulación en el Derecho Laboral*, Primera edición, Buenos Aires – Argentina, David Grinberg Libros Jurídicos, 2007, p. 13 y siguientes.

² *Ibídem*, p. 16.

³ *Ibídem*, p. 19 al 20.

todo contrato por medio del cual las partes hayan actuado con simulación o fraude a la ley, siendo que tal disposición normativa constituye un eje normativo que siempre sirve como válvula de seguridad en la disciplina laboral cuando se verifica vulneración del derecho público que protege a los trabajadores⁴. Y con relación al principio de primacía de la realidad, el autor Carlos Pose señala que es de gran aplicación en el campo del derecho laboral, especialmente por la jurisprudencia argentina, pues de esa manera los jueces atacan actos fraudulentos o simulados, a pesar de que en los documentos se señala algo distinto, en cuyo caso se deben preferir los hechos para la aplicación práctica del derecho, citando en su trabajo de investigación la siguiente jurisprudencia argentina que es muy ilustrativa⁵: “*JURISPRUDENCIA ‘El principio de primacía de la realidad impide soslayar la verdadera naturaleza de la relación jurídica existente entre las partes. CNTr Sala IV, 16/8/01, ‘Salinas c/ Agencia France Presse’, DT, 2002-A-742.’, ‘Si la capacidad de trabajo del accionante constituyó uno de los medios personales a través de los cuales la entidad demandada se valió para la obtención de sus fines, resulta aplicable la legislación laboral en mérito a la proyección del principio de primacía de la realidad, aún cuando se haya celebrado por escrito un contrato de aprendizaje.’ CNTr., Sala VIII, 29/6/01’, ‘López c/Disco SA’, DT,2002-A-734’ ”. La obra del autor argentino, durante su desarrollo, identifica varios supuestos de conductas fraudulentas del empleador, analizándolas por capítulos: i) La contratación fraudulenta, ii) la contratación clandestina, iii) fraude en materia de despido, iv) simulación del negocio jurídico laboral, v) fraude por abuso de la personería jurídica, y vi) Otros supuestos de fraude y simulación referidos a utilización fraudulenta del período de prueba, de las modalidades contractuales, del fraude en materia salarial, y de la protección del patrimonio sindical.*

Otro trabajo de investigación antecedente, resulta ser la tesis “*Análisis comparado de los sistemas de contratación laboral temporal en España y Paraguay*”⁶ presentada por Milciades José Benítez Yambay para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá en Alcalá de Henares - España, en el año 2012. Se puede advertir

⁴ *Ibídem*, p. 23-24.

⁵ *Ibídem* p. 25 al 27.

⁶ BENÍTEZ YAMBAY Milciades José, tesis *Análisis comparado de los sistemas de contratación laboral temporal en España y Paraguay* para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá en Alcalá de Henares - España, en el año 2012, p. 153 y ss.
<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=33228>

que el investigador en la página 153 de su trabajo de tesis señala: “(...) *Nos dice el artículo 6.4 del Código Civil español que ‘los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude a la Ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.’* Trasladando esta actuación al ámbito laboral, y en particular al fraude en la utilización de los contratos temporales, nos dice CAMPOS RUIZ que el fraude de ley ‘existirá siempre que, utilizándose la cobertura formal de un determinado precepto, se trate de obtener un resultado contrario al ordenamiento laboral, esto es, la concertación como temporal de una relación que debió adoptar carácter de indefinido’ ”. El tesista Milciades José Benítez Yambay concluye en su trabajo de investigación que en Paraguay a diferencia de España, los legisladores no se han ocupado de modificar la regulación sobre contratación temporal, incluso desde el año 1961 en que se dio el primer código laboral, razón por la cual la evolución legislativa ha sido distinta en cada uno de los países nombrados ya que los legisladores españoles a diferencia de los paraguayos, constantemente actualizan las normas referidas a relaciones laborales precisamente por la existencia de conductas fraudulentas del empleador.

Por otro lado, resulta necesario citar como antecedente la tesis denominada “*Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*”⁷, presentada por Miguel Ángel Bravo Arriagada y José Miguel Rosas Chuaqui para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Santiago de Chile, en el año 2006, donde los investigadores, luego de analizar el aspecto doctrinal y jurisprudencial del principio primacía de la realidad, concluyeron en que los principios en el Derecho del Trabajo orientan la interpretación de normas existentes, y ayudan a resolver casos no contemplados, que el principio de primacía de la realidad es uno de los más importantes porque efectiviza otros, señalan que este principio no se encuentra reproducido en la legislación lo que es positivo, y se aplica en diferentes aspectos de la relación laboral, y refiriéndose a la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia

⁷ BRAVO ARRIAGADA, Miguel Ángel, y ROSAS CHUAQUI, José Miguel, tesis *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*, para obtener el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Santiago de Chile, en el año 2006, Conclusiones.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107767>

chilena, señalan: “(...) 6. Al analizar la jurisprudencia de nuestros tribunales, se pueden observar dos tendencias en cuanto a la aplicación del principio de la primacía de la realidad: por un parte, ciertos fallos aplican e interpretan el principio en estudio de una forma o manera más racional o restringida, sin por ello desconocer o transgredir los derechos de los trabajadores; por otra parte, ciertos fallos hacen una aplicación mucho más radical del mismo principio, llegando en cierto modo, a preferir la primacía de los hechos por sobre la aplicación o interpretación de normas legales. En tal sentido, creemos que no se debe abusar del principio de la primacía de la realidad. Como en todas las cosas, se debe actuar con prudencia y criterio al interpretar y aplicar estos principios, misma actitud que deben recoger los tribunales de justicia, teniendo siempre en vista y en su conciencia, eso sí, la evidente desigualdad entre las partes contratantes en una relación laboral. (...)”.

A nivel nacional encontramos los siguientes antecedentes:

En la Revista Especializada Soluciones Laborales No. 64 / Abril 2013, José Humberto Ruiz Riquero publicó el artículo de análisis jurisprudencial “*Luces y Sombras en la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia laboral peruana*”⁸, donde el investigador hace un análisis del contrato de trabajo, comparándolo con el contrato de locación de servicios, los elementos esenciales que conforman el contrato de trabajo, poniendo énfasis en el elemento subordinación, el cual marca la diferencia entre las contrataciones antes citadas, precisando los rasgos sintomáticos de laboralidad, como son la exclusividad, la continuidad, el control efectivo del servicio, etc., y la aplicación del principio de primacía de la realidad, tan usada en nuestra jurisprudencia nacional. En esta investigación fue objeto de análisis un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Peruano en el Exp. No. 2371-2004-AA/TC donde el supremo intérprete de la Constitución señaló que no existió un contrato de locación de servicios sino un contrato de trabajo, llegando a la conclusión de que los jueces y el Tribunal Constitucional en nuestro país vienen utilizando el principio de primacía de la realidad para evitar que los empleadores celebren contratos de locación de servicios en lugar de contratos de trabajo y

⁸ RUIZ RIQUERO José Humberto, *Luces y sombras de la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia laboral peruana*, artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales No. 64 / Abril 2013, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, 2013, p. 100 y ss.

no reconocer los derechos laborales de sus trabajadores, poniendo énfasis en que tal reconocimiento judicial debió efectuarse anteriormente, cuando se celebró en los hechos un contrato de trabajo por lo que, el trabajo de investigación termina exhortando a la Autoridad Administrativa de Trabajo para que efectúen fiscalizaciones efectivas y protejan a los trabajadores en sus derechos laborales, consignando lo siguiente: “(...) *Por ello, exhortamos a la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT), para que por medio de las inspecciones realice de manera más activa la fiscalización de las relaciones entre el empleador y el trabajador; lo cual permitirá que este se sienta protegido por el Estado.*”⁹.

Otro trabajo de investigación nacional que sirve de antecedente, es el libro “*El Fraude y la Simulación en la Contratación Laboral – Relaciones laborales ocultas y falsos empleadores*”¹⁰, publicado en nuestro país en el año 2010 por la Editorial Grijley, del autor Henry Carhuatoco Sandoval, quien dedica el primer capítulo para analizar la flexibilización laboral y los principios laborales, así como su incidencia en la debilitación del movimiento sindical, concluyendo en que: “*La flexibilización laboral de fines del siglo pasado ha permitido a la empresa tener libertad para contratar trabajadores en diversas modalidades principalmente eventuales o temporales y de manera indirecta ha debilitado el movimiento sindical debido a la alta rotación y salida de sus miembros. (...)*”¹¹. En el segundo capítulo el autor se enfoca en el principio de primacía de la realidad, para analizar las características de un contrato de trabajo, sus elementos esenciales, y el fraude a la ley, por otra parte el autor Henry Carhuatoco en este capítulo hace un recuento del campo de aplicación del principio de primacía de la realidad, ya sea en los contratos de trabajo sujetos a modalidad, en los contratos de locación de servicios, en las relaciones laborales de empleados del sector público, ya sea por parte de la judicatura nacional y los inspectores de trabajo, quienes están facultados también para aplicar el principio de primacía de la realidad conforme a la Ley General de Inspección del Trabajo, así como la aplicación de dicho principio en los procedimientos concursales, llegando a la conclusión que tanto el magistrado como la autoridad administrativa de trabajo pueden impedir el fraude a la ley laboral basándose en los hechos a fin de determinar la norma aplicable; y en ese sentido, afirma que “*El principio de primacía de la realidad, el fraude a la ley y la*

⁹ *Ibidem*, p. 113.

¹⁰ CARHUATOCTO SANDOVAL Henry, “*El Fraude y la Simulación en la Contratación Laboral – Relaciones laborales ocultas y falsos empleadores*”, Primera Edición, Lima – Perú, Editora Grijley, 2010, p. 13 y ss.

¹¹ *Ibidem*, p. 31.

*irrenunciabilidad de derechos laborales son los más eficientes mecanismos jurídicos para garantizar el cumplimiento de las normas laborales. Los jueces en la interpretación del derecho laboral darán vida a estas instituciones. (...)”*¹². En el tercer capítulo el investigador Henry Carhuatocto analiza el mencionado principio de primacía de la realidad aplicado a la tercerización de servicios donde describe los elementos característicos de las empresas de tercerización como la pluralidad de clientes, además del equipamiento propio, la inversión de capital propio, el hecho de que retribución sea por servicio u obra, y el que no implique la mera provisión de personal, que se encuentran establecidos en la Ley que regula los servicios de tercerización No. 29245 y su reglamento, haciendo referencia que junto a este principio de primacía de la realidad, están el de la solidaridad laboral y la desnaturalización de contratos laborales, y que si bien en el mercado laboral la tercerización es útil en tanto y en cuanto permite que el empresario de prioridad al centro del negocio y encomendar a otros las actividades que no inciden en el giro principal, debe verificarse que esta figura se está utilizando correctamente, por eso el investigador señala: “(...) *Lo más importante para tener certeza de que se está utilizando correctamente la tercerización es respetar estrictamente la autonomía de la empresa tercerizadora y evitar cualquier tipo de subordinación con el personal de la misma. (...)”*¹³. En los siguientes capítulos de la obra (del cuarto al octavo), Henry Carhuatocto hace un estudio sobre la aplicación de la solidaridad laboral en los grupos de empresas, la solidaridad laboral y los grupos económicos en el ámbito de la micro y pequeña empresa, la solidaridad laboral según el Tribunal Constitucional Peruano, el principio de primacía de la realidad aplicado al régimen de contratación administrativa de servicios, y el carácter persecutorio del crédito laboral regulado en el D. Leg. 856, donde concluye en lo siguiente: “(...) *Los juristas neo hegelianos consideran que el derecho es una ciencia interpretativa, siendo así la comprensión de los conceptos jurídicos se debe realizarse teleológicamente, aprehendiendo el sentido de la norma jurídica en conexión con la realidad viviente, con la experiencia y con la idea del fin del derecho. Ello implicara en el caso del carácter persecutorio del crédito laboral que el juez no sólo deberá aplicar la institución sino desarrollarla, siendo que toda aplicación del derecho es, en esencia, también una actividad creadora.*”¹⁴.

¹² *Ibidem*, p. 91.

¹³ *Ibidem*, p. 110 – 111.

¹⁴ *Ibidem*, p. 237.

Llevar adelante este trabajo de investigación encuentra justificación en el hecho de que existe un gran número de sentencias emitidas por las Salas Laborales de la Corte Superior de Justicia de Piura que resuelven conflictos jurídicos de trabajadores del régimen laboral privado, ya sea el empleador un privado o el Estado, derivados de conductas fraudulentas de la patronal, vía aplicación del principio de primacía de la realidad, lo que demuestra el actuar malicioso de los empleadores, recurriendo a conductas como encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, encubrir una relación directa a través de figuras de intermediación o tercerización, ocultar un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva, entre otras ingeniosas conductas fraudulentas.

El principio de primacía de la realidad que se venía aplicando para declarar la existencia de un contrato de trabajo encubierto por contratos civiles tiene efectos expansivos, y abarca cada vez más supuestos de hecho por conductas fraudulentas de los empleadores, situación que debe quedar evidenciada en el presente estudio de investigación, como aporte a la comunidad jurídica, así mismo este trabajo permitirá conocer cuáles son las conductas fraudulentas a las que más frecuentemente recurren los empleadores del régimen laboral privado en el Distrito Judicial de Piura entre los años 2012 al 2014, de igual forma, este trabajo de investigación dará a conocer el porcentaje de aplicación del principio de primacía de la realidad frente a los conflictos resueltos en el período, así como el porcentaje en que se aplicó el mencionado principio para empleador privado y el Estado.

Otro aporte del presente trabajo de investigación es conocer si es necesario o no regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, y de acreditarse la existencia de relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y el principio de primacía de la realidad, se efectuarán propuestas de *lege ferenda* para evitar el incremento de conductas en los empleadores que solo buscan conculcar los derechos laborales de carácter irrenunciables de los trabajadores.

En los últimos años se ha incrementado la carga procesal en materia de conflictos laborales tanto del régimen laboral privado como del régimen laboral público, lo que ha determinado que en el Distrito Judicial de Piura se disponga incluso la asignación de Salas Laborales Transitorias, para que asuman la carga que solo atendía la Sala Laboral Permanente, así en noviembre del año 2012 por resolución administrativa del Consejo

Ejecutivo del Poder Judicial entró en funcionamiento la Primera Sala Laboral Transitoria, y en noviembre del año 2013 el mismo Consejo Ejecutivo dispuso que entre en funcionamiento la Segunda Sala Laboral Transitoria, todas ellas conocían indistintamente procesos del régimen laboral privado a través de la Ley Procesal del Trabajo No. 26636, y del régimen laboral público a través de procesos contenciosos administrativos, a la fecha las Salas Laborales en la Corte Superior de Justicia de Piura se han sub-especializado, quedando desde noviembre del año 2015 una Sala Laboral Permanente encargada de resolver conflictos de trabajadores del régimen laboral privado a través de procesos ordinarios laborales y una Sala Laboral Transitoria encargada de resolver los conflictos de trabajadores del régimen laboral público a través de procesos contenciosos administrativos laborales y también conflictos de naturaleza previsionales en esa misma vía procedimental, la otra Sala Laboral Transitoria fue trasladada a otro Distrito Judicial. Se ha podido advertir que la mayoría de casos que han sido puestos de conocimiento de la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012, 2013 y 2014 están referidos a conductas fraudulentas de los empleadores con la finalidad de evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, conflictos que han sido resueltos vía aplicación del principio de primacía de la realidad, que en el campo laboral tiene cada vez más un efecto expansivo con la finalidad de abarcar todos los supuestos de hecho que se presentan en la realidad.

El principio de primacía de la realidad, que básicamente se aplicaba para determinar la existencia de un contrato de trabajo encubierto en un contrato civil, ha resultado un arma eficaz para resolver conflictos derivados de las más diversas conductas fraudulentas de los empleadores, sean estos privados o el Estado que actúa como empleador en su relación con trabajadores del régimen laboral privado regulado por el D. Leg. 728 cuyo TUO fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR – Ley de Productividad y Competitividad Laboral; sin embargo, la aplicación de este principio se ha visto restringida por el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la STC No. 05057-2013-PA/TC JUNIN del 16 de abril del 2015, más conocido como el caso Huatuco, que ha limitado la aplicación del mencionado principio en las relaciones laborales de los trabajadores del régimen laboral privado cuyo empleador es el Estado.

Es importante señalar la falta de monitoreo y supervisión de entidades estatales sobre el establecimiento de relaciones laborales encubiertas y demás conductas fraudulentas del

empleador, que ha pretendido mejorar con la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL, creado por Ley No. 29981 del 15.01.2013 como organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y que cumple el rol de autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo, labor que antes estaba a cargo del área de inspecciones del referido ministerio; sin embargo, para que dicha tarea sea efectiva se hace necesario la suscripción de convenios interinstitucionales con entidades como el Poder Judicial y la mencionada Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL, además de la imposición de sanciones drásticas para empleadores que pretenden evadir sus obligaciones laborales a través de conductas fraudulentas, no solo las detectadas como resultado de sus inspecciones sino de aquellas detectadas a nivel judicial.

Problema.-

Según el Informe Técnico No. 2- Febrero 2014 del Instituto Nacional de Estadística INEI publicado por PERÚ 21 entre el año 2012 y 2013¹⁵ el crecimiento económico del país fue del 5.02%, logrando 15 años de sostenida evolución positiva, tal crecimiento económico alcanzado en nuestro país en los últimos tiempos, ha determinado el incremento de las fuentes de trabajo para la producción de bienes y servicios, en diversos sectores como la agroindustria, pesca, comercio, construcción, transportes, constituyéndose en una economía atractiva para la inversión de capitales extranjeros, que han instalado sus empresas en nuestro país, razón por la cual existen cada vez mayores requerimientos de mano de obra.

Si bien el incremento de fuentes de trabajo es un aspecto positivo de la economía de un país, también es cierto que los empleadores no consideran la mano de obra como un costo de producción, sino como un gasto, lo que determina que pretendan cumplir con su objeto social de producción de bienes o servicios con el menor gasto posible por contratación de personal y pago de leyes sociales, recurriendo para ello a conductas fraudulentas como encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, encubrir una relación directa a través de figuras de intermediación o tercerización, ocultar un contrato laboral a plazo

¹⁵ PERÚ 21 del 14.02.2014.

<http://peru21.pe/economia/inei-economia-peruana-crecio-502-2013-2170072#rptoken=1520937409&forcesecure=1>

indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva, entre otras ingeniosas conductas fraudulentas.

Nuestra Constitución Política del Estado de 1993 en su Art. 26 numeral 2 establece el carácter irrenunciable de los derechos laborales reconocidos por la Constitución y la ley, siendo el Poder Judicial quien resuelve los conflictos derivados de la relación laboral, conociendo no solo supuestos de incumplimiento a las normas laborales en relaciones formalmente constituidas, como dejar de abonar la compensación por tiempo de servicios, o dejar de pagar vacaciones, gratificaciones, sino también los conflictos derivados de conductas fraudulentas de los empleadores, donde en forma voluntaria se busca obtener un fin ilícito a través de un medio lícito aparentando situaciones que no se corresponden con la realidad, lo que es resuelto a nivel jurisdiccional con la aplicación del principio de primacía de la realidad, el mismo que cada vez más se expande en el campo del derecho laboral, abarcando más supuestos de hecho.

En la Corte Superior de Justicia de Piura en el año 2012, 2013, 2014, se advierte que muchas de las conductas antes descritas en conflictos de trabajadores del régimen laboral privado, sea el empleador un privado o el Estado, han sido resueltas aplicando el principio de primacía de la realidad; sin embargo, es necesario señalar que los empleadores, cada vez en mayor medida recurren a las más diversas conductas fraudulentas para evadir el cumplimiento de normas imperativas que reconocen derechos a los trabajadores que según nuestra Constitución son de carácter irrenunciable.

De continuar esta situación, sin que se tomen medidas, se estaría fomentando conductas contrarias al ordenamiento jurídico, con el incremento de la carga procesal no solo en la Corte Superior de Justicia de Piura sino en todo el país, es por tal razón que debe quedar evidenciada la relación directa que existe entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad en vía judicial, principio que tiene un efecto expansivo en el campo laboral para abarcar cada vez más los supuestos de hecho que se dan en la realidad, y que debe continuar aplicándose aún cuando el empleador sea el Estado en el marco del régimen laboral privado, debiendo también implementarse un sistema administrativo de monitoreo y supervisión por parte de la autoridad administrativa de trabajo a cargo de la SUNAFIL Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral que

le permita conocer el comportamiento laboral de los empleadores, compartiendo bases de datos con otros organismos del Estado como el Poder Judicial, además de la imposición de sanciones a los empleadores por quedar evidenciada la conducta fraudulenta.

Partiendo de la realidad problemática antes descrita, la investigación se desarrolla planteando la siguiente formulación del problema:

¿De qué manera se relacionan las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014?

El problema planteado se sistematiza de la forma siguiente:

1. ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014?
2. ¿Cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período?
3. ¿Cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, entre empleador privado y el Estado en ese período?
4. ¿Es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana?

Hipótesis.-

Hipótesis general:

Las conductas fraudulentas del empleador se relacionan directamente con la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, por el efecto expansivo que este principio tiene en el campo laboral.

Hipótesis específicas:

1. Las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014 fueron:
 - Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles.
 - Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva.
 - Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización.
 - Aparentar contratos a tiempo parcial.
 - Determinar vinculación empresarial.
 - Encubrir rebaja en la categoría.
 - Aparentar convenios de prácticas.
 - Encubrir despido nulo con un despido legal.
2. Un alto porcentaje de conflictos jurídicos se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período, por el efecto expansivo de este principio en el campo del derecho laboral.
3. Un alto porcentaje de conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura, corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014, por lo que es necesario aplicar este principio en las relaciones laborales de trabajadores con el Estado.
4. No es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.

Objetivos.-

Objetivo general:

Analizar de qué manera se relacionan las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en

la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014.

Objetivos específicos:

1. Identificar cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014.
2. Establecer cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período.
3. Establecer cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, entre empleador privado y el Estado en ese período.
4. Determinar si es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.

CAPÍTULO I

ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1. Unidad de análisis y su ubicación.-

Sentencias expedidas por la Sala Laboral Permanente de Piura en los años 2012 al 2014, en procesos ordinarios laborales del régimen laboral privado regulado por el D. Leg. 728 cuyo Texto Único fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR, ya sean empleadores particulares ó el Estado (incluyendo actividad empresarial del Estado).

Las sentencias se ubican en los legajos copiadores de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura.

Es necesario precisar que entre los años 2012 al 2014, fue de conocimiento de la Sala Laboral Permanente de Piura, procesos laborales del régimen laboral público y previsionales en la vía del proceso contencioso administrativo regulado por el D.S. No. 013-2008-JUS, en adición a su competencia de conocer procesos laborales del régimen laboral privado en la vía del proceso ordinario laboral regulado por la Ley No. 26636, estos últimos objeto del presente trabajo de investigación, recién a finales del año 2015 la Sala Laboral de Piura se sub especializó conociendo únicamente procesos ordinarios laborales.

1.2. Cómo surge el problema.-

El problema surge cuando en la Sala Laboral Permanente de Piura se conoce una gran cantidad de conductas fraudulentas del empleador para encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, aparentar una contratación modal cuando se trata de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, aparentar una tercerización o intermediación cuando en realidad existe una contratación directa entre la empresa usuaria o principal y el trabajador, de igual forma se trata de encubrir un contrato de trabajo a plazo indeterminado a través de convenios de prácticas pre-profesionales, o de un contrato a tiempo parcial, conflictos que se han resuelto aplicando el principio de primacía de la realidad, siendo que en la mayoría de los procesos

judiciales resueltos el empleador es el Estado a través de diversas instituciones públicas (incluyendo actividad empresarial del Estado).

Así tenemos que a mayor conductas fraudulentas del empleador, mayor aplicación del principio de primacía de la realidad para resolverlos en la vía judicial; sin embargo, con fecha 16 de abril del 2015 el Tribunal Constitucional emitió el precedente vinculante contenido en la STC No. 05057-2013-PA/TC JUNÍN, conocido por el caso Huatuco, el mismo que limita la aplicación del principio de primacía de la realidad para la determinación de contratos de trabajo a plazo indeterminado, con posibilidad de reposición. No aplicar este principio de primacía de la realidad para resolver conflictos de relaciones laborales entre trabajador y empleador estatal sería avalar la precariedad en el trabajo, no pudiendo tener privilegios el Estado.

Por otro lado, la falta de un adecuado monitoreo y supervisión por parte de la autoridad administrativa de trabajo a cargo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL determina que las conductas fraudulentas no sean sancionadas administrativamente, judicializándose el conflicto, lo cual a la larga resulta beneficioso para el empleador, dado que la sentencia judicial ordena el pago de los beneficios sociales que debieron pagarse en su oportunidad, eximiéndose del pago de la sanción administrativa pese a haberse acreditado judicialmente el incumplimiento laboral.

1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene.-

El problema se manifiesta en la gran carga procesal que en materia laboral soporta la Corte Superior de Justicia de Piura, que determinó que en noviembre del año 2012 entrara en funcionamiento una Sala Laboral Transitoria y en noviembre del año 2013 otra Sala Laboral Transitoria para asumir la carga procesal conjuntamente con la Sala Laboral Permanente de Piura, conociéndose en esos años indistintamente procesos laborales del régimen laboral privado y del régimen laboral público, además de los procesos previsionales.

Ahora bien, los procesos laborales del régimen laboral privado donde el Estado también actúa como empleador, reflejan la práctica continua de conductas fraudulentas por parte de la patronal para encubrir contratos de trabajo a plazo indeterminado no solo a través de contratos civiles sino también a través de contratos modales, a tiempo parcial, a través de convenios de prácticas pre-profesionales, etc., por ello se concluye que la principal característica es el fraude a la Ley laboral.

1.4. Metodología empleada.

1.4.1. Variables.

Variable independiente:

Conductas fraudulentas del empleador.

Variable dependiente:

Principio de primacía de la realidad.

1.4.2. Proceso de operacionalización de variables

VARIABLES	DIMENSIÓN	INDICADORES	CRITERIO DE EVALUACIÓN	ESCALA DE MEDICIÓN
<u>Variable independiente:</u> Conductas fraudulentas del empleador	Supuestos de conductas fraudulentas del empleador	Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles.	Si – No	Nominal
		Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización.	Si – No	Nominal
		Ocultar un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva.	Si – No	Nominal
		Aparentar contratos a tiempo parcial.	Si – No	Nominal
		Determinar vinculación empresarial.	Si – No	Nominal
		Encubrir rebaja en la categoría	Si – No	Nominal
		Aparentar convenios de prácticas.	Si – No	Nominal
		Encubrir despido nulo con un despido legal.	Si – No	Nominal

<u>Variable dependiente:</u> Principio de primacía de la realidad		Aplicación del principio primacía de la realidad	Si – No	Nominal
--	--	--	---------	---------

1.4.3.- Tipo de Investigación:

La presente investigación de acuerdo al fin que persigue es aplicada ya que su fin es resolver problemas prácticos, su objetivo no es desarrollar una teoría específica. El tipo de investigación a realizar es correlacional¹⁶, ya que tiene como propósito describir la manera como se comportan las variables y conocer la relación que existe entre dos o más conceptos, categorías o variables en un contexto particular, en la presente investigación el propósito específico es describir las conductas fraudulentas del empleador y establecer la relación que existe con el principio de primacía de la realidad. Por otra parte, el enfoque del trabajo de investigación es mixto, toda vez que es cuantitativo en tanto y en cuanto se ha efectuado una medición numérica de las variables, utilizando para ello Fichas Protocolo de Recolección de Datos, con las cuales se ha levantado información base para efectos estadísticos, que han sido objeto de análisis, y también es cualitativo, ya que para efectuar el análisis se han utilizado técnicas no estandarizadas de recolección de datos como la entrevista a magistrados de la especialidad laboral.

1.4.4.- Diseño de investigación:

El diseño del presente trabajo es no experimental, transeccional-correlacional. Se trata de un diseño no experimental, pues como lo señala Hernández Sampieri¹⁷ en la investigación no experimental se observan los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, es luego de ello que se analizan, por ello se observarán los hechos y las variables tal y como ya

¹⁶ HERNÁNDEZ SAMPIERI Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO Carlos, y BAPTISTA LUCIO Pilar, *Metodología de la Investigación*, Segunda Edición, México D.F. - México, Editorial McGraw-Hill Interamericana Editores S.A. de C.V., 1998, p. 62 - 65.

¹⁷ *Ibidem*, p. 184 y ss

existen en la realidad, sin manipular deliberadamente las variables, toda vez que el investigador no tiene control sobre las mismas.

Siguiendo en esta línea de investigación no experimental, corresponde señalar que la presente investigación contempla un diseño transeccional correlacional, pues a decir de Hernández Sampieri¹⁸, estos diseños describen relaciones entre dos o más variables en un determinado y preciso momento, y si bien se trata también de descripciones, éstas no son de variables individuales sino de sus relaciones en un tiempo específico, en el presente caso la relación entre las variables conductas fraudulentas del empleador y el principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos laborales del régimen laboral privado en la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 y 2014.

1.4.5.- Población, muestra y muestreo:

La población objeto de estudio, está constituida por las sentencias expedidas por la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 al 2014 que a su vez será la muestra del estudio (100%), en procesos ordinarios laborales del régimen laboral privado regulado por el D. Leg. 728 cuyo Texto Único fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR, ya sean empleadores particulares ó estatales:

Año 2012: 390 sentencias

Año 2013: 337 sentencias

Año 2014: 329 sentencias

Total 1,056 sentencias (en 1,056 Fichas Protocolo de Recolección de datos)

Se entrevistaron a 06 magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura (Anexo 4):

02 Jueces Superiores en materia laboral

04 Jueces Especializados en materia laboral

¹⁸ *Ibidem*, p. 188.

1.4.6.- Técnicas e instrumentos de recolección de datos:

Se realizó un trabajo de gabinete, es decir se levantó información a través de Fichas Protocolo de Recolección de Datos (Anexo 1), revisando las sentencias descritas como población, y entrevistas a magistrados de primera y de segunda instancia de la especialidad laboral del Distrito Judicial de Piura sobre el tema de investigación (Anexo 2).

1.4.7.- Métodos de análisis de datos:

Los datos se analizaron utilizando tablas y figuras elaborados en Microsoft Excel, con sus correspondientes análisis e interpretaciones, haciendo un análisis crítico sobre los resultados obtenidos.

1.4.8.- Aspectos éticos:

Se solicitó formal autorización al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Piura, Magistrado Jorge Hernán Ruiz Arias, para poder llevar adelante el presente trabajo de investigación con fines académicos, quien brindó las facilidades para levantar información consignada en las sentencias contenidas en los legajos oficiales de la Sala Laboral Permanente de Piura según Oficio No. 3044-2017-P-CSJPI/PJ del 03 de julio del 2017 emitido por la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Piura (Anexo 3). También se pidió expresamente autorización a los magistrados entrevistados para utilizar su contenido con fines académicos de la investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1.- Base teórica sobre las conductas fraudulentas del empleador.-

2.1.1.- El fraude desde el punto de vista jurídico.-

Anibal Torres Vásquez¹⁹, en su obra “*Acto Jurídico*”, específicamente en el capítulo XII, nos señala que la palabra fraude no tiene un significado inequívoco, el autor señala que se le asocia al engaño, a la astucia, al artificio, en todo caso se hace referencia a acciones contrarias a la verdad.

Según este autor hay dos especies de fraude: el fraude a la ley con lo cual se quiere dar apariencia de legalidad a un acto amparándose en una ley de cobertura, y el fraude a los acreedores, disminuyéndose el patrimonio para generar un estado de insolvencia:

“a) Fraude a la ley.- Por el fraude a la ley se evade la aplicación de una ley (ley defraudada) amparándose en otra ley (ley de cobertura), que sólo de modo aparente protege el acto realizado, caso en el cual debe aplicarse la ley que se ha tratado de eludir o, si ello no es posible, anular el acto, independientemente de que con éste se haya o no causado daño.

Con el acto realizado en fraude a la ley se persigue obtener un resultado similar o igual al prohibido por una norma imperativa, apoyándose en otra norma que no es prohibitiva. El acto in fraudem legis tiene una apariencia de legalidad que le confiere la norma de cobertura, pero en realidad carece de legalidad por haber sido realizado con el fin de eludir una norma imperativa que lo prohíbe, por lo que carece de idoneidad para producir un resultado similar al prohibido y por consiguiente es nulo.

(...)

La nulidad del acto en fraude a la ley, no necesita de especial justificación por el ordenamiento jurídico. Este no puede permanecer indiferente ante el fraude, aunque el nuestro no contiene un artículo que lo declare explícitamente. En todo caso, lo dispuesto por el art. V de T.P. del C.C. (‘Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres’), puede servir de apoyo textual para declarar la nulidad de un acto realizado en fraude a la ley. Como dice Albaladejo ‘sería contradictorio pensar que frente al fraude no reacciona la ley, porque sería pensar que prohíbe un fin y que, a la vez, permite alcanzarlo (siempre, bien

¹⁹ TORRES VÁSQUEZ Anibal, *Acto Jurídico*, Primera Edición, Lima – Perú, IDEMSA, 2001, p. 573 y ss.

entendido, que lo prohibido sea el fin en sí mismo, y no un determinado medio de conseguirlo)'.

b) Fraude a los acreedores.- *El fraude a los acreedores hace referencia a los actos celebrados por el deudor con los cuales renuncie a derechos o disminuya su patrimonio conocido, provocando o agravando su estado de insolvencia, en perjuicio de sus acreedores, presentes o futuros, que se ven impedidos de obtener la satisfacción total o parcial de sus créditos.*

El estado de insolvencia consiste en un desequilibrio patrimonial en el que el pasivo supera al activo. Insolvente es quien no tiene bienes en su patrimonio para poder dar cumplimiento a sus obligaciones.

El patrimonio presente y futuro de los deudores constituye para los acreedores, especialmente para los quirografarios, garantía patrimonial genérica o común del recupero de sus créditos; por eso, a dicho patrimonio, se suele denominar impropriamente 'Prenda general o común'. Todos los bienes presentes y futuros del deudor constituyen garantía común de todos los acreedores, sin distinción de tiempo y de monto de los créditos. (...)''²⁰.

2.1.2.- El fraude y la simulación en negocios jurídicos.-

Hugo Huerta Rodríguez, en su obra *“El Carácter Persecutorio de los Créditos Laborales”*²¹, analiza los alcances del D. Leg. 856 que recoge el principio persecutorio del negocio, cuando se evidencia supuestos de fraude o simulación en los que incurre el empleador para evadir el pago de las acreencias laborales determinadas o por determinar en un proceso judicial laboral, y en se contexto precisa los conceptos de fraude y simulación en negocios jurídicos, de la forma siguiente:

“La simulación. El término simulación, según Guillermo Cabanellas, proviene del latín simul y actio, palabras que indican alteración de la verdad, ya que su objeto consiste en engañar acerca de la auténtica realidad de un acto. Según Escriche, autor citado por Cabanellas, el objeto de la simulación consiste engañar, y desde este punto de vista se halla comprendida en el nombre general del fraude del cual no se diferencia sino como especie del género.

(...)

Simulación absoluta es la simple apariencia, sin contenido auténtico alguno, con la finalidad de excusa o engaño.

²⁰ *Ibídem*, p. 574 – 575.

²¹ HUERTA RODRÍGUEZ Hugo, *El Carácter Persecutorio de los Créditos Laborales*, Primera Edición, Lima – Perú, Editorial RODHAS, 2003, p. 47 y ss.

Simulación relativa es la apariencia que oculta o pretende ocultar la verdadera naturaleza de un hecho o de un propósito. Continúa Cabanellas, que con esta simulación el agente tiende por lo común a obtener un beneficio con burla de restricciones o prohibiciones legales.

El fraude. Citando también a Escriche en su Diccionario, Cabanellas dice acerca del fraude: ‘Según el Diccionario de la Academia Española es lo mismo que engaño, pero como no decimos que tal o cual cosa se ha hecho en engaño de la ley, en engaño de los acreedores, sino en fraude a la ley, en fraude de los acreedores, preciso será que entre fraude y engaño exista una diferencia’. Siguiendo el desarrollo de las definiciones del autor citado, engaño es, en efecto, toda astucia o maquinación de que uno se sirve, hablando u obrando con mentira y artificio para frustrar la ley o los derechos que ella nos da, y fraude no es otra cosa que el hecho de frustrar la ley, o los derechos que de ella se nos derivan, esto es, el hecho de burlar, eludir o dejar sin efecto la disposición de la ley, o de usurparnos lo que por derecho nos pertenece, de manera que el engaño puede considerarse como medio de arribar al fraude, y el fraude, como el fin u objeto que uno se propone lograr con el engaño. Continúa explicando Cabanellas, sin embargo, como el engaño y el fraude suelen ir juntos, pues no hay fraude sin engaño, de ahí que en el lenguaje vulgar se tomen indistintamente el uno por el otro. (...)’²².

2.1.3.- El fraude a través de las relaciones de intermediación: la interposición laboral.-

Alfredo Villavicencio Ríos al tratar “*La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico*”²³, hace un análisis de la interposición laboral, es decir cuando se aparentan verdaderas relaciones de intermediación, siendo que en realidad lo que existe es una simple dotación de mano de obra en fraude a la ley, concluyendo el autor en lo siguiente:

“Los niveles más altos de desprotección se presentan cuando el recurso a la intermediación de convierte en interposición laboral, es decir, cuando se mueven en el terreno de la simulación planteada con la sola finalidad de ocultar al verdadero empleador que no quiere hacerse cargo de las responsabilidades laborales que implica la contratación de trabajadores, con lo que la posibilidad de que éstos encuentren tarde o temprano sus créditos laborales insatisfechos será muy grande.

²² *Ibídem*, p. 48.

²³ VILLAVICENCIO RÍOS Alfredo, *La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico*, en AA VV. Derecho Laboral General. Textos Seleccionados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 152.

No se cuenta con datos estadísticos respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, sin embargo, se sabe que dentro del altísimo porcentaje de reclamaciones presentadas por trabajadores de entidades dedicadas a la intermediación ante el Ministerio de Trabajo, un buen grupo de ellas corresponde a trabajadores o socios-trabajadores que han visto desaparecer su empleador ficticio y con ello esfumarse los beneficios laborales que les corresponden. De ello se tiene poca constancia también en el ámbito judicial puesto que al tratarse de los asalariados con los menores ingresos, su reclamación no pasa del ámbito administrativo, donde el tema es gratuito.”²⁴.

2.2.- Base Teórica sobre el principio de primacía se la realidad.-

2.2.1.- Definición de principio general del derecho laboral.-

El maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez citando a Alonso García, en su obra *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*²⁵, señala que los principios generales del derecho laboral son *“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”*, en su obra cita también a De Castro para señalar que *“son ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídico laboral”*. Américo Plá cita a Rivero Lamas y utilizando las clasificaciones de Engisch y Forsthoff, describe estos principios como jurídicos, normativos, indeterminados y de relajamiento:

“Jurídicos, porque su aplicación puede ser controlada por los tribunales.

Normativos, porque no son descriptivos, al no precisar el supuesto de hecho.

Indeterminados, porque solamente cobran su certeza en relación con una situación técnica concreta. La flexibilidad de estos conceptos permite una amplitud en su apreciación, que da entrada a lo justo variable por quien los tiene que aplicar.

De relajamiento, porque surgen como excepción frente a regulaciones generales, esto es, la previsión de un tratamiento casuístico particular mediante la configuración de un supuesto de hecho legal que abarca grupos de casos especiales.”²⁶.

²⁴ *Ibídem*, p. 152 – 153.

²⁵ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 13 y ss.

²⁶ *Ibídem*, p. 14 – 15.

Además señala que hay tres elementos que integran la noción de principios generales del derecho laboral:

“a) Son enunciados básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones.

Un principio es algo más general que una norma porque sirve para inspirarla, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas.

El proceso lógico para obtener un principio consiste en inducir una solución más general de la comparación de disposiciones particulares concordantes, a fin de aplicar el principio así obtenido a cualquier hipótesis no alcanzada por ninguna previsión legal.

(...)

b) *Por ser propios del derecho del trabajo son distintos de los que existen en otras ramas del derecho. Sirven para justificar su autonomía y su peculiaridad. Por eso, tienen que ser especiales, diferentes de los que rigen en otras zonas del derecho.*

Por eso, también se habla de principios propios o peculiares del derecho del trabajo.

Pinho Pedreira Da Silva pone particular interés en llamarlos principios específicos, peculiares o especiales para evitar confusiones con los principios generales de derecho aplicables en todas las materias.

(...)

c) *Todos los principios deben tener alguna conexión, ilación o armonía entre sí, ya que en su totalidad perfilan la fisonomía característica de una rama autónoma del derecho que debe tener su unidad y su cohesión internas.*

Cada principio constituye una manera de armonizar las normas sirviendo para relacionarlas entre sí y evitando que el sistema se transforme en una serie de fragmentos inconexos. Pero la vinculación entre los distintos principios contribuye más eficazmente todavía a la sistematización del conjunto y a diseñar la peculiar individualidad de cada rama del derecho. (...).”²⁷.

2.2.2.- Definición del principio de la primacía de la realidad.-

Siguiendo con la obra del maestro Américo Plá Rodríguez “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, específicamente en el capítulo IV, el autor señala que el “Principio de la Primacía de la Realidad” surge “*en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos*”²⁸, además, sostiene que la expresión contrato-realidad fue creada por Mario De la

²⁷ *Ibídem*, p. 15 – 16.

²⁸ *Ibídem*, p. 313.

Cueva, aunque aclara que su sentido fue algo diferente, que en sus estudios De la Cueva hacía referencia a la distinción existente entre contrato de trabajo y contrato civil, el primero requiere de su ejecución, es decir de la prestación del servicio mientras que en el contrato civil solo requiere el acuerdo de voluntades, y señala:

“Generalmente esta idea se menciona con la expresión acuñada por de la Cueva, quien sostiene que el contrato de trabajo es un contrato-realidad. Pero, en rigor, esta expresión fue usada por de la Cueva, con un sentido algo diferente, vinculado con la concepción de la relación de trabajo que él expone, si bien lateralmente también le atribuye el significado que ahora estamos describiendo.

En efecto, al estudiar la naturaleza jurídica del contrato de trabajo dedica una buena parte de su exposición a describir la teoría de la relación de trabajo que arranca a Molitor y que resume en lo esencial, en estos párrafos: Existe, consiguientemente, una diferencia esencial entre el contrato de trabajo y los contratos de derecho civil. En éstos, la producción de los efectos jurídicos y la aplicación del derecho solo dependen del acuerdo de voluntades en tanto que en el trabajo es necesario el cumplimiento mismo de la obligación contraída; de donde se deduce que en el derecho civil el contrato no está ligado a su cumplimiento mientras en el de trabajo no queda completo si no es a través de su ejecución.

Esta diferencia explica la necesidad de distinguir el contrato de la relación de trabajo y que el primero, o sea, el simple acuerdo de voluntades para la prestación de un servicio, no sea sino la condición para que el trabajador como dice Molitor, quede enrolado en la empresa del patrono, enrolamiento que su vez determina la formación de la relación de trabajo y, consecuentemente, la producción de los efectos normales que el derecho de trabajo atribuye, menos al contrato, cuanto a la prestación del servicio.

La doctrina, salvo raras excepciones, entre las cuales además de Molitor, puede citarse a G. Scelle, no se ha fijado en esta característica del contrato de trabajo que lo distingue de los contratos de derecho civil, y no se ha dado cuenta de que sólo queda completo el primero por el hecho real de su cumplimiento, y de que es la prestación del servicio, y no el acuerdo de voluntades, lo que hace que el trabajador se encuentre emparado por el derecho del trabajo; o dicho en otras palabras, la prestación del servicio es la hipótesis o supuesto necesario para la aplicación del derecho del trabajo.

Y luego de explicar el alcance de esta concepción, agrega: La existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que, como dice Scelle, la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento. De donde resulta erróneo pretender juzgar

la naturaleza de una relación de acuerdo a lo que las partes hubieran pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerán de todo valor.

En atención a lo dicho es por lo que se ha denominado al contrato de trabajo, contrato-realidad, puesto que existe no en el acuerdo abstracto de voluntades, sino en la realidad de la prestación del servicio y es ésta y no aquel acuerdo lo que determina su existencia.

(...)

*Una segunda idea es la de que en materia laboral ha de prevalecer siempre la verdad de los hechos por encima de los acuerdos formales. Esta segunda significación queda de manifiesto especialmente en la frase que considera ‘erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que si las estipulaciones consignadas no corresponden a la realidad carecerán de todo valor’. (...)*²⁹.

En ese mismo libro “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, que se ha convertido en un referente obligatorio cuando se quiere invocar al Principio de Primacía de la realidad, el maestro Américo Plá Rodríguez analiza la aplicación de dicho principio en la jurisprudencia, y señala que es común encontrar pronunciamientos judiciales donde se utiliza en la práctica la expresión “*contrato-realidad*”, para explicar el desajuste que existe muchas veces entre la realidad y lo que aparece en los documentos, cuando se configuran relaciones de carácter laboral, y explica lo siguiente:

“(...) Primacía de la realidad.- En cambio, en la práctica jurisprudencial es frecuente utilizar la expresión contrato-realidad en el segundo sentido, es decir, aquel en que nosotros hemos concretado la enunciación de este principio.

De todos modos esta ambivalencia de la expresión nos lleva a pensar que si bien se seguirá utilizando en la práctica dicha locución en ese sentido, en mérito a su brevedad, su graficismo y su capacidad evocativa, en el terreno doctrinal resulta preferible referirnos al principio de la primacía de la realidad.

(...)

Diversas causas del desajuste entre la realidad y los documentos.- El significado que le atribuimos a este principio es el de la primacía de los hechos sobre las formas, las formalidades o las apariencias.

Esto significa que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa o lo que luzca en documentos, formularios, instrumentos de control. Ese desajuste entre los hechos y la forma puede tener distintas procedencias.

²⁹ *Ibíd.*, p. 313 – 318.

- 1) *Resultar de una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real.*
(...)
- 2) *Provenir de un error.*
(...)
- 3) *Derivar de una falta de actualización de los datos, ya que el contrato de trabajo es un contrato dinámico en el cual van cambiándose continuamente las condiciones de la prestación de los servicios.*
(...)
- 4) *Originarse en la falta de cumplimiento de los requisitos formales.*
(...)

En cualquiera de las cuatro hipótesis que hemos mencionado, los hechos predominan sobre las formas. No es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades. (...)”³⁰.

Según Américo Plá Rodríguez, el principio de primacía de la realidad se fundamenta en: i) la exigencia de la buena fe, ii) la dignidad de la actividad humana, iii) la desigualdad de las partes, y iv) la interpretación racional de la voluntad de las partes, señalando en su obra “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, lo siguiente:

“La exigencia de la buena fe.- Aún cuando hasta ahora nadie se haya detenido a explicar la fundamentación de este principio, creemos que ella puede basarse en distintas motivaciones.

La primera resulta del principio de la buena fe.

La realidad refleja siempre necesariamente la verdad. La documentación puede reflejar la verdad, pero también puede reflejar la ficción dirigida a disimular o esconder la verdad con el objeto de eludir el cumplimiento de obligaciones legales o de obtener un provecho ilícito.

(...)

La dignidad de la actividad humana.- La segunda deriva del propio contenido del contrato que supone actividad humana prolongada en el tiempo.

Dado que el efecto principal del contrato es la prestación de la actividad humana, parece claro que ese hecho _ que en algún grado participa de la dignidad procedente de la naturaleza humana _ debe prevalecer sobre un elemento puramente intelectual y especulativo, como puede ser el texto de un contrato.

(...)

³⁰ *Ibídem*, p. 319 – 326.

La desigualdad de las partes.- La tercera proviene de la desigualdad de las partes. Es ampliamente conocida la situación de desigualdad económica y cultural que normalmente separa a las partes en el contrato de trabajo. Justamente esa desigualdad fue uno de los supuestos que dieron origen al derecho del trabajo que busca compensar con desigualdad jurídica la desigualdad económica inicial.

(...)

*Interpretación racional de la voluntad de las partes.- La cuarta está vinculada con la interpretación racional de la voluntad de las partes. Esta motivación, lejos de ser exclusiva de nuestra disciplina se entronca con las ideas tradicionales referentes a la interpretación de los contratos. (...)*³¹.

Por su parte Javier Neves Mujica en su libro “*Introducción al Derecho Laboral*”³², señala que el ordenamiento laboral está compuesto básicamente por un conjunto de normas imperativas que buscan proteger al trabajador de los incumplimientos del empleador que intenta en todo momento evitar el cumplimiento de la normativa laboral, precisamente en ese afán de protección se erige el principio de primacía de la realidad, que actúa ante supuestos de simulación o fraude a la ley laboral, resultando irrelevante si cuenta o no con la voluntad del trabajador puesto que se tratan de derechos de carácter irrenunciables, y al contrariar una norma imperativa la sanción es la invalidez, afirmando el autor lo siguiente:

“(...) El acto unilateral del empleador que transgreda una norma imperativa es inválido, por cuanto no cabe proceder de ese modo contra disposiciones de esa naturaleza según lo establece el artículo V del Título Preliminar del Código Civil; y el acto bilateral, lo es, además por contrariar el principio de irrenunciabilidad de derechos.

(...)

Ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre lo aquello. Un clásico aforismo del Derecho Civil enuncia que las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina. Sobre esta base, el Derecho del Trabajo ha construido el llamado principio de la primacía de la realidad. En términos similares está formulado por nuestro ordenamiento (artículo 3 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador).

Esto no quiere decir, en el caso de los acuerdos entre las partes, que la declaración efectuada por ellas no tenga importancia. Por el contrario, el ordenamiento presume su conformidad con la voluntad real. Así lo

³¹ *Ibídem*, p. 333 – 336.

³² NEVES MUJICA Javier, *Introducción al Derecho del Trabajo*, Segunda Edición, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 36.

establece nuestro Código Civil en su artículo 1361. Pero se permite desvirtuar la presunción, si puede demostrarse la disconformidad entre una y otra.

(...)

La simulación supone una divergencia consciente entre la declaración y la voluntad, llevada a cabo mediante acuerdo entre las partes de un negocio, con propósito de engaño a terceros, persiguiendo un fin lícito o ilícito. Puede ser de dos tipos: absoluta y relativa. En la primera las partes aparentan la constitución de un vínculo entre ellas, allí donde no existe ninguno (artículo 190 del Código Civil). En la segunda hay un vínculo disimulado tras la imagen de otro simulado, de naturaleza distinta o en el que se hace constar la participación de sujetos o se consigna datos falsos (artículos 191 y 192 del Código Civil). Los dos primeros ejemplos que pusimos antes (el de fingimiento de la existencia de una relación inexistente y del ocultamiento de una relación bajo la apariencia de otra), serían supuestos de simulación absoluta y relativa, respectivamente, siendo la consecuencia de la simulación absoluta la declaración de invalidez del vínculo falso, y la simulación relativa, la del elemento falso, acogiéndose en sustitución el verdadero, siempre que sea lícito.

Institución diferente, es en la que no existe falsedad sino ilicitud, pero que puede aproximarse, al fenómeno que venimos trabajando, es el fraude a la ley. Este consiste en eludir la regulación de la ley aplicable al hecho (ley defraudada), amparándose en una ley en estricto no aplicable a él (ley de cobertura). No interesa la intención del agente. Si una ley imperativa prohíbe llegar a determinado fin mediante un negocio, entonces tampoco puede alcanzarse aquel a través de otro negocio, haciendo una interpretación extensiva de la ley defraudada _si ello es admisible _ para comprender en esta al acto indebidamente excluido; y, en cambio, la ley de cobertura es interpretada en sentido estricto. El efecto es el de regir el acto por la ley defraudada.

Puede lograrse el fraude a la ley utilizando diversas vías, una de las cuales es la simulación, en cuyo caso habría concurrencia de ambas instituciones si el negocio en fraude fuera el oculto.”³³.

Según Javier Arévalo Vela, en su obra “*Tratado de Derecho Laboral*”, este principio, queda evidenciado en nuestra legislación peruana, en el Art. 4 del D. S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728 conocida como Ley de Productividad y Competitividad Laboral LPCL, también en el Art. 2 inciso 2 de la Ley General de Inspección del Trabajo No. 28806, y también en el artículo I del Título Preliminar de la Nueva Ley Procesal del Trabajo No. 29497, y en términos prácticos hace referencia a su campo de aplicación de la forma siguiente:

³³ *Ibídem*, p. 36 – 38.

“Por aplicación de este principio, los instrumentos donde consta la celebración de contratos civiles, mercantiles o de cualquier otra naturaleza, no tienen más que un valor probatorio de presunción, el que pueden perderlo si al verificarse lo ocurrido en la práctica se demuestra que la suscripción de dichos documentos ha servido para un fraude o simulación orientados a eludir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación laboral. En este caso se deberá declarar la exigencia de un contrato de trabajo y reconocer al trabajador los derechos que le corresponden con arreglo a ley.

Una consecuencia necesaria de la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, es la presunción de existencia de una relación laboral, la misma que ha sido recogida en el primer párrafo del artículo 4 de la LPCL, cuando esta norma establece que: ‘En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado’ ”³⁴.

Según Álvaro García Manrique, en su obra “¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial”, refiriéndose a este principio señala que es uno de los pilares del Derecho del Trabajo, según el cual debe preferirse siempre lo que ocurra en la realidad, y afirma que:

“(…) A ello se debe el nombre del principio, ya que privilegia la realidad por encima de las formalidades asignadas por las partes.

Tiene como sustrato el principio protector del Derecho Laboral ya que, en muchos casos, las reales condiciones de trabajo no constan en los documentos, o constando no se condicen con lo que verdaderamente sucede en la realidad, por lo que resulta necesario que los jueces deban verificar directamente los hechos mismos. En la mayoría de veces se llega a concluir que las verdaderas condiciones en que los trabajadores realizan sus servicios son muy distintas de las establecidas en el contrato o en otros documentos aparentes.

(…)

Es un principio muy utilizado por los operadores jurídicos al momento de resolver un conflicto o controversia de carácter laboral, sean jueces y tribunales, inspectores de trabajo, tribunales arbitrales, etc. Su ámbito de aplicación se puede extender no solamente a determinar la existencia de un contrato de trabajo sino también a sus elementos y condiciones: lo relativo a las labores desarrolladas por el trabajador, respecto de la prestación de servicios en sobretiempo (horas extras), sobre la verdadera naturaleza del

³⁴ AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 101 y ss.

cargo ocupado por el servidor, las sanciones del empleador, los ingresos del trabajador, entre muchos otros.”³⁵.

2.2.3.- Otros principios laborales.-

2.2.3.1.- El principio protector.-

Nuevamente se recurre al maestro Américo Plá Rodríguez quien en su obra “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”³⁶, habla sobre el principio protector y señala que se inspira en la búsqueda de la igualdad entre las partes de la relación laboral, una igualdad sustantiva y real entre trabajador y empleador, por eso señala:

“(…) Mientras que en el derecho común, una preocupación constante parece ser asegurar la paridad jurídica entre los contratantes, en el derecho laboral la preocupación central parece ser la de proteger a una de las partes para lograr, mediante esa protección que se alcance la igualdad sustantiva y real entre las partes.”³⁷.

Sobre el fundamento del Principio Protector Américo Plá Rodríguez, señala que la historia da cuenta que las contrataciones en posición de desigualdad entre las partes dio origen a un sin número de explotaciones, razón por la cual el legislador no pudo mantenerse al margen, y agrega:

“(…) El derecho del trabajo responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades. Como decía Couture, ‘el procedimiento lógico de corregir las desigualdades es el de crear otras desigualdades’.

Esta idea la han expresado todos los tratadistas, tanto los que pertenecen a nuestra disciplina como los ajenos a ella que se asomen desde cualquier perspectiva. Radbruch anota: ‘La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen. La igualdad deja de ser así punto de partida del derecho, para convertirse en meta o aspiración del orden jurídico’. Y Barassi afirma: ‘tanto la Constitución como el Código Civil han abandonado el viejo y muy superado principio de la igualdad de derecho en que estaban informados los códigos anteriores para acercarse a la igualdad de hecho con la protección del contratante económicamente más débil.’

³⁵ GARCÍA MANRIQUE Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 17 y ss.

³⁶ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 61 y ss.

³⁷ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 61.

La consecuencia de esta idea es que se debe favorecer a quien se intenta proteger. (...).”³⁸.

Según lo señala Javier Arévalo Vela en su libro “*Tratado del Derecho Laboral*”, refiriéndose al Principio Protector, resulta necesario que la ley acuda en apoyo del trabajador para evitar abusos por parte de los empleadores, y agrega lo siguiente:

“(…) Por aplicación del principio protector se deja de lado la igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar las desigualdades provenientes de la realidad.

Inspiradas en el principio protector, las normas laborales buscan evitar la prevalencia unilateral de quien tiene el poder económico por su calidad de propietario ó poseedor de los medios de producción, sobre quien sólo es dueño de su fuerza de trabajo y está en la necesidad de procurarse un ingreso que le permita subsistir conjuntamente con las personas que dependen de él.”³⁹.

Según Álvaro García Manrique, en su obra “*¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial*”, refiriéndose a este principio señala que está basado en las posiciones de desigualdad vista desde el derecho laboral, la misma que se manifiesta tanto al inicio, durante y al cese de la relación laboral, y detalla lo siguiente:

- “a) **Antes de iniciada la relación laboral**, pues a menos que el trabajador a contratar sea una persona de reconocida, probada y destacada trayectoria en el mercado, el común de las personas no tiene mayor poder de negociación respecto de las cláusulas del contrato de trabajo, en su gran mayoría, el contrato de trabajo es básicamente uno de adhesión, por lo tanto, está acondicionado a los intereses del empleador.*
- b) **Durante la relación laboral**, y sobra señalar que la desigualdad se hace ostensible por la existencia misma de la subordinación jurídica con que se desarrollan las labores en aplicación del artículo 9 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR). Es el empleador quien dicta las disposiciones referidas a la prestación de servicios del trabajador,*

³⁸ *Ibídem*, p. 63 – 64.

³⁹ AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 87 y ss.

quien puede regular la conducta o comportamiento de todo su personal, incluso sancionarlo. Y este poder de fiscalización no opera a la inversa, como es natural.

c) Luego de extinguido el contrato de trabajo, y ya en el plano patológico de un proceso judicial, naturalmente que al trabajador le resultará más difícil la consecución de las pruebas que sustenten su reclamo o pretensión ya que, generalmente, estas obran siempre en poder del empleador o al interior del centro de trabajo, por ello, las reglas procesal-laborales establecen distribuciones especiales de la carga de la prueba, a favor del trabajador.”⁴⁰.

2.2.3.2.- El principio de la irrenunciabilidad.-

Américo Plá Rodríguez en su obra “*Los principios del Derecho del Trabajo*”⁴¹, también nos da una noción de irrenunciabilidad y señala que se trata de un acto voluntario del trabajador pero no resulta ser válido por mandato imperativo de ley, en tanto y en cuanto el derecho no puede permitir el desprendimiento de derechos inherentes a su calidad de trabajador, algo que no ocurre en otros campos del derecho, señalando que su fundamento se encuentra en diversas formas:

*“(…) Hay diversas formas de exponer este principio. Algunos lo basan en otro principio más profundo y trascendente, como sería el principio de la indisponibilidad. Otros lo enlazan con el carácter imperativo de las normas laborales. Otros lo vinculan con la noción de orden público. Otros lo presentan como una forma de limitación de la autonomía de la voluntad. (…)”*⁴².

Y sobre el principio de indisponibilidad, el maestro Américo Plá señala:

*“(…) Con relación a la idea de indisponibilidad, quien mejor expuso esta posición fue Santoro-Pasarelli. Según el ilustre profesor italiano, la disposición de los derechos del trabajador está limitada en sus diversas formas porque no sería coherente que el ordenamiento jurídico realizase imperativamente, con la disciplina legislativa y colectiva, la tutela del trabajador, contratante necesitado y económicamente débil y que después dejase sus derechos en su propio poder o al alcance de sus acreedores. (…)”*⁴³.

⁴⁰ GARCÍA MANRIQUE Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 9 y ss.

⁴¹ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 117 y ss.

⁴² *Ibídem*, p. 120 – 121.

⁴³ *Ibídem*, p. 121.

Sobre este principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, Javier Arévalo Vela en su obra *“Tratado de Derecho Laboral”*⁴⁴, señala que busca que no se den situaciones en las que el trabajador urgido por un supuesto de necesidad acepte del empleador condiciones o acuerdos que conculquen sus derechos laborales, y por ello señala:

“(…) Este principio busca evitar que el trabajador urgido por la necesidad de conseguir o continuar con un empleo, acepte la imposición por parte del empleador de determinadas condiciones lesivas a sus derechos laborales haciendo ilusoria la protección que la legislación laboral le concede. Esta protección también se extiende a los trabajadores cuyo vínculo se ha extinguido.

La doctrina acepta casi unánimemente que el principio de irrenunciabilidad sólo protege al trabajador no pudiendo favorecer también al empleador.

Nuestra legislación reconoce el principio de irrenunciabilidad a nivel constitucional, cuando el inciso 2) del artículo 26 de nuestra Carta Magna establece que en la relación laboral se respeta, entre otros principios, el: ‘Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley’.

*Es necesario destacar que el principio de irrenunciabilidad, opera siempre que exista una decisión expresa del trabajador de abandonar un derecho a través de una decisión unilateral, sea por desconocimiento o por falta de capacidad negociadora. (...)”*⁴⁵.

Por su parte Álvaro García Manrique en su libro *“¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? – Un enfoque teórico-jurisprudencial”*⁴⁶, refiriéndose al principio de irrenunciabilidad, señala que busca que el trabajador tenga un marco de protección donde sus derechos laborales sean garantizados en forma irrestricta y agrega:

“(…) Es de orden público que el trabajador acceda a todos los beneficios que las leyes laborales le asignan, no pudiendo dejar de percibirlos aún cuando ello obedezca a una decisión propia del trabajador, tanto menos de un acto del empleador.

⁴⁴ AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 96 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁴⁶ GARCÍA MANRIQUE Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 83 y ss.

Américo Plá destaca que la noción de irrenunciabilidad se puede expresar como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el Derecho Laboral en beneficio propio.”⁴⁷.

El autor refiere que este principio está relacionado con los actos de disposición de derechos, y precisa:

“Existen actos que de cierta manera también importan la dejación voluntaria de algo pero que, por oposición a la renuncia, en estos casos no hay perjuicio para el trabajador. No existe una distinción definitiva del derecho o, si se quiere, no se presenta en la misma magnitud. Al disponer de un derecho, el trabajador conserva para sí todo o parte de él, o adquiere un beneficio complementario como contraprestación por el acto de disposición.

Claro está, son derechos dispositivos los que no son irrenunciables.

Un aspecto muy importante de los actos de disposición de derechos consiste en que, usualmente, son propiamente coordinados con el empleador quien generalmente también obtendrá un legítimo beneficio, sin que el trabajador se perjudique como sí ocurre con el actor de renuncia de derechos. Mientras que en los actos de disposición existe beneficio de ambas partes, en los actos de renuncia será el empleador quien únicamente viene beneficiado.”⁴⁸.

2.2.3.3.- El principio de continuidad.-

Según Américo Plá Rodríguez en su obra *“Los Principios del Derecho del Trabajo”⁴⁹*, para entender este principio hay que tener en cuenta que el contrato de trabajo no se agota en un instante sino que perdura en el tiempo, agrega que este principio de continuidad es uno de los logros más importantes en el campo del derecho laboral, puesto que inicialmente se pensó que era mejor proteger al trabajador prohibiendo el trabajo de por vida, una especie de esclavitud, pero luego se advirtió que el hombre contemporáneo necesita seguridad en su futuro, en su fuente de trabajo, es decir el contrato de trabajo debe permanecer en el tiempo, para tener estabilidad lo cual no solo es beneficioso para el trabajador sino para la

⁴⁷ *Ibidem*, p. 84.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 87.

⁴⁹ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 215 y ss.

empresa, ya que puede mejorar su rendimiento en el tiempo. Agrega sobre sus alcances lo siguiente:

“(…) Veamos, entonces, cuál es el verdadero alcance de este principio. Creemos que puede haber acuerdo en atribuirle las siguientes proyecciones:

- 1) Preferencia por los contratos de duración, indefinida.*
- 2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato.*
- 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido.*
- 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato, por voluntad patronal.*
- 5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones.*
- 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador.*

Recorriendo y resumiendo este conjunto de proyecciones, podemos decir que la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución.

Advirtiéndose que todos ellos denotan tendencias. No se trata de reglas absolutas. Admiten excepciones, limitaciones, restricciones. Pero marcan una orientación predominante.”⁵⁰.

Sobre este principio de continuidad, Javier Arévalo Vela en su obra *“El Tratado de Derecho Laboral”⁵¹* señala que la finalidad de éste es que el vínculo laboral se conserve en el tiempo, claro está hasta que existe una causal legal que genere su extinción, agrega que el beneficio es para el trabajador y también para los empleadores pues cuentan con trabajadores más experimentados por la baja rotación.

El Juez Supremo Javier Arévalo Vela en su referida obra, señala que este principio de continuidad está presente en nuestra legislación nacional peruana y explica:

“En nuestra legislación, el principio de continuidad se manifiesta en las siguientes disposiciones:

- a) Presunción en el contrato de trabajo ha sido celebrado a plazo indeterminado, admitiéndose su extinción solo por causal prevista en la ley (LPCL, arts. 4 y 16);*
- b) Establecimiento de una indemnización tarifada para sancionar la resolución arbitraria del contrato de trabajo por parte del empleador (LPCL, art. 38);*

⁵⁰ *Ibidem*, p. 223.

⁵¹ AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 103 y ss.

- c) *Interpretación de que ciertas interrupciones del contrato de trabajo constituyen suspensiones del mismo (LPCL, arts. 11 y 12);*
- d) *Conversión de los contratos sujetos a modalidad en contratos de duración indeterminada en el caso que fueran objeto de desnaturalización (LPCL, arts. 77);*
- e) *Subsistencia de la relación laboral en los casos que la titularidad del centro de trabajo fuera asumida por un nuevo empleador, pues nuestra legislación no ha previsto como causa de extinción del contrato de trabajo el cambio de propietario o conductor del centro de trabajo (LPCL, art. 16). ”⁵².*

Álvaro García Manrique en su obra “¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudencial”⁵³, señala que en el Perú no tenemos un reconocimiento expreso de este principio ni en la Constitución Política del Estado, ni en las leyes y reglamentos, lo que encontramos es normativa que de alguna manera lo reconocen, como el Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728, conocida como Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que también está relacionado al principio de primacía de la realidad. El autor señala que la función de este principio es la de actuar como una garantía para el trabajador, más no a favor del empleador, quien no puede oponer este principio en caso de renuncia del trabajador, aclara también que:

“(…) continuidad no es sinónimo de estabilidad, a pesar que como hechos dicho esta es garantizada por aquella. En efecto, según el maestro Américo Plá, respecto a la denominación atribuida a este principio refiere que ‘continuidad (a diferencia de estabilidad) tiene una connotación sumamente apropiada: alude a lo que dura, a lo que se prolonga, a lo que se mantiene en el tiempo a lo que continúa. Y esa es la idea central que se quiere evocar con este principio.

Siguiendo al mismo autor, es un principio creado a favor del trabajador, no del empleador. Por ejemplo, un empleador no podría invocar la aplicación de este principio ante la renuncia del trabajador o el abandono del trabajo de su servidor, pues el trabajador siempre conserva el derecho de retirarse si así lo desea. La aplicación del principio de continuidad y la garantía de su estabilidad no enervan el derecho del trabajador de retirarse del empleo si así lo estima conveniente.”⁵⁴.

2.2.3.4.- El principio de razonabilidad.-

⁵² *Ibidem*, p. 104.

⁵³ GARCÍA MANRIQUE Arévalo, “¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial”, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 199 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 200.

Américo Plá Rodríguez en su obra “*Los principios del Derecho del Trabajo*”⁵⁵, señala que el principio de razonabilidad, constituye una especie de límite a la arbitrariedad, puesto que se actúa con arreglo a la razón, a lo razonable, haciendo la precisión que es mejor hablar del principio de razonabilidad que el de racionalidad, ya que puede existir alguien muy racional pero que no actúa razonablemente. Este principio no es propio del derecho laboral, sino que es aplicado en todas las ramas del derecho, puesto que su utilización busca alcanzar el ideal de justicia, si bien no existe una definición exacta, esto es preferible, ya que su utilidad está en su elasticidad, que es una de sus principales características, pues así no quedan restringidos los supuestos de aplicación. Sobre este principio el maestro en su obra señala:

“(…) En algunos casos, este principio sirve para medir la verosimilitud de determinada explicación o solución.

En el dinamismo propio de las prácticas comerciales e industriales y en la variedad inmensa de situaciones en que el trabajo de una persona se coloca al servicio de otras mediante el pago de una retribución, hay infinidad de situaciones equívocas, confusas, limítrofes. Son las famosas zonas grises de que se ha hablado tantas veces, que requieren un detenido análisis para poder determinar si se trata de una auténtica relación laboral o no, y sobre todo, para poder distinguirla de la ficción. Todos sabemos que junto con la gran multiplicidad de situaciones difíciles de catalogar y clasificar y al amparo de esa dificultad, se han intentado disimular verdaderas relaciones laborales con apariencias confusas.

*El criterio de razonabilidad puede servir como criterio distintivo _ o como medio de aplicar criterios distintivos _ en situaciones límites en las cuales deba distinguirse la realidad de la simulación.”*⁵⁶.

Américo Plá⁵⁷, en la ya mencionada obra señala que este principio demuestra la diferencia entre hombre y la máquina porque alude a la posibilidad de razonar que posee el ser humano, de poder actuar conforme a la razón, agrega que es utilizado por los jueces para resolver conflictos, en la multiplicidad de la realidad, y también para el empleador, toda vez que una persona se pone a disposición de otra, quien determina las labores, las condiciones en que se desarrollará la relación laboral, pero

⁵⁵ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 363 y ss.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 374.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 374 – 376.

debe actuar con razonabilidad, pues tal facultad se la otorga la ley para que conduzca la empresa hacia su finalidad, su razón de ser, la obtención de un fin económico más no para actuar en contra de determinado trabajador por venganzas personales.

Sobre este principio de razonabilidad, Javier Arévalo Vela en su obra *“Tratado de Derecho Laboral”*⁵⁸ señala que constituye un límite frente a todas aquellas actitudes arbitrarias que tenga el empleador frente a su trabajador, citando algunos supuestos de aplicación en el derecho laboral peruano:

“Entre las normas de nuestro Derecho Laboral positivo, en que se hace mención al principio de razonabilidad tenemos las siguientes:

- a) Aplicación en medidas disciplinarias dentro de los límites de razonabilidad (LPCL; Art. 9 primer párrafo).*
- b) Ejercicio del ius variandi dentro de criterios de razonabilidad (LPCL; Art. 9 segundo párrafo).*
- c) Otorgamiento de plazo razonable para presentar descargos por la imputación de falta grave (LPCL; Art. 31).*
- d) Verificación de la razonabilidad del período de suspensión temporal de labores (D.S. No. 001-96-TR, Art. 22).*
- e) Determinación del valor del transporte para no ser considerado como remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (TUO LCTS, Art. 19, inc. e).*
- f) Determinación del valor de las condiciones de trabajo para no ser consideradas como remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (TUO LCTS, Art. 19 inc. f).”*⁵⁹.

Álvaro García Manrique en su obra *“¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico-jurisprudenciales”*⁶⁰, señala que el principio de razonabilidad no está definido en la ley peruana, su construcción es a nivel jurisprudencial y de la práctica común, según se desenvuelvan las relaciones laborales, siendo la razón la que pone el equilibrio entre sujetos de derecho que gozan de autonomía y voluntad. El autor en la mencionada obra señala:

“(…) La razonabilidad se opone a la arbitrariedad, principalmente del empleador. Al gozar de potestad reglamentaria y directriz que lo faculta a

⁵⁸ AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 104.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 105.

⁶⁰ GARCÍA MANRIQUE Álvaro, *“¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial”*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 137 y ss.

dictar medidas y proponer cambios relacionados con la prestación de las labores, corresponde fijar límites a esas potestades y evitar así situaciones de abuso de derecho que tanto la ley como la propia Constitución repudian.

Está presente, por ejemplo, en el otorgamiento de beneficios económicos al trabajador a efectos de no eludir el pago de tributos laborales, y en la utilización del poder de dirección por el empleador, específicamente en su potestad disciplinaria, de manera tal que las sanciones guarden proporcionalidad con la falta cometida.

Sin embargo, no por ello debe entenderse que son los únicos aspectos en los cuales se manifiesta ya que es el comportamiento global de las partes laborales, a todo nivel, el que debe cumplir con la razonabilidad.”⁶¹.

2.2.4.- El neoconstitucionalismo.-

Eduardo Hernando Nieto en su artículo “*Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?*”⁶², publicado por Gaceta Jurídica en el libro denominado “*Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*”, sobre el neoconstitucionalismo señala que es un concepto nuevo, que se forjó después de la Segunda Guerra Mundial, cuya característica es incluir en las Constituciones elementos materiales, y no solo formas de organización del poder, así tenemos la Constitución Italiana de 1947 y Alemana de 1949, la Constitución de Portugal de 1976 y la de España de 1978, y en Latinoamérica las constituciones brasileña de 1988 y la colombiana de 1991, y refiriéndose al neoconstitucionalismo señala:

“(…) De esta manera, el tradicional Estado de Derecho ha dejado de ser el paradigma de la racionalidad jurídica para encontrarnos ahora con el Estado Constitucional de Derecho, en el cual la Constitución se convierte como señalábamos, en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices, y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos en el Derecho y que, por lo tanto, se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la vinculación necesaria entre el Derecho y la moral, es decir, la perspectiva que trasciende la clásica propuesta de la ciencia jurídica basada en la tesis de separación entre el Derecho y la moral.

⁶¹ *Ibidem*, p. 138.

⁶² HERNANDO NIETO Eduardo, artículo *Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?* publicado en el libro: *Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica, 2009, p. 185 y ss.

Esta tesis de la vinculación necesaria entre el derecho y la moral ha sido ampliamente difundida en el contexto anglosajón por el profesor Ronald Dworkin y en Europa continental por Robert Alexy, quienes a su vez han concluido en una defensa bastante fuerte de los derechos individuales llegando inclusive a proponer tesis tan categóricas como la de Dworkin, en el sentido de que todo caso difícil tiene solamente una única respuesta correcta (léase la defensa de un principio) aún cuando la perspectiva de Alexy podría ser menos rígida en el sentido de reconocer la posibilidad de que existan varias posibles respuestas, no obstante que exista también quienes piensan que no se trata necesariamente de posiciones antagónicas. (...)

En esta línea, el profesor Pietro Sanchís destacará a su vez cinco características que definirán lo que significa hoy el neoconstitucionalismo; a saber, el predominio de los principios sobre las reglas, el empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción, la presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores, el reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica y finalmente el constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del Derecho.(...)”⁶³.

En ese mismo artículo, Eduardo Hernando Nieto, refiriéndose a la Teoría de la Argumentación Jurídica señala:

(...) entendiendo que existe una diferencia entre reglas y principios (como señala la teoría neoconstitucional), los principios deberían entenderse como mandatos de optimización cuya concreción dependerá de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que los principios son susceptibles de ponderación, es decir, que en cada caso concreto habrá que ver cuál de los principios se convierte en regla y cuál en excepción, pudiendo variar si se trata de un caso distinto. (...)”⁶⁴.

El mismo Luis Prieto Sanchís en un artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 5, 2001, sobre “Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”⁶⁵ ha señalado:

“El Estado Constitucional de Derecho que acaba de ser descrito parece reclamar una nueva teoría del Derecho, una nueva explicación que en buena medida se aleja de los esquemas del llamado positivismo teórico. Hay algo bastante obvio: la crisis de la ley, una crisis que no responde solo a la existencia de una norma superior, sino también a otros fenómenos más

⁶³ *Ibidem*, p. 187 – 188.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 194.

⁶⁵ PRIETO SANCHÍS Luis, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 5, 2001, p. 120.

o menos conexos al constitucionalismo, como el proceso de unidad europea, el desarrollo de las autonomías territoriales, la revitalización de las fuentes sociales del Derecho, la pérdida o deterioro de las propias condiciones de racionalidad legislativa, como la generalidad y la abstención, etc.

En suma, la ley ha dejado de ser la única, suprema y racional fuente del Derecho que pretendió ser en otra época, y tal vez este sea el síntoma más visible de la crisis de la teoría del Derecho Positivista, forjada en torno a los dogmas de estatalidad y de la legalidad del Derecho. Pero seguramente la exigencia de renovación es más profunda, de manera que el constitucionalismo esté impulsando una nueva teoría del Derecho, cuyos rasgos más sobresalientes cabría resumir en los siguientes cinco epígrafes, expresivos de otras tantas orientaciones o líneas de evolución más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y por último coexistencia de una pluralidad de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.”⁶⁶.

2.2.5.- Reconocimiento del principio de primacía de la realidad por la Organización Internacional del Trabajo – OIT.

En relación a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, Oscar Ermida Uriarte⁶⁷, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Uruguay, refiriéndose a su contenido y objetivos, señala lo siguiente:

“(…) En primer lugar, como ya se dijo, se subraya que la protección del trabajador es la esencia del mandato de la OIT, sin perjuicio de lo cual, como había sucedido en 1919 al adoptar la Constitución de la OIT y en 1944 al aprobar la Declaración de Filadelfia, se agrega que, junto a ese objetivo central y primerísimo de tutela del más débil, también se procura preservar la ‘competencia leal’, esto es, la que se abstiene de obtener ventajas sobre la base de malas condiciones de trabajo.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 121.

⁶⁷ ERMIDA URIARTE Oscar, *La recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo y su Importancia para los Trabajadores*, GTAS Grupo de trabajo autoreforma sindical.
<http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>

En segundo lugar, se manifiesta que la indeterminación de la existencia de una relación de trabajo o las dificultades para determinarla, suponen una clara desprotección por inaplicación de la legislación laboral protectora.

En tercer lugar, se identifican algunas de las causas de tal desprotección, a saber, el encubrimiento de la relación de trabajo, el recurso de acuerdos contractuales que intentan atribuir otra naturaleza a la relación laboral y las eventuales insuficiencias legislativas.

A los efectos de promover la adecuada protección del trabajador en tales hipótesis, la recomendación se divide, en lo sustantivo, en dos grandes partes: una dedicada a la postulación y definición de una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo y otra que establece criterios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo.

(...)

La parte II de la recomendación basa la eficaz determinación de la existencia de una relación de trabajo en algunos mecanismos, tales como la primacía de la realidad y la prescindencia de la calificación jurídica que las partes hagan de la relación que las vincula, el recurso a presunción, el criterio de la subordinación o dependencia y el manejo de indicios específicos.

Primacía de la realidad.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 9 (y en total consonancia con la ya comentada previsión del lit. b del art. 4), la existencia de la relación de trabajo, debe determinarse en función de los hechos relativos a la ejecución del trabajo, independientemente de la manera en que se caracterice la relación en cualquier acuerdo contrario.

Presunción.- El art. 11 de la recomendación promueve la presunción legal de existencia de relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios de los indicados luego (infra, 5.4), o la determinación expresa de la naturaleza de determinados vínculos. Hay que estar a lo que sucede en los hechos y no a lo que dicen los papeles.

Subordinación o dependencia.- En el art. 12 y en otras disposiciones, la recomendación recoge el criterio de la subordinación o dependencia como uno de los determinantes de la existencia de la relación de trabajo. (...)."

2.2.5.1. Recomendación 198 OIT.

R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198)

Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006. Adopción: Ginebra, 95ª reunión CIT (15 junio 2006) - Estatus: Instrumento actualizado. Preámbulo⁶⁸

⁶⁸ Organización Internacional del Trabajo – OIT. <http://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetrabajonum198.pdf>

“PREÁMBULO

La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo:

Convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad, en su nonagésima quinta reunión, el 31 de mayo de 2006;

Considerando que la legislación nacional, así como los convenios colectivos, ofrecen una protección vinculada a la existencia de una relación de trabajo entre un empleador y un empleado;

Considerando que la legislación y su interpretación deberían ser compatibles con los objetivos del trabajo decente;

Considerando que la legislación laboral o de trabajo trata, entre otras cosas, de resolver lo que puede constituir una desigualdad entre las posiciones de negociación de las partes en una relación de trabajo;

Considerando que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración Internacional del Trabajo, y de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998, y el Programa de Trabajo Decente;

Considerando las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;

Observando que hay situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;

Reconociendo que la orientación internacional a los Miembros desempeña un papel para ayudarlos a lograr esta protección mediante la legislación y la práctica nacional, y que esa orientación debería seguir siendo útil con el tiempo;

Reconociendo, además, que esa protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario;

Reconociendo que la política nacional debería ser fruto de la consulta con los interlocutores sociales y debería ofrecer orientación a las partes interesadas en el lugar de trabajo;

Reconociendo que la política nacional debería promover el crecimiento económico, la creación de empleo y el trabajo decente;

Considerando que la globalización de la economía ha incrementado la movilidad de los trabajadores que necesitan protección, como mínimo, contra la selección de la legislación aplicable con el fin de eludir la protección nacional;

Observando, que en el marco de la prestación de servicios transnacionales, es importante determinar a quién se considera como trabajador vinculado por una relación de trabajo, qué derechos tiene y quién es el empleador;

Considerando que las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo pueden crear graves problemas a los trabajadores interesados, a su entorno y a la sociedad en general;

Considerando que la incertidumbre acerca de la existencia de una relación de trabajo tiene que resolverse de modo que se garantice una competencia legal y la protección

efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo de una manera conforme con la legislación o la práctica nacionales;

Tomando nota de todas las normas internacionales del trabajo pertinentes y en especial las normas relativas a la situación particular de la mujer, así como las relativas al ámbito de la relación de trabajo;

Después de haber decidido adoptar diversas propuestas relativas a la relación de trabajo, cuestión que constituye el quinto punto del orden del día de la reunión, y

Después de haber decidido que estas propuestas revistan la forma de una recomendación, adopta, con fecha quince de junio de dos mil seis, la siguiente Recomendación, que podrá ser citada como la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006.

I.- POLÍTICA NACIONAL DE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS POR LA RELACIÓN DE TRABAJO

- 1.- Los miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo.*
- 2.- La naturaleza y el alcance de la protección otorgada a los trabajadores vinculados por una relación de trabajo deberían ser definidos por la legislación o la práctica nacionales, o ambas, teniendo en cuenta las normas internacionales pertinentes. Esta legislación o práctica, incluidos los elementos relativos al alcance, el ámbito de aplicación y la responsabilidad de su aplicación, debería ser clara y adecuada a fin de asegurar la protección efectiva de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo.*
- 3.- La política nacional debería formularse y aplicarse de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores.*
- 4.- La política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a:*
 - (a) proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes;*
 - (b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que pueda incluir el recurso a otras formas de acuerdos contractuales que oculten la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho;*
 - (c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados tengan la protección a que tienen derecho,*
 - (d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién incumbe la responsabilidad por la protección que prevén;*
 - (e) proporcionar a los interesados, y en particular a los empleadores y los trabajadores, acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo;*

- (f) *asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo, y*
 - (g) *prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, los árbitros, los mediadores, los inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las leyes y normas nacionales en materia de trabajo.*
- 5.- *En el marco de la política nacional los Miembros deberían velar en particular por asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, incluyendo a las trabajadoras, así como a los trabajadores más vulnerables, los jóvenes trabajadores, los trabajadores de edad, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores migrantes y los trabajadores con discapacidades.*
- 6.- *Los Miembros deberían:*
- (a) *velar esencialmente por que en la política nacional se aborde la cuestión de la dimensión de género, dado que las mujeres que trabajan predominan en determinados sectores y ocupaciones en los que existe una elevada proporción de relaciones de trabajo encubiertas o en los que existe falta de claridad en lo que atañe a la relación de trabajo, y*
 - (b) *establecer políticas claras sobre la igualdad de género y mejorar el cumplimiento de la legislación y los acuerdos pertinentes en el ámbito nacional, de modo que pueda abordarse de manera eficaz la dimensión de género.*
- 7.- *En el contexto del movimiento transnacional de trabajadores:*
- (a) *al formular una política nacional, todo Miembro debería, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y trabajadores, considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en la colaboración con otros Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio, que puedan verse afectados por una situación de incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo, y*
 - (b) *cuando los trabajadores son contratados en un país para trabajar en otro, los Miembros interesados pueden considerar la posibilidad de concertar acuerdos bilaterales con objeto de prevenir abusos y prácticas fraudulentas encaminadas a eludir los acuerdos existentes para la protección de los trabajadores en el contexto de una relación de trabajo.*
- 8.- *La política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo no debería interferir en las verdaderas civiles y comerciales, velando al mismo tiempo por que las personas vinculadas por una relación de trabajo disfruten de la protección a que tienen derecho.*

II.- DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN DE TRABAJO

- 9.- *A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes.*
- 10.- *Los Miembros deberían promover métodos claros para ofrecer orientación a los trabajadores y los empleadores sobre la manera de determinar la existencia de una relación de trabajo.*

- 11.- A fin de facilitar la determinación de la existencia de una relación de trabajo, los Miembros deberían considerar, en el marco de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, la posibilidad de:
- (a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo;
 - (b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se dan uno o varios indicios, y
 - (c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativa de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores con ciertas características deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes.
- 12.- A los fines de la política nacional a que se hace referencia en la presente Recomendación, los Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia.
- 13.- Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:
- (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
 - (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transportes, u otros; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.
- 14.- La solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales de trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y los empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales.
- 15.- La autoridad competente debería adoptar medidas para garantizar el cumplimiento y la aplicación de la legislación relativa a la relación de trabajo a los distintos aspectos tratados en la presente Recomendación, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo, en colaboración con la administración de la seguridad social y las autoridades fiscales.
- 16.- Por lo que se refiere a la relación de trabajo, las administraciones nacionales del trabajo y sus servicios conexos deberían supervisar periódicamente sus programas y dispositivos de control del cumplimiento. Debería prestarse especial atención a aquellas ocupaciones y sectores con una proporción elevada de mujeres trabajadoras.
- 17.- En el marco de la política nacional, los Miembros deberán establecer medidas eficaces destinadas a eliminar los incentivos que fomenten las relaciones de trabajo encubiertas.
- 18.- En el marco de la política nacional, los Miembros deberían promover el papel de negociación colectiva y el diálogo social, entre otros, como medios para

encontrar soluciones a las cuestiones relativas al ámbito de la relación de trabajo a escala nacional.

III.- SEGUIMIENTO Y APLICACIÓN

- 19.- *Los miembros deberían establecer un mecanismo apropiado, o valerse de uno existente, para seguir la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo, y ofrecer asesoramiento para la adopción y aplicación de medidas relativas a la relación de trabajo en el marco de la política nacional.*
- 20.- *Las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores deberían estar representadas en pie de igualdad en el mecanismo de seguridad de la evolución del mercado de trabajo y de la organización del trabajo. Además, las organizaciones deberían ser consultadas en el marco del mecanismo antes mencionado, con la frecuencia necesaria y, cuando sea posible y útil, sobre la base de informes de expertos o estudios técnicos.*
- 21.- *Los Miembros deberían recopilar, en la medida de lo posible, información y datos estadísticos, y realizar estudios sobre los cambios registrados en la estructura y las modalidades de trabajo, a nivel nacional y sectorial, teniendo presentes la distribución entre hombres y mujeres y otros aspectos pertinentes.*
- 22.- *Los Miembros deberían establecer mecanismos nacionales específicos para asegurar que pueda determinarse eficazmente la existencia de relaciones de trabajo en el marco de la prestación de servicios transnacionales. Debería prestarse atención al desarrollo de contactos sistemáticos y al intercambio de información sobre esta cuestión con otros Estados.*

IV.- PÁRRAFO FINAL

- 23.- *La presente Recomendación no supone una revisión de la Recomendación sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 188), ni puede revisar el Convenio sobre las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181).” (el remarcado es agregado).*

2.2.6.-Constitución Política del Perú de 1993: Reconocimiento implícito del principio de primacía de la realidad (Constitución laboral).-

*“Artículo 1.- Defensa de la persona humana.-
La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”⁶⁹.*

*“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
(...)
15. A trabajar libremente, con sujeción a ley.
(...)”⁷⁰.*

⁶⁹ SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA – SPIJ, Ministerio de Justicia del Perú
http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

⁷⁰ *Ibidem.*

“Artículo 22.- Protección y fomento del empleo.-

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.”⁷¹.

“Artículo 23.- El Estado y el Trabajo.-

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”⁷².

“Artículo 24.- Derechos del trabajador.-

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores.”⁷³.

“Artículo 25.- Jornada ordinaria de trabajo.-

La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.”⁷⁴.

“Artículo 26.- Principios que regulan la relación laboral.-

En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. Igualdad de oportunidades sin discriminación.

2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

*3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.”⁷⁵ (el **remarcado** es agregado).*

⁷¹ *Ibídem.*

⁷² *Ibídem.*

⁷³ *Ibídem.*

⁷⁴ *Ibídem.*

⁷⁵ *Ibídem.*

“Artículo 27.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.”⁷⁶.

“Artículo 28.- Derechos colectivos del trabajador. Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga.- El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. Cautela su ejercicio democrático:

- 1. Garantiza la libertad sindical.*
- 2. Fomenta la negociación colectiva y promueve formas de solución pacífica de los conflictos laborales.*

La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado.

- 3. Regula el derecho de huelga para que se ejerza en armonía con el interés social. Señala sus excepciones y limitaciones.”⁷⁷.*

“Artículo 29.- Participación de los trabajadores en las utilidades

El Estado reconoce el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de la empresa y promueve otras formas de participación.”⁷⁸.

2.2.7.-Legislación Nacional Peruana: Reconocimiento del Principio de primacía de la realidad.-

- Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D. Leg. 728 aprobado por D.S. No. 003-97-TR.-

“Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

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.”⁷⁹ (el remarcado es agregado).

“Artículo 5.- 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.”⁸⁰.

⁷⁶ *Ibídem.*

⁷⁷ *Ibídem.*

⁷⁸ *Ibídem.*

⁷⁹ *Ibídem.*

⁸⁰ *Ibídem.*

“Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.”⁸¹.

“Artículo 7.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19 y 20 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 650.”⁸².

“Artículo 8.- En las normas legales o convencionales y en general en los instrumentos relativos a remuneraciones, estas podrán ser expresadas por hora efectiva de trabajo.

Para tal efecto, el valor día efectivo de trabajo se obtiene dividiendo la remuneración ordinaria percibida en forma semanal, quincenal o mensual, entre siete, quince o treinta, respectivamente.

Para determinar el valor hora el resultado que se obtenga se dividirá entre el número de horas efectivamente laboradas en la jornada ordinaria o convencional a la cual se encuentre sujeto el trabajador.

Asimismo, el empleador podrá pactar con el trabajador que perciba una remuneración mensual no menor a dos (2) Unidades Impositivas Tributarias, una remuneración integral computada por período anual, que comprenda todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación en las utilidades.”⁸³.

“Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes 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 las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. ()*

() De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Supremo N° 013-2006-TR, publicado el 08 julio 2006, se precisa que el presente artículo no puede ser interpretado en el sentido que permita al empleador modificar unilateralmente el contenido de convenios colectivos previamente pactados, u obligar a*

⁸¹ *Ibídem.*

⁸² *Ibídem.*

⁸³ *Ibídem.*

negociarlos nuevamente, o afectar de cualquier otra manera la libertad sindical.”⁸⁴.

“Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.”⁸⁵.

“Artículo 53.- 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.”⁸⁶.

“Artículo 72.- Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.”⁸⁷.

“Artículo 73.- La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación de los requisitos formales a que se refiere el artículo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.”⁸⁸ (el remarcado es agregado).

“Artículo 77.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:

- a) Si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;*
- b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;*
- c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;*

⁸⁴ *Ibídem.*

⁸⁵ *Ibídem.*

⁸⁶ *Ibídem.*

⁸⁷ *Ibídem.*

⁸⁸ *Ibídem*, artículo modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1246, publicado el 10 noviembre 2016.

d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.”⁸⁹ (el remarcado es agregado).

- D.S. No. 001-96-TR – Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.-

“Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor.

Artículo 12.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

Artículo 13.- El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción.”⁹⁰ (el remarcado es agregado).

- Ley de Modalidades Formativas Laborales No. 28518.-

“Artículo 51.- Desnaturalización de las modalidades formativas.- Se desnaturalizan las modalidades formativas y se entiende que existe una relación laboral común en los siguientes casos:

- 1. La inexistencia del convenio de modalidad formativa debidamente suscrito.*
- 2. La falta de capacitación en la ocupación específica y/o el desarrollo de actividades del beneficiario ajenas a la de los estudios técnicos o profesionales establecidos en el convenio.*
- 3. La continuación de la modalidad formativa después de la fecha de vencimiento estipulado en el respectivo convenio o de su prórroga o si excede el plazo máximo establecido por la Ley.*
- 4. Incluir como beneficiario de alguna de las modalidades formativas a las personas que tengan relación laboral con la empresa contratante, en forma directa o a través de cualquier forma de intermediación laboral, salvo que se incorpore a una actividad diferente.*
- 5. La presentación de documentación falsa ante la Autoridad Administrativa de Trabajo para acogerse al incremento porcentual adicional, a que se refieren los artículos 17 y 32 o para acogerse a otro tipo de beneficios que la Ley o su Reglamento estipule.*
- 6. La existencia de simulación o fraude a la Ley que determine la desnaturalización de la modalidad formativa.*
- 7. El exceso en los porcentajes limitativos correspondientes.*”⁹¹ (el remarcado es agregado).

⁸⁹ *Ibídem.*

⁹⁰ *Ibídem.*

⁹¹ *Ibídem.*

- **Ley General de Inspección del Trabajo No. 28806.-**

*“Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo: El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes **principios ordenadores**:*

1. Legalidad, con sometimiento pleno a la Constitución Política del Estado, las leyes, reglamentos y demás normas vigentes.

*2. **Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados.***

3. Imparcialidad y objetividad, sin que medie ningún tipo de interés directo o indirecto, personal o de terceros que pueda perjudicar a cualquiera de las partes involucradas en el conflicto o actividad inspectora.

4. Equidad, debiendo dar igual tratamiento a las partes, sin conceder a ninguna de ellas ningún privilegio, aplicando las normas establecidas con equidad. (...)”⁹² (el remarcado es agregado).

- **Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) No. 29981.-**

*“Artículo 1. Creación y finalidad Créase la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), en adelante SUNAFIL, como organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, responsable de promover, **supervisar y fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral** y el de seguridad y salud en el trabajo, así como brindar asesoría técnica, realizar investigaciones y proponer la emisión de normas sobre dichas materias.”⁹³ (el remarcado es agregado).*

- **Ley Marco del Empleo Público No. 28175.-**

*“Artículo 5.- Acceso al empleo público **El acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades.**”⁹⁴ (el remarcado es agregado).*

- **Código Civil Peruano aprobado por D. Leg. 295.-**

“Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico.- Artículo V. Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.”⁹⁵.

⁹² *Ibídem.*

⁹³ *Ibídem.*

⁹⁴ *Ibídem.*

⁹⁵ *Ibídem.*

- **Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores No. 27626.-**

“Artículo 3.- Supuestos de procedencia de la intermediación laboral.- La intermediación laboral que involucra a personal que labora en el centro de trabajo o de operaciones de la empresa usuaria sólo procede cuando medien supuestos de temporalidad, complementariedad o especialización.

Los trabajadores destacados a una empresa usuaria no pueden prestar servicios que impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de dicha empresa.

(...)

*Artículo 5.- De la infracción de los supuestos de intermediación laboral.- **La infracción a los supuestos de intermediación laboral que se establecen en la presente Ley, debidamente comprobada en un procedimiento inspectivo por la Autoridad Administrativa de Trabajo, determinará que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda que desde el inicio de la prestación de sus servicios los respectivos trabajadores han tenido contrato de trabajo con la empresa usuaria.***⁹⁶ (el remarcado es agregado).

- **Ley que regula los servicios de tercerización No. 29245.-**

“Artículo 2.- Definición.- 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.

La aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

(...)

*Artículo 5.- Desnaturalización.- **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.*⁹⁷ (el remarcado es agregado).

⁹⁶ *Ibidem.*

⁹⁷ *Ibidem.*

2.2.8.- Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional Año 2000 (del 5 al 8 de julio De 2000 en Tarapoto - Perú).-

“CONSIDERANDO:

Que, la judicatura laboral ha advertido a través del conocimiento de múltiples causas, la indebida utilización que se viene haciendo de diversos contratos de servicios de naturaleza civil o mercantil con el objeto de ocultar la existencia de un contrato de trabajo, bajo el supuesto de que se celebran con el consentimiento pleno de las partes y que en su ejecución debe respetarse el Principio de la Buena Fe Contractual;

Que, la diferencia sustancial entre tales contratos y el de trabajo se encuentra en la subordinación, la misma que sólo se halla presente en el último de los nombrados;

Que, de conformidad con el artículo 4 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 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;

Que, la Constitución en su artículo 26, inciso 2), establece como uno de los principios de la relación laboral la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por ésta y por la ley, por lo que la suscripción de un contrato de servicios civil o mercantil, que en su ejecución implique uno de trabajo, supone de parte del trabajador un acto de renuncia de sus derechos y beneficios laborales que por imperio del mismo principio resulta nulo;

Que, por ello, conforme al artículo 27 inciso 1) de la Ley Procesal del Trabajo, corresponde al trabajador acreditar la existencia y en consecuencia la naturaleza laboral del vínculo contractual, sinperjuicio de la actividad que debe desarrollar el Juez de acuerdo a las propias facultades que le otorga la norma adjetiva para llegar a determinar la verdad material y poderse pronunciar en base a ella;

Que, si como consecuencia de la prueba actuada el Juez llega a la convicción de que en los hechos la prestación de servicios ha sido o es prestada en forma subordinada y no de manera independiente como lo expresa el contrato impugnado, en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad deberá declarar la existencia del contrato de trabajo y el reconocimiento de los derechos y beneficios que del mismo se deriven;

Que, demás, la simulación de un contrato de servicios civil, o mercantil, cuando la verdadera naturaleza contractual es de trabajo dependiente, afecta al trabajador en otras áreas como las vinculadas al Seguro Social de Salud y al Sistema Pensionario, a cuyo efecto debe tenerse presente lo establecido por el artículo 96 del Código Tributario.

EL PLENO ACUERDA:

PRIMERO: Si el juez constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de la buena fe que preconiza el Código Civil, para reconocer los derechos laborales que correspondan.

SEGUNDO: De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y/o fiscalización y aportaciones sociales, para los efectos pertinentes.

Tarapoto, 07 de julio del 2000. ”⁹⁸ (el remarcado es agregado).

2.2.9.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano sobre principio de primacía de la realidad.

00991-2000-AA SENTENCIA del 21 de diciembre de 2000,

Demandante: LIBERIO EDMAR, VIDAL DOMINGUEZ,

Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE NUEVO CHIMBOTE,

Resolución publicada el: 11/06/2001:

“(…) 3.- Que, en virtud del **principio de primacía de la realidad**, resulta evidente que las labores al margen del texto de los contratos respectivos, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (Art. 22) y, además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (Art. 23). Dicho de otro modo el tratamiento constitucional de una relación laboral imponer que sea enfocado precisamente en estos términos. (…)

”⁹⁹ (el subrayado es de origen, y el remarcado es agregado).

02387-2002-AA SENTENCIA del 09 de enero del 2003,

Demandante: CARLOS AUGUSTO, GALLO GONZALES,

Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PAIJAN,

⁹⁸ PLENOS JURISDICCIONALES LABORALES - Página web del Poder Judicial del Perú.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/260eb00043eb77ff9317d34684c6236a/Acuerdo_Pleno_Laboral_+2000_220408.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=260eb00043eb77ff9317d34684c6236a

⁹⁹ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/00991-2000-AA.pdf>

Resolución publicada el: 02/06/2003:

*“(…) 3.- En virtud del **principio de primacía de la realidad**, resulta evidente, que al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos de trabajo del demandante, éste ha trabajado en condiciones de subordinación, dependencia y permanencia; por lo que mal podría este tribunal considerar que la relación laboral existente era de carácter temporal”¹⁰⁰ (el remarcado es agregado).*

01944-2002-AA SENTENCIA del 28 de enero del 2003,

Demandante: EDUARDO ENRIQUE, CHINCHAY PUSE,

Demandado: CONSEJO TRANSITORIO DE ADMINISTRACIÓN REGIONAL CTAR

Resolución publicada el: 14/11/2003:

*“(…) 3. En el caso autos, es aplicable el **principio de primacía de la realidad**, que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos. En tal sentido, del contenido de los contratos referidos se advierte que existía una relación laboral entre el demandante y la demandada de las características señaladas en el fundamento precedente; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual, como lo manifiesta la demandada.”¹⁰¹ (el remarcado es agregado).*

00689-2003-AA SENTENCIA del 23 de abril del 2003,

Demandante: DOMITILA, GUZMAN CASTAÑEDA,

Demandado: CTAR – JUNIN,

Resolución publicada el: 20/10/2003:

*“3.- (...) el **principio de primacía de la realidad** es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que consagra al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (artículo 22), y demás como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23)”¹⁰² (el remarcado es agregado).*

01990-2003-AA SENTENCIA, del 25 de setiembre del 2003,

¹⁰⁰ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/02387-2002-AA.pdf>

¹⁰¹ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01944-2002-AA.pdf>

¹⁰² <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00689-2003-AA.pdf>

Demandante: OSCAR BIENVENIDO, NUÑEZ CASTILLO,
Demandado: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE TALARA,
Resolución publicada el: 14/10/2003:

“(…) 3.- De autos se advierte que el demandante realizó una labor de naturaleza permanente, que se prolongó durante más de tres años y 11 meses, por ello no resiste el menor análisis sostener que una labor que ha tenido tan extenso período de duración puede considerarse ‘temporal’, pues temporalidad significa ‘lo que dura solamente cierto tiempo’, por el contrario, ese período tan extenso demuestra naturaleza permanente de la labor desarrollada por el demandante”¹⁰³.

03710-2005-AA SENTENCIA del 31 de enero del 2006,

Demandante: ALBERTO DOLCEY, PINTOCATALAO MURGUEITIO,
Demandado: EPS SEDALORETO S.A.,
Resolución publicada el: 30/03/2006:

*“(…) 4.- Con relación al **principio de primacía de la realidad** que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito a este principio ‘(…) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’ (fundamento 3 de la STC Exp. No. 1944-2002-AA/TC)”¹⁰⁴ (el remarcado es agregado).*

05272-2007-AA SENTENCIA del 25 de noviembre del 2008,

Demandante: DAVID, GOZAR GAMARRA,
Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PILLCO MARCA,
Resolución publicada el: 11/12/2008:

*“(…) 6. Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante -al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios suscritos por las partes- ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, es de aplicación el **principio de la primacía de la realidad**, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral y no civil; por lo que la demandada, al haber despedido a la demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho*

¹⁰³ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01990-2003-AA.pdf>

¹⁰⁴ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03710-2005-AA.html>

constitucional al trabajo, pues la ha despedido arbitrariamente.”¹⁰⁵ (el remarcado es agregado).

02970-2008-AA SENTENCIA del 10 de diciembre del 2008,

Demandante: MARCO ANTONIO ARAPA ZELA,

Demandado: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE AREQUIPA,

Resolución publicada el: 08/01/2009:

*“(...) 6.- Respecto al **principio de primacía de la realidad**, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado, en la STC No. 1944-2002-AA/TC, que mediante este principio ‘(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’ (fundamento 3).”*¹⁰⁶ (el remarcado es agregado).

00006-2007-AA SENTENCIA del 31 de agosto del 2009,

Demandante: MIGUEL ANGEL, OCHOA QUEZADA,

Demandado: SEDAPAR S.A.,

Resolución publicada el: 14/09/2009:

*“(...) 6.- Por consiguiente, evidenciándose que el recurrente, al margen de lo contenido en los Convenios de Prácticas Preprofesionales, ha desempeñado labores de carácter permanente, en forma subordinada y sujeto a un horario de trabajo, debemos concluir que, en aplicación del **principio de primacía de la realidad**; que en el presente caso se acredita la existencia de simulación en la suscripción de los ya mencionados convenios, cuando en realidad correspondía suscribirse un contrato de naturaleza laboral. Por cuanto de autos emerge una relación contractual laboral a plazo indeterminado, en aplicación de lo prescrito en el inciso d) del artículo 77 del Decreto Supremo No. 003-97-TR”*¹⁰⁷ (el remarcado es agregado).

01321-2008-AA SENTENCIA del 03 de setiembre del 2009,

Demandante: WILLINGTON VALENCIA CJURO,

Demandado: MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE AREQUIPA,

Resolución publicada el: 13/10/2009:

¹⁰⁵ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/05272-2007-AA.pdf>

¹⁰⁶ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02970-2008-AA.html>

¹⁰⁷ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00006-2007-AA.html>

*“(…) 7. Por lo tanto, habiéndose determinado que el demandante ha desempeñado labores en forma subordinada y permanente, corresponde aplicar el **principio de primacía de la realidad**, en virtud del cual queda establecido que entre las partes ha habido una relación de naturaleza laboral; por lo que la demandada al haber despedido al demandante sin haberle expresado la causa relacionada con su conducta o su desempeño laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente”¹⁰⁸ (el remarcado es agregado).*

01388-2011-AA SENTENCIA del 03 de junio del 2011,

Demandante: JOSE MODESTO CABRERA HORNA,

Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE NUEVO CHIMBOTE,

Resolución publicada el: 17/06/2011:

*“(…) 4. En cuanto al **principio de primacía de la realidad**, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, el Tribunal Constitucional ha precisado, en la STC N.º 1944-2002-AA/TC, que ‘[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos’ ”¹⁰⁹ (el remarcado es agregado).*

03146-2012-AA SENTENCIA del 22 de octubre del 2012,

Demandante: HIPOLITO CHERO NAMUCHE,

Demandado: ORGANISMO DE FORMALIZACION DE LA PROPIEDAD INFORMAL - COFOPRI - Representado(a) por PROCURADOR,

Resolución publicada el: 31/01/2013:

“(…) 3.3.5 Por tanto, en aplicación del principio de primacía de la realidad, los hechos prevalece sobre las formas y apariencias del contrato civil con el que se pretendía encubrir una relación laboral; siendo esto así, queda establecido que entre las partes ha existido una relación de naturaleza laboral y no civil, por lo que el actor solo debió ser despedido por comisión de falta grave; en consecuencia, la emplazada, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente. (...)”¹¹⁰ (el remarcado es agregado).

¹⁰⁸ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01321-2008-AA.pdf>

¹⁰⁹ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01388-2011-AA.pdf>

¹¹⁰ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/03146-2012-AA.pdf>

00385-2012-AA SENTENCIA del 04 de abril del 2013,

Demandante: SHELLAH BELEN PALACIOS RODRIGUEZ,

Demandado: SUNAT,

Resolución publicada el: 06/06/2013:

*“(…) 3. De conformidad con lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 51 o de la Ley 28518, sobre modalidades formativas laborales, se desnaturalizan las modalidades formativas, entendiéndose que existe una relación laboral ordinaria, cuando se acredita ‘la existencia de simulación o fraude a la Ley que de mine la desnaturalización de la modalidad formativa’. En concordancia con dicha disposición el artículo 1 del Decreto Supremo N° 003-2008-TR establece que ‘las personas que se capacitan bajo alguna modalidad formativa regula por la Ley N° 28518, Ley sobre modalidades formativas laborales, no pueden desarrollar su actividad excediendo las jornadas específicas establecidas e referida ley, ni realizar horas extraordinarias. La vulneración de este o constituye un supuesto de fraude tipificado en el numeral 6 del artículo 51 o de la Ley N° 28518’. Mientras que el artículo 2° del referido decreto supremo establece que ‘los estudiantes de Derecho desarrollarán sus prácticas pre-profesionales en un máximo de 6 horas diarias o 30 semanales. El incumplimiento de esta disposición se reputará como una desnaturalización de dicha modalidad formativa laboral, entendiéndose que existe una relación laboral común de conformidad con el **principio de primacía de la realidad** y lo establecido en el numeral 6 del artículo 51 de la Ley N° 28518, sin perjuicio de la sanción pecuniaria que corresponda’. (...)”¹¹¹ (el remarcado es agregado).*

05057-2013-AA SENTENCIA del 16 de abril del 2015,

Demandante: ROSALIA BEATRIZ HUATUCO HUATUCO,

Demandado: PODER JUDICIAL,

Resolución publicada el: 01/06/2015:

*“(…) **Posiciones interpretativas sobre la aplicación del régimen laboral privado en el ámbito de la contratación del Estado.-***

5. Analizando la jurisprudencia constitucional, se verifica que en casos de extrabajadores con contratos temporales o civiles en entidades públicas que contratan personal bajo el régimen laboral privado, se han estimado las respectivas demandas de amparo y ordenado su reposición en dichas entidades como trabajadores a plazo indeterminado. Al adoptar dicha posición es evidente que se ha optado por una interpretación literal y aislada de los artículos 4.° y 77.° del TUO del Decreto Legislativo N.° 728, a la que se

¹¹¹ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00385-2012-AA.pdf>

llegado utilizando, en general, el siguiente razonamiento, a modo de ejemplo: i) premisa normativa: el aludido artículo 77.º establece que "los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada: (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley (Decreto Legislativo N.º 728)", y el artículo 4.º prevé que "en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"; ii) premisa fáctica: **en el caso concreto del extrabajador X, se ha demostrado la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en dicha ley o que por aplicación del principio de primacía de la realidad se haya desnaturalizado la contratación civil;** y iii) en conclusión, corresponde reincorporar al trabajador X mediante un contrato de duración indeterminada.

6. Por otra parte, se han identificado otras posiciones en las que se consideraba que dichas demandas de amparo debían ser desestimadas en la medida que el artículo 5º de la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, sobre la base de los méritos y capacidades de las personas, de modo que los accionantes no podían ser reincorporados mediante un contrato a plazo indeterminado si es que no ingresaron por concurso público.

7. De la revisión de tales posiciones, el Tribunal Constitucional estima que a efectos de fijar una posición interpretativa sobre el particular es indispensable analizar previamente determinadas disposiciones constitucionales sobre la función pública y la carrera de la Administración Pública.

(...)

Fijación de posición interpretativa: la incorporación a la Administración Pública se realiza mediante "concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada".-

9. Teniendo en cuenta lo expuesto acerca de los mencionados contenidos de relevancia constitucional sobre funcionarios y servidores públicos, específicamente que el aspecto relevante para identificar a un funcionario o servidor público es el desempeño de funciones en las entidades públicas del Estado; a que la carrera administrativa constituye un bien jurídico constitucional; la prohibición de deformar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos; que el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito; y que, conforme a sus competencias y a los mencionados contenidos constitucionales, el Poder Legislativo ha expedido la Ley N.º 28175, Marco del Empleo Público, en cuyo artículo 5º establece que el acceso al empleo público se realiza mediante concurso público y abierto, en base a los méritos y capacidad de las personas, el Tribunal Constitucional estima que existen suficientes y justificadas razones para asumir que el ingreso a la administración pública mediante un contrato a plazo indeterminado exige necesariamente un previo concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.

10. En efecto, este Tribunal ha resaltado la importancia de la meritocracia (mérito personal y capacidad profesional) para el ingreso a la administración pública, estableciendo que ésta constituye un criterio objetivo fundamental en

el ingreso y permanencia en la actividad estatal para la prestación de un servicio público (Expediente N.º 00020-2012- PI/TC FJ 56).

(...)

15. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto en el fundamento 9 supra, cabe establecer que **cuando los artículos 4.º y 77.º del TUO del Decreto Legislativo N.º 728, sean aplicados en el ámbito de la Administración Pública, deberán ser interpretados en el sentido de que el ingreso de nuevo personal o la ‘reincorporación’ por mandato judicial, con una relación laboral de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada.**

16. En los procesos de amparo contra la Administración Pública en los que se haya verificado que los demandantes previamente han ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, y además se haya acreditado la arbitrariedad del despido, debe proceder la respectiva reposición. En la etapa de ejecución de la sentencia de amparo, el juez deberá agotar todos los mecanismos judiciales previstos en la ley para que la parte demandante sea reincorporada en la plaza que le corresponda conforme a la sentencia que se expida para cada caso concreto. Lo antes expuesto no es de aplicación a los trabajadores de confianza, a quienes no les corresponde la reposición.

(...)

18. Siguiendo los lineamientos de protección contra el despido arbitrario y del derecho al trabajo, previstos en los artículos 27 y 22 de la Constitución, el Tribunal Constitucional estima que en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil no podrá ordenarse la reposición a tiempo indeterminado, toda vez que esta modalidad del Decreto Legislativo 728, en el ámbito de la Administración Pública, exige la realización de un concurso público de méritos respecto de una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. Esta regla se limita a los contratos que se realicen en el sector público y no resulta de aplicación en el régimen de contratación del Decreto Legislativo 728 para el sector privado.

(...)

20. Por tal motivo, las entidades estatales deberán imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que incumplan las formalidades señaladas en la Constitución, la ley y la presente sentencia, así como las disposiciones internas que cada entidad exige para la contratación del personal en el ámbito de la administración pública. A fin de determinar quiénes fueron los responsables de la contratación del personal que labora o presta servicios, se tendrá en cuenta, entre otros aspectos y documentos, el Manual de Organización y Funciones (MOF), el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Reglamento Interno y demás normas internas pertinentes de cada entidad. (...)”¹¹² (el remarcado es agregado).

¹¹² <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

06681-2013-AA SENTENCIA del 23 de junio del 2016,

Demandante: RICHARD NILTON CRUZ LLAMOS,

Demandado: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE PATAPO,

Resolución publicada el: 20/07/2016:

“(…)

10. Asimismo, como se sabe, el ‘precedente Huatuco’ promueve el acceso, la permanencia y el ascenso a dicha plaza atiendan a **criterios meritocráticos**. Al respecto, es claro que no tendría sentido exigir este tipo de estándar para la reposición laboral si se tratara de plazas que no requieren tomar en cuenta esas consideraciones, ya que por la naturaleza de las funciones desempeñadas no nos encontramos antes supuestos vinculados al ingreso a la carrera administrativa.

11. Señalado esto, es claro que el ‘precedente Huatuco’ solo resulta de aplicación cuando se trata de pedidos de reincorporación en plazas que formen parte de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo No. 276, Ley de Bases de la carrera administrativa, y no frente a otras modalidades de función pública. Esto es especialmente relevante, pues implica tener en cuenta que hay distintos regímenes legales que sí forman parte de la carrera pública (por ejemplo, y sin ánimo taxativo, los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo No. 276, Ley de bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, y a la Ley No. 30057, Ley del Servicio Civil), y otros que claramente no forman parte de ella (como es el caso, también sin ánimo exhaustivo, de los obreros municipales sujetos a la actividad privada, los trabajadores del régimen de la Contratación Administrativa de Servicios, los funcionarios de confianza o los trabajadores de las empresas del Estado).

12. Si bien es cierto que una vez que este Tribunal ha emitido un precedente, como el contenido en la STC Exp. N.º 05057-2013-PA/TC, el mismo debe ser aplicado por los operadores del Derecho, también es verdad que en esa dinámica pueden generarse algunas confusiones al interpretar los alcances de dicho precedente.

13. En este sentido, y sobre la base de lo anotado hasta aquí, este Tribunal considera conveniente explicitar cuáles son los elementos o presupuestos fácticos que, conforme a lo establecido en el precedente Huatuco", permiten la aplicación de la regla jurisprudencial allí contenida:

(a) El caso debe referirse a la **desnaturalización de un contrato**, que puede atarse de uno **temporal** (a.1) o **de naturaleza civil** (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente.

(b) Debe pedirse la **reposición** en una plaza que forma parte de la **carrera administrativa** (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a

través de un **concurso público de méritos** (b.2), y que además se encuentre **vacante** (b.3) y **presupuestada** (b.4).

14. En atención a estos criterios de procedibilidad tenemos que el caso puesto en consideración de este Tribunal es uno en el que se reclama la desnaturalización de un contrato de naturaleza civil, cumpliéndose así con el primer elemento (a.2) de la regla jurisprudencial expuesta.

15. Sin embargo, el pedido del demandante se refiere a la reposición de un obrero municipal, sujeto al régimen de la actividad privada conforme al artículo 37 de la Ley Orgánica de Municipalidades. Por tanto, no existe coincidencia entre lo solicitado y lo previsto en el presupuesto (b), esto es, que se pida la reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa. (...)”¹¹³ (el remarcado es de origen).

2.2.10.-Jurisprudencia de la Corte Suprema de la República sobre principio de Primacía de la Realidad.-

Casación No. 1509-2003-Lima publicada en El Peruano el 3 de Noviembre del 2004:

“(…) Según lo establecido por las instancias de mérito, ha quedado demostrado que el demandante prestó servicios a la entidad demandada, en mérito de haber suscrito los contratos de locación de servicios, regulados por las normas del Código Civil; sin embargo, en forma diferente a la pactada, al realizar la prestación efectiva del servicio, al desempeñar sus labores el actor, lo hizo manteniendo una relación de subordinación respecto de la entidad demandada y sujeto al cumplimiento de un horario o jornada de trabajo, además el trabajador percibía una remuneración periódica y cumplía labores de naturaleza permanente, por lo que teniendo en cuenta la naturaleza social del derecho del trabajo, el juzgador, en atención al **principio de primacía de la realidad**, ha aplicado la norma de acuerdo a la realidad de la relación laboral en beneficio del trabajador”¹¹⁴ (el remarcado es agregado).

Casación No. 1739-2003-Puno publicada en El Peruano el 04 de enero del 2005:

“(…) En las instancias de mérito ha quedado establecido el carácter laboral de la prestación de servicios del actor, toda vez que en el primer contrato que este suscribió con la demandada a pesar que se le denominó como uno de ‘locación de servicios’; sin embargo, debido al tiempo en que permaneció con vínculo contractual y a la naturaleza del cargo por el cual fue contratado se desprende en aplicación del **principio de primacía de la realidad**, que la naturaleza de dicho contrato era uno de naturaleza laboral obviamente de forma indeterminada.”¹¹⁵ (el remarcado es agregado).

¹¹³ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06681-2013-AA.pdf>

¹¹⁴ ÁVALOS JARA Oxal Víctor, *Precedentes de Observancia Obligatoria y Vinculantes en Materia Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Jurista Editores E.I.R.L., 2010, p. 59.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 61.

Casación No. 2017-2004-Cusco publicada en El Peruano el 01 de diciembre del 2005:

“(…) Los justiciables tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos con sujeción a un debido proceso, que no se cumple con esta garantía elevada a rango constitucional si el juez en cualquiera de sus grados desconoce que en el examen de la naturaleza del vínculo entre las partes por su relevancia y trascendencia respecto de los derechos y beneficios sociales que son objeto de reclamo, debe ser examinada bajo el marco del principio de primacía de la realidad o de veracidad.”¹¹⁶ (el remarcado es agregado).

Casación No. 476-2005-Lima publicada en El Peruano el 05 de enero del 2007:

*“(…) El **principio de primacía de la realidad** o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22); y además como un objeto de atención prioritaria del Estado (artículo 23) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos debe darle preferencia a lo primero, esto es a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.”¹¹⁷ (el remarcado es agregado).*

Casación No. 2298-2004-Lima publicada en El Peruano el 31 de agosto del 2007:

“(…) Los órganos de instancia han tenido en cuenta que son elementos que configuran el contrato de trabajo: la remuneración, la prestación personal y la subordinación, y privilegiando lo ocurrido en el terreno de los hechos, a partir del mérito de la prueba actuada en el proceso que entre las partes existió una relación laboral de naturaleza indeterminada, de allí que no pueda pretenderse la aplicación de normas de naturaleza civil para definir formalmente la existencia de una relación de similar naturaleza, como así se postula en la denuncia descrita en el numeral VIII, cuando es precisamente por valoración probatoria que se ha constatado la existencia de un contrato de trabajo a partir de la presencia de entre otros elementos, la subordinación que se constituye en el elemento que viene finalmente a tipificarlo, lo contrario significaría efectuar un reexamen de la base fáctica sobre la que reposan las decisiones de mérito para lo cual resultaría indispensable apreciar las pruebas y los hechos, cometido que obviamente es ajeno a los fines que el artículo 54 de la Ley Procesal del Trabajo reconoce a este medio impugnatorio por su naturaleza extraordinaria y de iure”¹¹⁸.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹¹⁷ ÁVALOS JARA Oxal Víctor, *Precedentes de Observancia Obligatoria en Materia Laboral de la Corte Suprema*, Primera Edición, Lima – Perú, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 13.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 14.

Casación No. 014-2006-Lima publicada en El Peruano el 01 de octubre del 2007:

*“(…) Del análisis de la materia controvertida en autos, aparece que tanto la sentencia de primera instancia como la de vista, ha concluido en la existencia de un contrato de trabajo que identifica de una parte al demandante en su calidad de trabajador y de la otra a la demandada en su calidad de empleadora, todo ello sobre la base al **principio de primacía de la realidad**, que implica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el campo de los hechos: previa identificación de los elementos básicos del contrato de trabajo relativos a la prestación personal, subordinación y remuneración (...). Que, en perfecta armonía con lo expuesto, y entrando al análisis de la denunciada inaplicación del artículo 1774 del Código Civil, debe advertirse que la inaplicación de dicha norma obedecer a la línea del criterio valorativo de los hechos, así pues, habiendo concluido la aplicación del **principio de primacía de la realidad**, que el vínculo laboral del actor, es uno de contrato de trabajo, ergo, corresponde aplicar las normas que regulan dicha relación jurídica que son las de orden laboral, y no las de orden civil, como pretende la recurrente, siendo ello así, debe desestimarse dicha causal casatoria”¹¹⁹ (el remarcado es agregado).*

Casación No. 2009-2006-Ucuyali publicada en El Peruano el 01 de setiembre del 2008:

*“(…) **El principio de primacía de la realidad** o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato-realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación.”¹²⁰ (el remarcado es agregado).*

Casación No. 11169-2014-La Libertad publicada en El Peruano el 30 de diciembre del 2015 expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República:

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹²⁰ ÁVALOS JARA Oxal Víctor, *Precedentes de Observancia Obligatoria y Vinculantes en Materia Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Jurista Editores E.I.R.L., 2010, p. 49.

*“(…) **Décimo Sexto: Aplicación del Precedente Constitucional Vinculante No. 5057-2013-PA/TC.**- El Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha diez de octubre de dos mil cinco expedida en el Expediente No. 024-2003-AI/TC, ha definido el Precedente Constitucional de la siguiente manera: ‘(…) aquella regla jurídica expuesta en un caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general; y, que, por ende, deviene en parámetro normativo para la resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga.*

(…)

*Esta Sala Suprema considera dejar establecido que las reglas expresadas por el Tribunal Constitucional en el Precedente Constitucional Vinculante No. 5057-2013-PA/TC, están referidas a una pretensión en la que se ha discutido la desnaturalización de contratos temporales o civiles y como consecuencia de ello se ha solicitado la **reposición** de un trabajador con vínculo laboral terminado en su puesto habitual de trabajo; es por ello, que este colegiado, comparte el criterio del Tribunal Constitucional solo en la medida en que una demanda está ligada a una pretensión de reposición de un trabajador **sin vínculo laboral vigente**, en que no procederá ordenarse la reposición a su puesto de trabajo sino el pago de una indemnización; contrario sensu, cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles de un trabajador con **vínculo laboral vigente**, considera que será procedente que el órgano jurisdiccional ampare la demanda si verifica el fraude en la contratación laboral, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado sin que esta decisión conceda al trabajador el derecho a la estabilidad laboral absoluta; conclusión que de forma alguna infringiría el artículo 5 de la Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público, ni el precedente vinculante expedido el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 05057-2013-PA/TC.”¹²¹ (el subrayado es agregado).*

2.2.11.- Definición del Contrato de Trabajo.-

Javier Arévalo Vela en su obra “*Tratado de Derecho Laboral*”¹²², señala que en nuestra legislación peruana no existe una definición de contrato de trabajo, pero que se puede deducir del Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que nos da cuenta que concurren tres elementos esenciales como son la prestación personal del servicios, que debe ser remunerada y prestada bajo subordinación.

¹²¹ Poder Judicial del Perú - Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_Inicio/

¹²² AREVALO VELA Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 131.

El mismo autor citando a varios tratadistas nos hace conocer diversas definiciones del contrato de trabajo:

“(…) CABANELLAS define el contrato de trabajo como aquel ‘que tiene por objeto la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles o agrícolas. Más técnicamente cabe definirlo así: el que tiene por objeto la prestación continuada de servicios privados y con carácter económico, y por el cual una de las partes da una remuneración o recompensa a cambio de disfrutar o de servirse bajo su dependencia o dirección, de la actividad profesional de otra’.

Por su parte, ALONSO define el contrato de trabajo ‘como todo acuerdo de voluntades (negocio jurídico bilateral) en virtud del cual una persona se compromete a realizar personalmente una obra o prestar un servicio por cuanta de otra, a cambio de una remuneración’.

Del mismo modo, MARTÍNEZ, al dar una definición de contrato de trabajo los dice lo siguiente: ‘el contrato de trabajo es aquel que regula las relaciones que se manifiestan entre quienes se obligan a prestar su actividad laboral en situación de dependencia o subordinación, mediante el pago de una remuneración, en condiciones de trabajo impuestas, por lo menos, por las leyes o las convenciones de trabajo, y quienes dirigen u organizan ese trabajo, dentro de los límites del orden público laboral y de las obligaciones que se entienden comprendidas en la relación.’

GÓMEZ considera que el ‘contrato de trabajo es el convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también, a idéntica protección fundamental.’ ”¹²³.

2.2.12.- Elementos del Contrato de Trabajo.-

El mismo autor, Javier Arévalo Vela esta vez en su obra *“Derecho del Trabajo Individual”*¹²⁴, distingue tres tipos de elementos: los generales, los esenciales y los típicos.

Refiriéndose a los elementos generales, el autor señala que como cualquier tipo de contrato deben concurrir los requisitos contenidos en el Art. 140 del Código Civil Peruano, con la finalidad de que tenga validez, y en ese sentido se requiere que

¹²³ *Ibídem*, p. 132.

¹²⁴ AREVALO VELA Javier, *Derecho del Trabajo Individual*, Primera Edición, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino (FUP), 2012, p. 116 - 120.

exista: i) agente capaz, ii) objeto física y jurídicamente posible, iii) fin lícito, y iv) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Con relación a los elementos esenciales, Arévalo Vela explica que estos elementos resultan ser indispensables para su existencia y determinación de su naturaleza, y que están descritos en el Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral LPCL. En cuanto a la prestación personal señala *“La obligación asumida por el trabajador es personalísima, siendo el único deudor de la prestación de trabajo.”*¹²⁵, refiriéndose al elemento remuneración el autor lo define como salario, es decir lo percibido ya sea en dinero o especie, es la contraprestación por la fuerza de trabajo puesta a disposición del empleador, trayendo a colación el Art. 23 de nuestra Constitución Política del Estado que señala *“Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.”*¹²⁶, finalmente sobre el elemento subordinación el autor señala que en buena cuenta se expresa como el poder de dirección agregando *“(…) permite ejercer al empleador el poder de dirección, por el cual está facultado a organizar el trabajo de acuerdo a las necesidades de la empresa, (...)”*¹²⁷, y el poder disciplinario sobre el trabajador, aclarando que *“(…), sin embargo, el poder disciplinario patronal no es ilimitado sino que debe ser ejercido con razonabilidad caso contrario el trabajador podrá cuestionar ante la autoridad competente el uso desmedido y/o abusivo.”*¹²⁸.

Sobre los elementos típicos del contrato de trabajo, que comúnmente denominamos rasgos de laboralidad, el autor los refiere como indicios de carácter laboral, que permiten establecer diferencias con otros tipos de contratos, como jornada de trabajo, el goce de beneficios propios del contrato laboral, etc.

2.2.13.-Modalidades de contratación laboral.-

¹²⁵ *Ibídem*, p. 117.

¹²⁶ *Ibídem*, p. 118.

¹²⁷ *Ibídem*, p. 118.

¹²⁸ *Ibídem*, p. 119.

Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, en la obra *“La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias”*¹²⁹, señala que el contrato de trabajo puede ser a plazo indeterminado o bajo modalidad, es decir a plazo determinado, lo cual está regulado en nuestra legislación laboral peruana en los Arts. 72 y 73 del D.S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, afirmando los autores lo siguiente:

“(…), siendo la regla general la primera de las señaladas, y la segunda la excepción. Por ser la contratación modal la excepción requiere una serie de requisitos impuestos para su uso, entre los cuales tenemos:

- a) Debe ser necesariamente por escrito;*
- b) El contrato debe ser presentado ante la autoridad administrativa de trabajo;*
- c) Debe existir una causa especificada claramente en el contrato; y*
- d) Debe consignarse en forma expresa la duración.”*¹³⁰.

Es necesario precisar que si bien el Art. 72 del mencionado D.S. No. 003-97-TR señala: *“Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.”*, el Art. 73 a la fecha ha sido modificado por la Tercera Disposición Complementaria Modificatoria del D. Leg. 1246, publicado el 10 de noviembre del 2016, cuyo texto es el siguiente: *“La Autoridad Administrativa de Trabajo podrá ordenar la verificación de los requisitos formales a que se refiere el artículo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del Artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido.”*, con lo cual ya no existe la exigencia de presentar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo una copia de los contratos modales, dentro de los quince días naturales de su celebración, con la finalidad de que tome conocimiento y efectúe su registro.

2.2.14.-Desnaturalización laboral y la primacía de la realidad.-

Jorge Toyama Miyagusuku, en su obra *“Instituciones del derecho laboral”*¹³¹, en el acápite referido a la desnaturalización laboral y el principio de primacía de la

¹²⁹ RODRÍGUEZ GARCÍA Fernando, y QUISPE CHÁVEZ Gustavo, *La extinción del contrato de trabajo*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2009, p. 47 - 48.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 47.

¹³¹ TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, *Instituciones del derecho laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2004, p. 120 – 122.

realidad, señala que las propias normas laborales disponen la desnaturalización en supuestos de aplicación automática como por ejemplo cuando en el convenio de prácticas no se acredita la capacitación prevista en el convenio, entendiéndose un contrato de trabajo, o cuando se infringen normas sobre intermediación, supuestos que contempla la ley para determinar laboralización, como no observar los porcentajes limitativos de contratación, afirmando:

“(…) En suma, si bien se concluye en un contrato de trabajo, el principio de primacía de la realidad importa un procedimiento y una consideración probatoria, mientras que la desnaturalización es la aplicación automática de los supuestos previstos en las normas legales.”¹³².

Y culmina señalando:

“(…) El principio de primacía de la realidad busca, centralmente, la preeminencia de los hechos en la laboralización de las relaciones laborales pero nada obsta para que se aplique a cualquier supuesto de desencuentro entre la forma y los hechos. En este sentido, es posible que se aplique dicho principio para determinar si un contrato de trabajo a plazo fijo es, en los hechos, un contrato a plazo indeterminado por no existir una causa justificada de temporalidad. (...)”¹³³.

Gustavo Francisco Quispe Chávez, en su artículo *“La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad en el Derecho Laboral Peruano”*¹³⁴, analiza las causales de desnaturalización y señala que la contratación a plazo indeterminado y la modal (plazo determinado) son complementarias en el devenir empresarial, toda vez que están dirigidas a satisfacer necesidades de la empresa; sin embargo, al ser la regla la contratación indeterminada y la excepción la contratación modal, se requiere de requisitos como ser escritos, pues no hay *“contratos modales verbales”*, y agrega que lo importante en dicho negocio jurídico es la causa típica y expresa, y su suscripción debe ajustarse a las necesidades reales, es decir a la realidad, llegando en una de sus conclusiones a lo siguiente:

“(…) 4. Los contratos modales son intrínsecamente temporales, aunque esto no supone un tratamiento laboral distinto de los contratos a plazo

¹³² *Ibídem*, p. 120.

¹³³ *Ibídem*, p. 122.

¹³⁴ QUISPE CHÁVEZ Gustavo Francisco, *La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad en el Derecho Laboral Peruano*, artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales Año 3, Número 33, Setiembre 2010, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 21 - 22.

indeterminado pues la diferencia es meramente cronológica respecto del contrato concertado por tiempo indefinido. (...)”¹³⁵.

2.2.15.-Aplicación del principio de primacía de la realidad a nivel administrativo.-

Jorge Toyama Miyagusuku y Carole Neyra Salazar, en el artículo “¿Cómo está aplicando el Ministerio de Trabajo la primacía de la realidad?”¹³⁶ publicado en agosto del 2010, señalan que dos años antes el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo llevó adelante el Plan RETO con la finalidad de incluir en planillas a personas que laboraban al margen de la Ley, estimando que casi 32,000 fueron ingresados a planillas gracias a dicho plan, siendo que su instrumento esencial fue el principio de primacía de la realidad, estableciéndose a nivel administrativo criterios de aplicación que quedaron consignados en diversas resoluciones administrativas, que describen rasgos sintomáticos de laboralidad como son documentos entregados por el empleador, sean constancias de trabajo, boletas de pago, liquidación de beneficios sociales, carta de despido, memorándums para intercambiar información en la organización, reportes de llamadas de atención por tardanzas, adelanto de sueldo, publicidad de la empresa donde aparece la foto del locador, entrega de lista de trabajadores donde aparece el locador, sometimiento a período de prueba, posterior inclusión en el libro de planillas, además el uso de uniformes, gastos por accidentes laborales, inclusión en la estructura de la empresa, denuncias policiales de constatación, personal con funciones similares en planillas, etc. concluyendo el autor dentro de sus reflexiones finales con lo siguiente:

*“(…) Finalmente, atendiendo a los distintos criterios emitidos por el MTPE, consideramos necesaria buscar uniformizar aquellos criterios referidos a **la aplicación del principio de primacía de la realidad**, a fin de que tanto el empleador y trabajador cuenten con la seguridad de los criterios vertidos en las resoluciones.*

En definitiva, si bien cada caso es singular y los rasgos de laboralidad, varían creemos necesario que se difundan más los criterios de laboralidad del MTPE en los procedimientos de inspección y se detallen más los casos donde se concluya que no hay un contrato de trabajo pese a los rasgos de laboralidad.”¹³⁷ (el remarcado es agregado).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 30.

¹³⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, y NEYRA SALAZAR Carole, ¿Cómo está aplicando el Ministerio de Trabajo la primacía de la realidad?, artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales Año 3, Número 32, Agosto 2010, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 48 - 59.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 59.

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

3.1. Análisis e interpretación de los datos.-

Con el fin de dar respuesta al objetivo de la investigación, se procedió a levantar información de los legajos copiadore de sentencias de la Sala Laboral Permanente de Piura utilizando para ello las Fichas Protocolo de Recolección de Datos elaboradas para tal fin, las mismas fue fueron enumeradas siguiendo una secuencia cronológica, recopilándose en el año 2012: 390 fichas, en el año 2013: 337 fichas, y en el año 2014: 329 fichas. En dichos instrumentos se consignaron los datos más importantes de las sentencias emitidas por la Sala Laboral Permanente de Piura en el período 2012 – 2014, que resolvieron conflictos laborales de trabajadores del régimen laboral privado regulado por el D.S. No. 003-97-TR Texto Único Ordenado del D. Leg. 728, precisando el sentido de lo resuelto, la descripción de las conductas fraudulentas del empleador evidenciadas judicialmente, y si fueron resueltas utilizando el principio de primacía de la realidad, haciendo la precisión del tipo de empleador: particular o entidad estatal, ya que el Estado también actúa como empleador, incluyéndose en este grupo a la empresas que forman parte de la actividad empresarial del Estado.

La información extraída de las fichas ha sido tabulada, obteniéndose datos porcentuales referidos a la variable independiente conductas fraudulentas del empleador y la variable dependiente principio de primacía de la realidad, en sentencias emitidas en el año 2012, 2013 y 2014, así como en forma global en el período mencionado 2012 al 2014.

Es necesario tener en cuenta que el enfoque del presente trabajo de investigación es mixto, es decir cuantitativo en tanto y en cuanto se ha efectuado una medición numérica de las variables utilizando Fichas Protocolo de Recolección de Datos, y también cualitativa pues para analizar e interpretar los resultados obtenidos se han utilizado técnicas no estandarizadas como las entrevistas a los magistrados de la especialidad laboral del Distrito Judicial de Piura, en un número de 06 (Anexo 04).

3.1.1 Las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014.

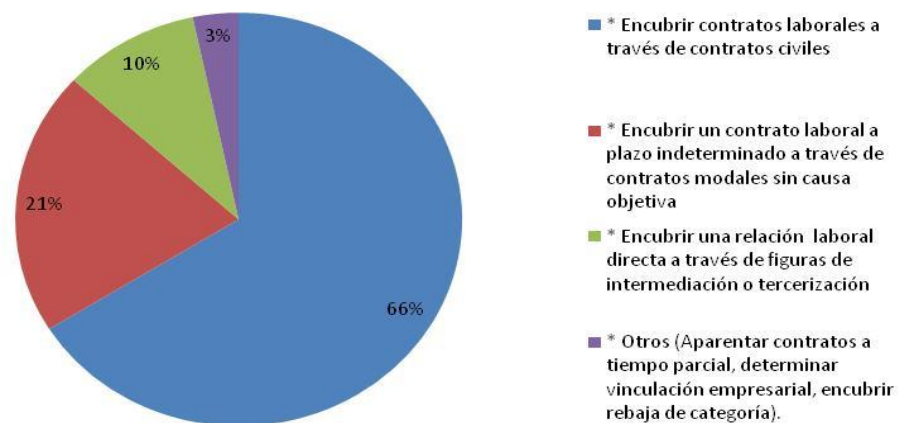
Tabla No. 1

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN SENTENCIAS ORDINARIAS
LABORALES (RÉGIMEN LABORAL PRIVADO D. LEG. 728) DEL AÑO 2012**

		Empleador Privado		Empleador Público		TOTAL AÑO 2012		
		Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	%
* Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad								
	* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles	30	54%	50	77%	80	66%	
	* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva	16	29%	9	14%	25	21%	
	* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización	7	13%	5	8%	12	10%	
	* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja de categoría).	3	5%	1	2%	4	3%	
	* Sub total	56	100%	65	100%	121	100%	31%
* Sin aplicación del Principio de Primacía de la Realidad								
	* Sub total	187		82		269		69%
TOTAL AÑO 2012		243		147		390		100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

Figura No. 1: CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR EN LOS CONFLICTOS JURIDICOS RESUELTOS POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LA SLP DE LA CSJP EN EL AÑO 2012



Fuente: Elaborada por la autora

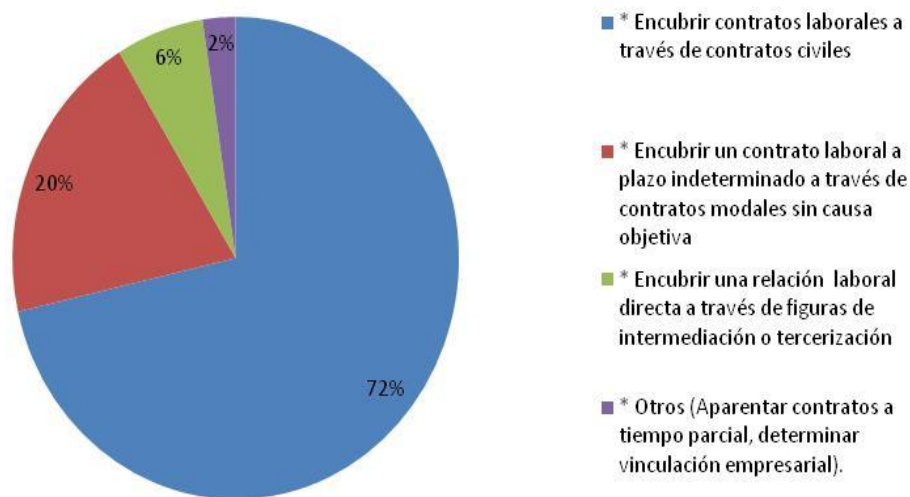
Tabla No. 2

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN SENTENCIAS ORDINARIAS
LABORALES (RÉGIMEN LABORAL PRIVADO D. LEG. 728) DEL AÑO 2013**

		Empleador Privado		Empleador Público		TOTAL AÑO 2013	
		Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
* Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad							
	* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles	31	70%	59	72%	90	71%
	* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva	7	16%	18	22%	25	20%
	* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización	3	7%	5	6%	8	6%
	* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial).	3	7%	0	0%	3	2%
	* Sub total	44	100%	82	100%	126	37%
* Sin aplicación del Principio de Primacía de la Realidad							
	* Sub total	88		123		211	63%
TOTAL AÑO 2013		132		205		337	100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

**Figura No. 2: CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR EN
LOS CONFLICTOS JURIDICOS RESUELTOS POR APLICACIÓN DEL
PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LA SLP DE LA CSJP
EN EL AÑO 2013**



Fuente: Elaborada por la autora

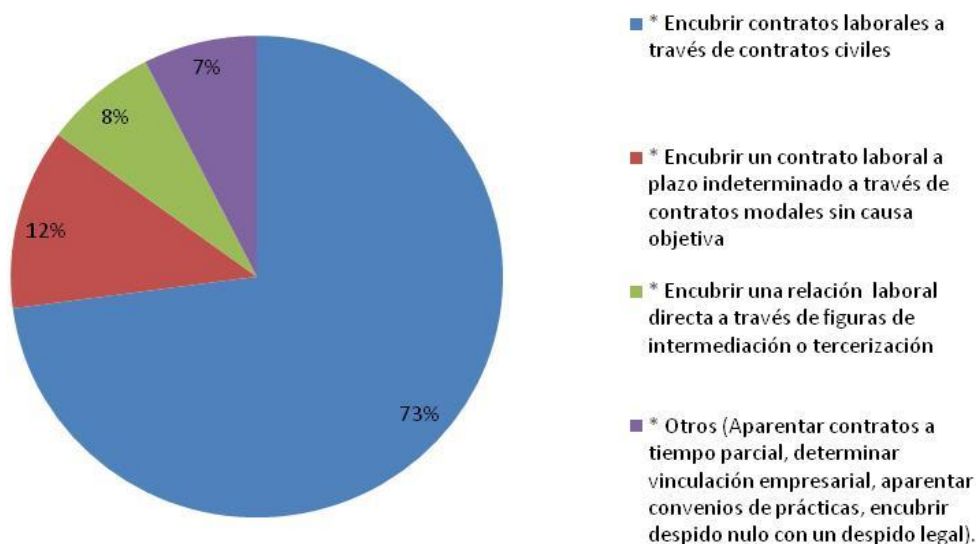
Tabla No. 3

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN SENTENCIAS ORDINARIAS
LABORALES (RÉGIMEN LABORAL PRIVADO D. LEG. 728) DEL AÑO 2014**

		Empleador Privado		Empleador Público		TOTAL AÑO 2014	
		Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
* Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad							
* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles		16	47%	62	85%	78	73%
* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva		7	21%	6	8%	13	12%
* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización		4	12%	4	5%	8	7%
* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal).		7	21%	1	1%	8	7%
* Sub total		34	100%	73	100%	107	33%
* Sin aplicación del Principio de Primacía de la Realidad							
* Sub total		90		132		222	67%
TOTAL AÑO 2014		124		205		329	100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

Figura No. 3: CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR EN LOS CONFLICTOS JURIDICOS RESUELTOS POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LA SLP DE LA CSJP EN EL AÑO 2014



Fuente: Elaborada por la autora

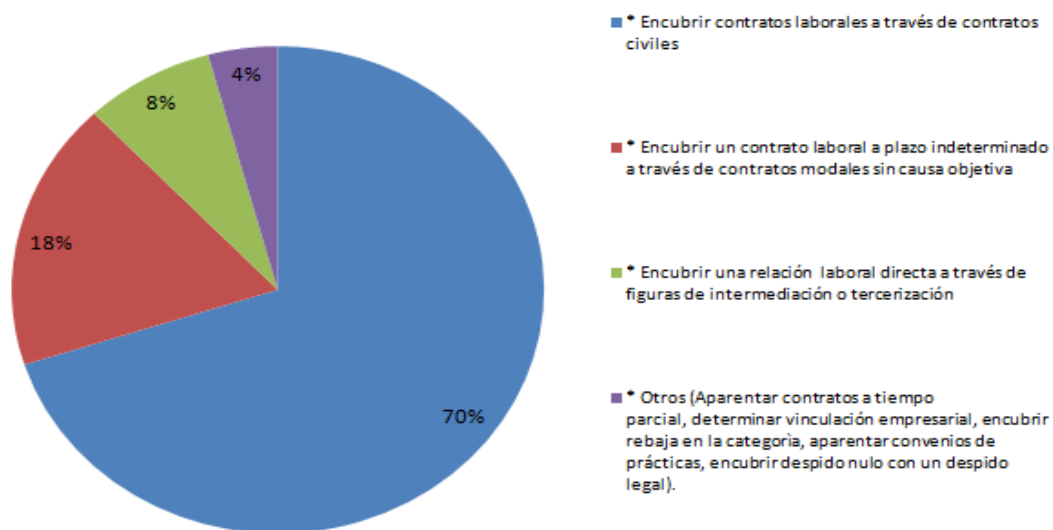
Tabla No. 4

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN SENTENCIAS ORDINARIAS
LABORALES (RÉGIMEN LABORAL PRIVADO D. LEG. 728) DE LOS AÑOS 2012 - 2014**

		Empleador Privado		Empleador Público		TOTAL AÑOS 2012 - 2014		
		Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%	%
* Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad								
	* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles	77	57%	171	78%	248	70%	
	* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva	30	22%	33	15%	63	18%	
	* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización	14	10%	14	6%	28	8%	
	* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal).	13	10%	2	1%	15	4%	
	* Sub total	134	100%	220	100%	354	100%	34%
* Sin aplicación del Principio de Primacía de la Realidad								
	* Sub total	365		337		702		66%
TOTAL AÑOS 2012 - 2014		499		557		1056		100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

Figura No. 4: CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR EN LOS CONFLICTOS JURIDICOS RESUELTOS POR APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LA SLP DE LA CSJP EN LOS AÑOS 2012 - 2014



Fuente: Elaborada por la autora

ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PIURA

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 01: ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?
1	Aparentar la existencia de un contrato de locación de servicios, suscribir contratos de comisión mercantil, crear la comisión de faltas graves y la constitución de diversas empresas para que los trabajadores presten servicios.
2	Aparentar la existencia de un contrato civil (locación de servicios), suscribir contratos de comisión mercantil, crear la comisión de faltas graves y la constitución de diversas empresas para que los trabajadores presten servicios.
3	En la contratación a plazo fijo. En la tercerización e intermediación laboral. En el cese del vínculo laboral. En el registro de trabajo en sobretiempo. En la calificación de cargos de confianza.
4	1) Usar contratación modal, cuando debe ser indeterminado; 2) usar contratos de locación de servicios o CAS, cuando deben ser contratos de trabajo; 3) usar empresas tercerizadoras o intermediadoras; 4) simular forzosamente causales de despido cuando no corresponde tal.
5	Encubrimiento de relación laboral a través de locación de servicios; encubrimiento de contrato de trabajo a plazo indeterminado a través de contratos laborales a plazo fijo; empleadores vinculados económicamente, pretende aparentar ser sujetos laborales distintos; encubrir un cargo ordinario o común a través de contratos laborales de confianza.
6	Contratación de servicios personales de un trabajador cuando en realidad es un contrato de trabajo. Contratación temporal bajo los alcances del D. Leg. 728 cuando el trabajador realiza labores de naturaleza permanente. Contratación continua de un trabajador para varias empresas que alegan son distintas cuando se trata de un grupo empresarial.

Análisis:

Año 2012: Los resultados que se muestran en la tabla No. 1 y la figura No. 1 dan cuenta que del total de los procesos resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, el 66% corresponde a la conducta “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*”, el 21% corresponde a la conducta “*Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva*”, el 10% corresponde a la conducta “*Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización*”, y el 3% corresponde a la otras conductas menos reiterativas como “*Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja de categoría)*”.

Año 2013: Los resultados que se muestran en la tabla No. 2 y la figura No. 2 dan cuenta que del total de procesos resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, el 71% corresponde a la conducta “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*”, el 20% corresponde a la conducta “*Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva*”, el 6% corresponde a la conducta “*Encubrir una relación laboral directa a través de*

figuras de intermediación o tercerización”, y el 2% corresponde a la otras conductas menos reiterativas como “Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial)”.

Año 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 3 y figura No. 3 dan cuenta que del total de procesos resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, el 73% corresponde a la conducta *“Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles”*, el 12% corresponde a la conducta *“Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva”*, el 7% corresponde a la conducta *“Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización”*, y el 7% corresponde a la otras conductas menos reiterativas como *“Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal)”*.

En forma global del período 2012 - 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 4 y figura No. 4 dan cuenta que del total de procesos resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, el 70% corresponde a la conducta *“Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles”*, el 18% corresponde a la conducta *“Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva”*, el 8% corresponde a la conducta *“Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización”*, y el 4% corresponde a la otras conductas menos reiterativas como *“Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal)”*.

Las respuestas a la primera pregunta de las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura, corroboran los datos obtenidos como resultado de la tabulación de las Fichas Protocolo de Recolección de Datos, puesto que los magistrados cuando se les preguntó ¿cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?, respondieron que eran aparentar una contratación civil cuando es un contrato de trabajo, aparentar un contrato a plazo fijo cuando es un

contrato de trabajo a plazo indeterminado, aparentar la existencia de intermediación o tercerización, encubrir vinculación económica de empleadores, simular causales de despido cuando no corresponde.

Interpretación:

El estudio da cuenta que las normas laborales no se aplican en abstracto, sino que se corresponden con una realidad, en este caso la realidad del Distrito Judicial de Piura, verificándose que en esta jurisdicción entre los años 2012 al 2014, se evidenciaron conductas fraudulentas por parte de los empleadores, con la finalidad de que se les aplique una normativa que no se corresponde con la realidad, pues tal y como lo señala Anibal Torres Vásquez en su citada obra denominada “*Acto Jurídico*”: “(...) *Por el fraude a la ley se evade la aplicación de una ley (ley defraudada) amparándose en otra ley (ley de cobertura), (...)*”¹³⁸, y en ese sentido el mayor porcentaje de conductas fraudulentas se encuentran en encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, haciendo que los trabajadores suscriban con ellos contratos de locación de servicios de naturaleza civil que se encuentran regulados por el Art. 1764 y siguientes del Código Civil Peruano, a través del cual se presta un servicio a cambio de una retribución pero sin estar subordinado al contratante, en este caso al empleador, así el argumento de defensa del demandado en estos procesos es la inexistencia del elemento subordinación en la relación contractual, solicitando se considere que la contratación fue de naturaleza civil, cuando al analizar el caudal probatorio, el Juez Laboral desentraña la apariencia formal y determina muchas veces con prueba indiciara, manifestaciones del elemento subordinación como dictado de órdenes, sometimiento a un horario de trabajo, imposición de sanciones, otorgamiento de beneficios que corresponden a una relación laboral propia, asignación de tareas propias de la estructura organizacional del demandado, por ejemplo no se concibe una empresa de transportes donde los choferes sean contratados a través de contratos de locación de servicios, y no existan choferes en su planillas de remuneraciones.

El estudio indica también que la segunda conducta fraudulenta reiterativa en el Distrito Judicial de Piura entre los años 2012 – 2014 por parte de los empleadores es

¹³⁸ TORRES VÁSQUEZ Anibal, *Acto Jurídico*, Primera Edición, Lima – Perú, IDEMSA, 2001, p. 573.

encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa justa, es decir con la finalidad de que los trabajadores no tengan derecho de permanencia en el puesto laboral que ocupan, los empleadores suscriben con los trabajadores contratos modales, en los cuales se aparenta una necesidad temporal de contratación cuando en realidad no existe una causa objetiva que determine una contratación temporal, por el contrario el Juez Laboral al valorar el caudal probatorio, determina que no existe la supuesta causa objetiva invocada sino que la intención fue que se apliquen normas laborales de contratación temporal reguladas en el título referido a contratos modales del D.S. No. 003-97-TR TUO del D. Leg. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Arts. 53 y siguientes), que otorga estabilidad laboral solo durante la vigencia temporal del contrato, por tanto siempre se invoca como causa del cese de la relación laboral, el vencimiento de plazo, evitándose así el pago de una indemnización por despido arbitrario, y si bien es cierto el Art. 77 del mencionado D.S. No. 003-97-TR en su inciso d) establece que el contrato de trabajo sujeto a modalidad se considera como de duración indeterminada, cuando se demuestre la existencia de simulación o fraude a la ley, que implica una sanción legal, lo cierto es que el engaño que ello implica solo puede ser desenmascarado por el Juez utilizando el principio de primacía de la realidad, al valorar la prueba actuada en el proceso judicial determinando la aplicación de la ley defraudada, en este caso el Art. 4 del mencionado D.S. No. 003-97-TR que establece como regla general la contratación a tiempo indefinido.

De igual forma, la tercera conducta fraudulenta que evidencia el estudio realizado, es encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización, lo cual está relacionado con la tendencia a flexibilizar la contratación laboral que se ha tenido en los últimos años, pero bajo parámetros establecidos en la ley, así para el caso de la intermediación laboral la Ley No. 27626 en su Art. 3 señala que los supuestos legales son “*temporalidad, complementariedad o especialización*”; sin embargo, en la realidad estos supuestos solo son invocados, pero no llegan a ser probados en juicio, pues el verdadero objetivo es que se aplique la normatividad referida a la intermediación mediante la cual los trabajadores son de la intermediadora y no de la empresa usuaria, buscando evadir el pago de las obligaciones laborales como empleador directo, es así que el Art. 5 de la misma

norma señala que la infracción a los supuestos de intermediación determinan que en aplicación del principio de primacía de la realidad, se entienda la existencia de un contrato de trabajo con la empresa usuaria, siendo que judicialmente se descubre que las labores realizadas por los trabajadores forman parte de la actividad principal de la empresa usuaria, por lo que son sus verdaderos trabajadores. En el caso de la tercerización el Art. 2 de la Ley No. 29245 señala claramente que una empresa puede tercerizar las 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, señalando en su Art. 5 que de no cumplirse los requisitos antes descritos implica que los trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, dando cuenta el estudio de que los empleadores encubren la relación directa y aparentan la existencia de una tercerización, cuando en el fondo es una simple dotación de personal, donde el personal recibe órdenes, instrucciones, y sanciones de parte de la empresa principal, por ello en estos casos las leyes de cobertura son la Ley de Intermediación Laboral No. 27626 y la Ley de Tercerización Laboral No. 29245 según sea el caso, siendo la ley defraudada el Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR referida al contrato de trabajo a plazo indeterminado ante la concurrencia de los tres elementos del contrato de trabajo, como son la prestación personal, la remuneración y la subordinación. Es por tal razón que Alfredo Villavicencio Ríos en su artículo *“La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”*, señala: *“(…) No se cuenta con datos estadísticos respecto de las dimensiones del recurso al fraude en materia de intermediación, sin embargo, se sabe que dentro del altísimo porcentaje de reclamaciones presentadas por trabajadores de entidades dedicadas a la intermediación ante el Ministerio de Trabajo, un buen grupo de ellas corresponde a trabajadores o socios-trabajadores que han visto desaparecer su empleador ficticio y con ello esfumarse los beneficios laborales que les corresponden. (…)”*¹³⁹.

¹³⁹ VILLAVICENCIO RÍOS Alfredo, *La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico*, en AA VV. *Derecho Laboral General. Textos Seleccionados*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 152 - 153.

Otras conductas fraudulentas del empleador que se evidencian en el estudio realizado, es aparentar contratos a tiempo parcial, cuando en realidad el trabajador labora más de 4 horas diarias, usando para ello como ley de cobertura los Arts. 11 y siguientes del D.S. No. 001-96-TR que regula los contratos de trabajo a tiempo parcial, incluso cumpliendo con su formalidad escrita, eso con la finalidad de que no se aplique el Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR, de esa manera el empleador busca no pagar al trabajador conceptos como compensación por tiempo de servicios, y no otorgar vacaciones completas, situación que es esclarecida por el Juez valorando la prueba actuada en el proceso laboral para declarar que en la realidad nunca existió un contrato a tiempo parcial. Otro supuesto está relacionado al grupo de empresas, cuando el trabajador labora indistintamente para varias razones sociales, siendo que en realidad todas ellas actúan como un solo empleador frente al trabajador, pero formalmente son distintas e independientes, caso en el cual el Juez laboral valorando la prueba en forma conjunta y razonada desenmascara tal situación encontrando vinculación económica entre los diversos empleadores para concluir en que por aplicación del principio de primacía de la realidad todos actuaron como un solo empleador y todas deben asumir solidariamente el pago de las acreencias laborales, en estos casos ni el propio trabajador conoce a cabalidad las razones sociales (empresas) que formalmente actuaron durante la relación laboral ya que para el trabajador la labor realizada siempre fue la misma y físicamente en el mismo lugar. Los resultados demuestran que los empleadores recurren incluso a aparentar la existencia de convenios de prácticas cuando en realidad lo que existe es una verdadera relación laboral pretendiendo evadir el pago de los beneficios sociales que corresponden al trabajador, utilizando como ley de cobertura la Ley de Modalidades Formativas Laborales No. 28518, cuando lo que corresponde es aplicar el Art. 4 del D.S. No. 003-97-TR. También se aprecia que entre las conductas fraudulentas evidenciadas, están los casos en que el empleador aparenta la existencia de un despido legal, es decir la existencia de una causa de despido por falta grave y cumple formalmente con imputar la causa que supuestamente hace insostenible mantener una relación laboral; sin embargo, el Juez laboral valorando la prueba determina que el despido es nulo, pues en el fondo se habría tratado de una represalia porque el trabajador lo denunció ante la autoridad administrativa de trabajo. También se refleja que el empleador en algunas ocasiones rebaja la categoría del trabajador, lo que

constituye un acto de hostilidad, pero lo hace aparentando un uso legal del *ius variandi*, es decir la facultad que tiene el empleador de cambiar razonablemente la forma en que se presta el servicio.

Sin duda, los resultados del estudio efectuado dan cuenta que en todos los supuestos descritos, el empleador busca frustrar la aplicación correcta de la ley al caso concreto, a través del engaño, la astucia, la maquinación, pues tal y como lo señala Hugo Huerta Rodríguez en su obra *El Carácter Persecutorio de los Créditos Laborales*, citando a Cabanellas “(...) *engaño es, en efecto toda astucia o maquinación de que uno se sirve, hablando u obrando con mentira y artificio para frustrar la ley o los derechos que ella nos da, y fraude no es otra cosa que el hecho de frustrar la ley, (...), sin embargo, como el engaño y el fraude suelen ir juntos, pues no hay fraude sin engaño, de ahí que en el lenguaje vulgar se tomen indistintamente el uno por el otro. (...)*”¹⁴⁰.

Es importante señalar que la realidad es dinámica, y depende del contexto social, así tenemos de las conductas fraudulentas del empleador evidenciadas en el presente trabajo, difieren con algunos supuestos de fraude verificados por Carlos Pose autor del libro “*Fraude y Simulación en el Derecho Laboral*”¹⁴¹, quien encontró en la realidad argentina, algunas conductas fraudulentas diferentes como por ejemplo utilización fraudulenta del período de prueba, el fraude en materia salarial, y en la protección del patrimonio sindical.

Las entrevistas a los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura, confirman los resultados obtenidos con la tabulación de las Fichas Protocolo de Recolección de Datos, puesto que los magistrados cuando se les formuló la primera pregunta: ¿cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?, dieron respuestas muy similares.

¹⁴⁰ HUERTA RODRÍGUEZ Hugo, *El Carácter Persecutorio de los Créditos Laborales*, Primera Edición, Lima – Perú, Editorial RODHAS, 2003, p. 48.

¹⁴¹ POSE CARLOS, *Fraude y simulación en el Derecho Laboral*, Primera edición, Buenos Aires – Argentina, David Grinberg Libros Jurídicos, 2007, p. 203 – 227.

Hipótesis específica 1:

Las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014 fueron:

- *Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles.*
- *Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva.*
- *Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización.*
- *Aparentar contratos a tiempo parcial.*
- *Determinar vinculación empresarial.*
- *Encubrir rebaja en la categoría.*
- *Aparentar convenios de prácticas.*
- *Encubrir despido nulo con un despido legal.*

Los resultados de las tablas N° 1, 2, 3 y 4, así como las figuras 1, 2, 3 y 4 indican que las conductas fraudulentas del empleador registradas en dicho período corresponden a: encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva, encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización, y otras conductas menos reiterativas como aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal, hecho que se corrobora con las respuestas de los magistrados entrevistados (primera pregunta), lo que conduce a aceptar la hipótesis de investigación.

3.1.2. Porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese periodo.

Tabla No. 5

PORCENTAJE ANUAL Y GLOBAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA 2012-2014

	Se aplicó el principio		No se aplicó el principio		Total	
Año	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
2012	121	31%	269	69%	390	100%
2013	126	37%	211	63%	337	100%
2014	107	33%	222	67%	329	100%
Total	354	34%	702	66%	1056	100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

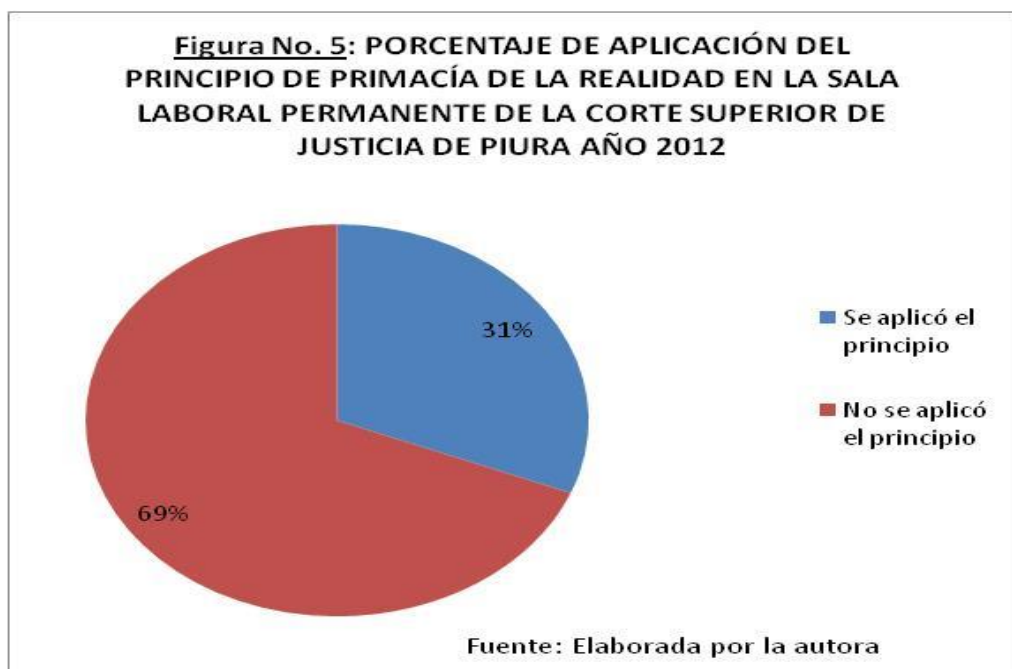
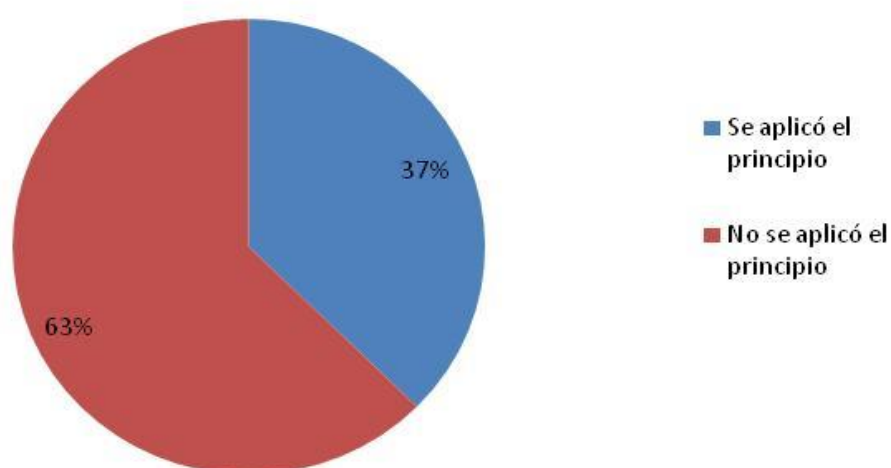
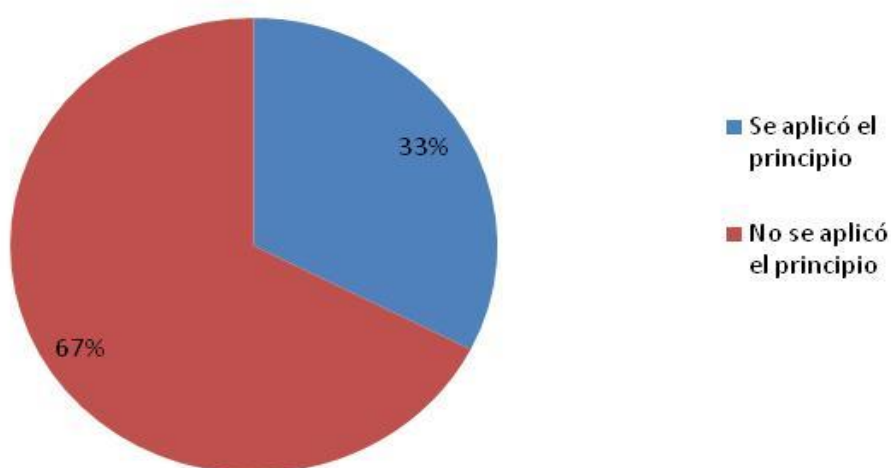


Figura No. 6: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA AÑO 2013



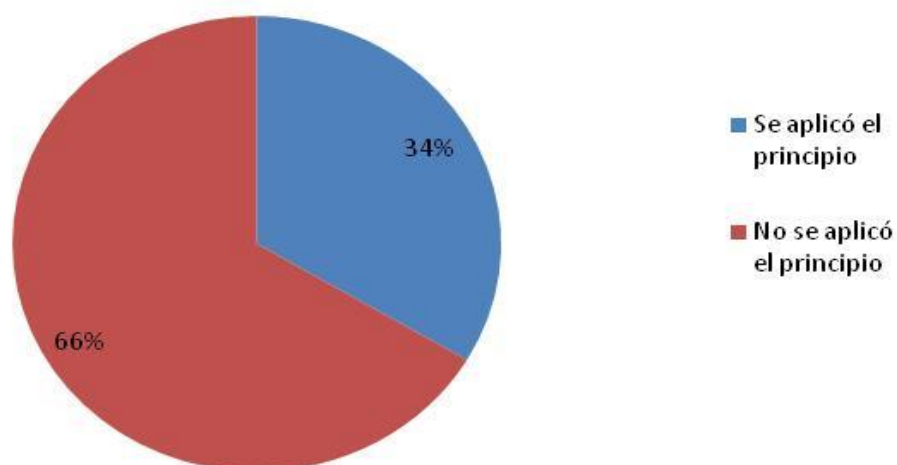
Fuente: Elaborada por la autora.

Figura No. 7: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA AÑO 2014



Fuente: Elaborada por la autora.

Figura No. 8: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA 2012-2014



Fuente: Elaborada por la autora

ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PIURA

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 04: ¿Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad aproximadamente?
1	51 - 75%
2	51 - 75%
3	26 - 50%
4	51 - 75%
5	26 - 50%
6	76 - 100%

Análisis:

Año 2012: Los resultados que se muestran en la tabla No. 5 y figura No. 5 dan cuenta que del 100% de conflictos que fueron resueltos en el año 2012 por la Sala Laboral Permanente de Piura, referidas al régimen laboral privado D. Leg. 728, el 31% fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad al haberse advertido conductas fraudulentas del empleador, y el 69% se resolvieron sin aplicación del principio de primacía de la realidad.

Ahora bien, del 69% de conflictos que fueron resueltos sin aplicación del principio de primacía de la realidad, no se evidencian conductas fraudulentas del empleador.

Año 2013: Los resultados que se muestran en la tabla No. 5 y figura No. 6 dan cuenta que del 100% de conflictos que fueron resueltos en el año 2013 por la Sala Laboral Permanente de Piura, referidas al régimen laboral privado D. Leg. 728, el 37% fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad al haberse advertido conductas fraudulentas del empleador, y el 63% se resolvieron sin aplicación del principio de primacía de la realidad.

Del 63% de conflictos que fueron resueltos sin aplicación del principio de primacía de la realidad, no se evidencian conductas fraudulentas del empleador.

Año 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 5 y figura No. 7 dan cuenta que del 100% de conflictos que fueron resueltos en el año 2014 por la Sala Laboral Permanente de Piura, referidas al régimen laboral privado D. Leg. 728, el 33% fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad al haberse advertido conductas fraudulentas del empleador, y el 67% se resolvieron sin aplicación del principio de primacía de la realidad.

Del 67% de conflictos que fueron resueltos sin aplicación del principio de primacía de la realidad, no se evidencian conductas fraudulentas del empleador.

En forma global del período 2012 - 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 5 y figura No. 8 dan cuenta que del 100% de conflictos que fueron resueltos entre los años 2012 al 2014 por la Sala Laboral Permanente de Piura, referidas al régimen laboral privado D. Leg. 728, el 34% fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad al haberse advertido conductas fraudulentas del empleador, y el 66% se resolvió sin aplicación del principio de primacía de la realidad.

Ahora bien, del 66% de conflictos que fueron resueltos sin aplicación del principio de primacía de la realidad, no se evidencian conductas fraudulentas del empleador.

Las entrevistas a los magistrados de la especialidad laboral del Distrito Judicial de Piura dan cuenta que al formularse la cuarta pregunta, dos magistrados contestaron que del total de conflictos laborales del régimen laboral privado (del 2012 en adelante), han aplicado el principio de primacía de la realidad entre el 26% -50%, tres magistrados señalaron que lo aplicaron entre 51% - 75%, y un magistrado afirmó que la aplicación fue entre el 76% - 100%.

Interpretación:

El estudio da cuenta que en el Distrito Judicial de Piura entre los años 2012 al 2014, más allá de la tercera parte de conflictos laborales resueltos en dicho período se solucionaron con la aplicación del principio de primacía de la realidad, verificándose que en el año 2012 el porcentaje de aplicación fue del 31%, en el año 2013 fue del 37%, y en el año 2014 del 33%, siendo que globalmente durante el período del 2012 al 2014 el porcentaje de aplicación del principio de primacía de la realidad fue del 34%, lo que nos lleva a la conclusión de que pese a que el principio de primacía de la realidad es una herramienta eficaz para que el Juez laboral desentrañe la verdad de los hechos, y haga prevalecer la verdad real sobre la verdad formal, las conductas fraudulentas no han disminuido, se han mantenido en un alto porcentaje, es decir si bien se reconocen judicialmente los beneficios que corresponden a los trabajadores, y se ordena su pago, la aplicación de este importantísimo principio no ha desanimado a los empleadores de continuar buscando de qué manera engañar a la autoridad judicial y también a la autoridad administrativa de trabajo, quien también tiene la facultad de aplicar el principio de primacía de la realidad según el Art. 2 numeral 2 de la Ley General de Inspección del Trabajo No. 28806.

Los resultados del estudio demuestran que es necesario que a la par que el Juez laboral reconozca los derechos y las acreencias laborales que verdaderamente le corresponden a un trabajador, se establezcan mecanismos para que se desalienten estas conductas fraudulentas, como establecer como consecuencia jurídica obligatoria que los empleadores sean sancionados administrativamente por las infracciones a la normativa laboral por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL creada por Ley No. 29981, para supervisar y

fiscalizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico socio-laboral, toda vez que tal infracción ha quedado evidenciada judicialmente, de lo contrario los empleadores no solo continuarán con estas malas prácticas de encubrir los hechos con conductas fraudulentas y así ahorrarse costos laborales, sino que buscarán nuevas y novedosas formas de evadir la aplicación de la norma que realmente corresponde al trabajador, utilizando normas de cobertura, que pretenden esconder la realidad.

Los resultados obtenidos al tabular la información de las Fichas Protocolo de Recolección de Datos, se corroboran con las respuestas dadas por los magistrados de la especialidad laboral del Distrito Judicial de Piura, quienes al contestar la cuarta pregunta dos magistrados señalaron que aplicaron el principio de primacía de la realidad entre el 26% -50%, tres magistrados señalaron que lo aplicaron entre 51% - 75%, y un magistrado afirmó que la aplicación fue entre el 76% - 100%.

Hipótesis específica 2:

Un alto porcentaje de conflictos jurídicos se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período, por el efecto expansivo de este principio en el campo del derecho laboral.

Los resultados de la tabla N° 5, y figuras 5, 6, 7 y 8 demuestran que más de la tercera parte del total de conflictos laborales resueltos en la Sala Laboral Permanente de Piura, se resolvieron con aplicación del principio de primacía de la realidad, hecho corroborado con las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad del Distrito Judicial de Piura (cuarta pregunta), lo que constituye un porcentaje alto, y que nos lleva a aceptar la hipótesis.

3.1.3 Porcentaje de conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura, que corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014.

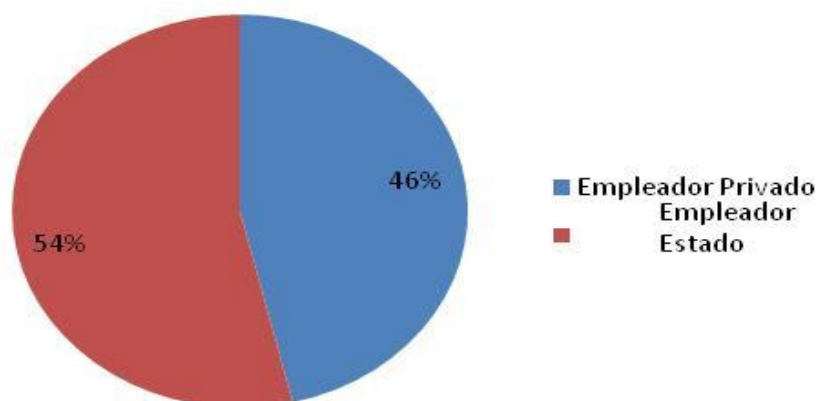
Tabla No. 6

PORCENTAJE ANUAL Y GLOBAL DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA 2012-2014 ENTRE EMPLEADOR PRIVADO Y ESTADO

Año	Empleador Privado		Empleador Estado		Total	
	Cant.	%	Cant.	%	Cant.	%
2012	56	46%	65	54%	121	100%
2013	44	35%	82	65%	126	100%
2014	34	32%	73	68%	107	100%
Total	134	38%	220	62%	354	100%

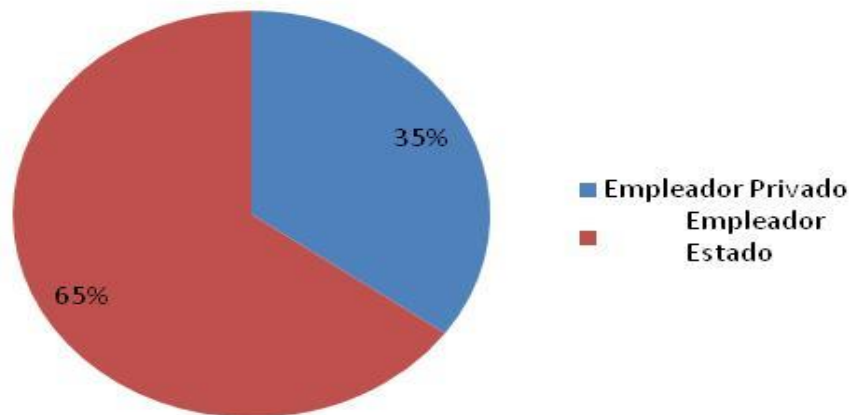
Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

Figura No. 9: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA AÑO 2012 - ENTRE EMPLEADOR PRIVADO Y ESTADO



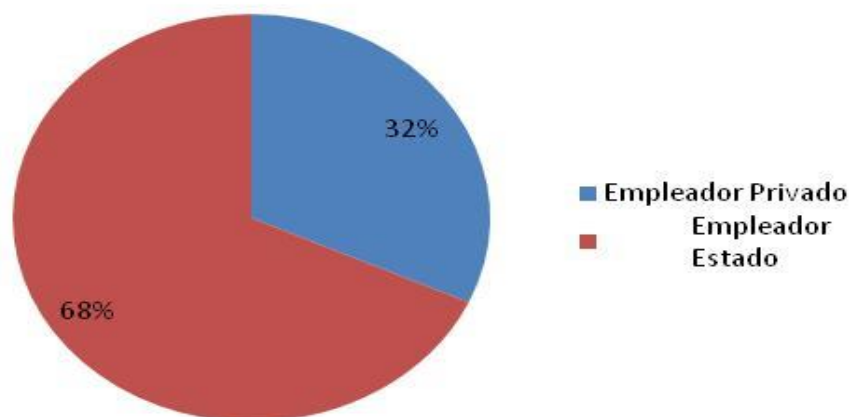
Fuente: Elaborada por la autora

Figura No. 10: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA AÑO 2013 - ENTRE EMPLEADOR PRIVADO Y ESTADO



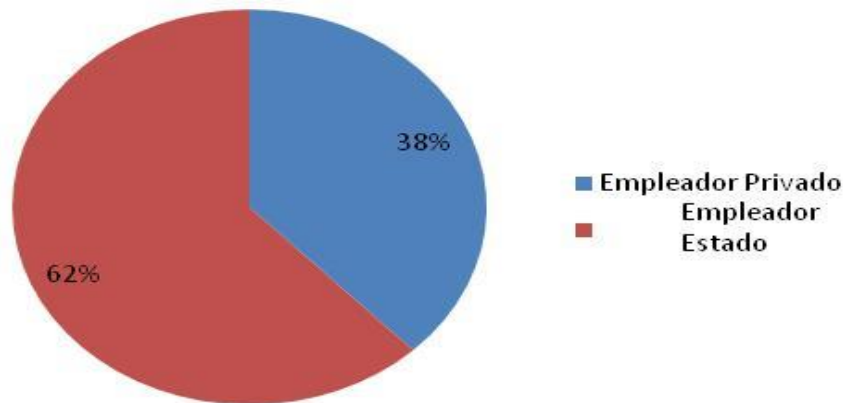
Fuente: Elaborada por la autora

Figura No. 11: PORCENTAJE DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA AÑO 2014 - ENTRE EMPLEADOR PRIVADO Y ESTADO



Fuente: Elaborada por la autora

**Figura No. 12: PORCENTAJE DE APLICACIÓN
DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD
EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA 2012-
2014 - ENTRE EMPLEADOR PRIVADO Y ESTADO**



Fuente: Elaborada por la autora

**ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL DISTRITO
JUDICIAL DE PIURA**

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 06: ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué? Sí () No ()
1	No. Porque el ingreso de los servidores públicos por mandato legal es mediante concurso público en plaza vacante y presupuestada.
2	No. El ingreso de los servidores públicos por mandato legal es mediante concurso público en plaza vacante y presupuestada
3	No. No lo contradice, Huatuco es solo para casos de reposición y asignación de plaza que forme parte de una carrera administrativa.
4	Sí. Dicho precedente no se opone tajantemente a tal principio; sugiere más bien que se sopesa con otros en el caso concreto, como son los de la carrera administrativa, de equilibrio presupuestario, etc.
5	Sí. No contradice dicho precedente por cuanto toda norma (D. Leg. 728, 276, 1057) debe interpretarse desde la Constitución por ende aún dentro de un contrato de trabajo los remedios frente a un despido son distintos.
6	Sí. No creo que este principio contradiga lo resuelto por el precedente Huatuco, más bien el Estado debe ser responsable en la contratación de sus trabajadores y cuando se trate de ingresar a la carrera administrativa se debe aplicar la meritocracia.

Análisis:

Año 2012: Los resultados que se muestran en la tabla No. 6 y figura No. 9 dan cuenta que del 100% de los conflictos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de Piura en el año 2012 corresponden 46% a empleadores privados y el 54% a empleadores estatales (se incluye la actividad empresarial del Estado).

Año 2013: Los resultados que se muestran en la tabla No. 6 y figura No. 10 dan cuenta que del 100% de los conflictos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de Piura en el año 2013 corresponden 35% a empleadores privados y el 65% a empleadores estatales (se incluye la actividad empresarial del Estado).

Año 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 6 y figura No. 11 dan cuenta que del 100% de los conflictos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de Piura en el año 2014 corresponden 32% a empleadores privados y el 68% a empleadores estatales (se incluye la actividad empresarial del Estado).

En forma global del período 2012 - 2014: Los resultados que se muestran en la tabla No. 6 y figura No. 12 dan cuenta que del 100% de los conflictos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de Piura en el período del 2012 al 2014 corresponden 38% a empleadores privados y el 62% a empleadores estatales (se incluye la actividad empresarial del Estado).

Las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura muestran que en su mayoría consideran que aplicar el principio de primacía de la realidad no se opone al precedente Huatuco contenido en la STC No. 05057-2013-PA/TC, conforme fluye de la respuesta a la pregunta número 06.

Interpretación:

El estudio demuestra que entre los años 2012 al 2014 del 100% de conflictos que la Sala Laboral Permanente de Piura resolvió aplicando el principio de primacía de la realidad ante las conductas fraudulentas del empleador, corresponden en más de un 60% a la actuación del Estado como empleador, ilustrando así que el principal empleador que incumple la normatividad laboral es el propio Estado, utilizando conductas reñidas con las normas laborales, siendo que sus funcionarios o personal encargado de las contrataciones del personal, han hecho una práctica constante de encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, o bien contratar personal a plazo determinado cuando el puesto era uno de naturaleza permanente.

Ahora bien, si bien es cierto el Art. 5 de la Ley Marco del Empleo Público No. 28175 señala que el acceso al empleo público es mediante concurso público y abierto en base a los méritos y capacidad, también es cierto que el Estado no efectúa convocatorias periódicas para cubrir plazas vacantes presupuestadas y de naturaleza indeterminada, además en las leyes de presupuesto se prohíben nuevas contrataciones de personal, lo que llevó a que las instituciones públicas contraten personal a través de contratos de locación de servicios de naturaleza civil, también denominados contratos no personales ó SNP, ¿como si fuera posible que pudiera existir prestación del servicio que no sea personal?, buscando de esa manera que tal contratación no reúna uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo como es la prestación personal del servicio, es decir que es prestada solo por el contratado y no por una tercera persona; sin advertir que pese a la denominación dada, en los juicios laborales el trabajador prueba no solo el mencionado requisito esencial de la prestación personal del servicio, sino y principalmente el elemento subordinación que es el elemento diferenciador entre un contrato de naturaleza laboral y otro civil.

La información estadística que se ha elaborado en el presente trabajo de investigación está referida al período 2012 – 2014; sin embargo, con fecha 16 de abril del 2015 el Tribunal Constitucional emitió la famosa sentencia STC No. 05057-2013-PA/TC más conocida como Huatuco, haciendo alusión a los apellidos de la trabajadora demandante Rosalía Huatuco Huatoco, quien interpuso acción de amparo para su empleador el Poder Judicial la reponga a un puesto de trabajo a plazo

indeterminado, siendo que ella fue contratada a través de contratos modales invocando su desnaturalización señalando que carecía de causa objetiva que lo justifique. Dicha sentencia, que constituye precedente vinculante, el Tribunal Constitucional precisa que los Arts. 4 y 77 del D. Leg 728 cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR, deben ser interpretados en el sentido de: “15. (...) *que el ingreso de nuevo personal o la ‘reincorporación’ por mandato judicial, con una relación de naturaleza indeterminada, en una entidad del Estado, para ocupar una plaza comprendida dentro del PAP o CAP, o del instrumento interno de gestión que haga sus veces, podrá efectuarse siempre que previamente la persona haya ganado un concurso público de méritos para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada. (...)*”¹⁴², con la finalidad de interpretarlo sistemáticamente con el mencionado Art. 5 de la Ley Marco del Empleo Público No. 28175, y proteger así la carrera administrativa como bien jurídico constitucional. Y ello es así por cuanto las relaciones laborales que se establecen entre *trabajador – Estado* y *trabajador – Privado*, tienen una dinámica distinta, la primera tiene como finalidad otorgar a los ciudadanos servicios de calidad, mientras que en la segunda la finalidad es obtener una ganancia, puesto que las empresas privadas tienen como objeto social la generación de utilidades, buscando la mejor rentabilidad, y en ese sentido las normas que regulan las relaciones laborales del sector privado no requieren por ejemplo que el acceso sea por concurso público de méritos, como sí se requiere cuando las relaciones laborales se dan en el sector público, toda vez que tanto los que brindan el servicio como quienes lo reciben actúan como ciudadanos frente al Estado, y todos deben tener las mismas oportunidades para acceder a una plaza de la carrera administrativa, que se encuentra debidamente estructurada, con posibilidades de ascenso, por tanto en la relación *trabajador – Estado*, el ingreso y ascenso en la carrera administrativa es sólo por concurso público de méritos en igualdad de oportunidades, resultando necesario señalar que lo dispuesto por el mencionado precedente vinculante, no hubiera sido necesario si no fuera porque el mismo Estado desde hace algunos años atrás trastocó las normas que regulan las relaciones laborales según su propia naturaleza, así el D. Leg. 276 regulaba las relaciones del régimen laboral público, y el D. Leg. 728 regulaba las relaciones del régimen laboral privado; sin embargo, se dispuso que

¹⁴² <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/05057-2013-AA.pdf>

muchos trabajadores que laboran para el Estado *– el caso más emblemático resultan los trabajadores del Poder Judicial, empleador al que se refiere precisamente el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC* –, regulen sus relaciones bajo las normas del régimen laboral privado, que es un régimen laboral impropio para este tipo de trabajadores, dado que lo dispuesto por el D. Leg. 728 cuyo TUO fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR – Ley de Productividad y Competitividad Laboral, está enmarcado precisamente en regular las relaciones laborales del sector privado que busca mayor rentabilidad y obtención de ganancias, con una dinámica distinta a las relaciones laborales del sector público, por ello el Art. 4 del mencionado D. Leg. 728 determina la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado cuando concurren los elementos esenciales como son la prestación personal, la remuneración y la subordinación, sin exigencia de concurso público de méritos, generándose una situación *siu generis*, que también se refleja en otros aspectos como la aplicación de la facultad sancionadora del empleador, puesto que a estos trabajadores públicos, cuyas relaciones laborales, en forma impropia se regulan bajo el régimen laboral privado, cuando requieren ser sancionados se les instaura un procedimiento administrativo sancionador que concluye con la emisión de una resolución administrativa de sanción o absolución, lo que no está contemplado en el ya mencionado D. Leg. 728. Por tal razón, el Tribunal Constitucional ha requerido la emisión de un precedente vinculante STC No. 05057-2013-PAT/C para dar una interpretación jurisprudencial a los Arts. 4 y 77 del mencionado D. Leg. 728 cuyo TUO fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR, que concilie la normatividad del régimen laboral privado con la del régimen laboral público, en esté régimen laboral *híbrido* que no es puramente privado ni público, situación que espera ordenarse cuando el trabajador del sector público quede incorporado a los alcances de la Ley del Servicio Civil No. 30057 publicada en el Peruano el 13 de julio del 2013.

Si bien es cierto, el mencionado precedente vinculante limita la aplicación del principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales cuando el empleador es el Estado, para efectos de proceder a una reposición bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado, el propio Tribunal Constitucional en la STC No. 06681-2013-PA/TC del 23 de junio del 2105, ha aclarado que la regla que contiene el mencionado precedente solo es de aplicación cuando concurren los siguientes presupuestos: “13.

(...): (a) El caso debe referirse a la **desnaturalización de un contrato**, que puede atarse de uno **temporal** (a.1) o de **naturaleza civil** (a.2), a través del cual supuestamente se encubrió una relación laboral de carácter permanente. b) Debe pedirse la **reposición** en una plaza que forma parte de la **carrera administrativa** (b.1), que, por ende, a aquella a la cual corresponde acceder a través de un **concurso público de méritos** (b.2), y que además se encuentre **vacante** (b.3) y **presupuestada** (b.4).(…)”¹⁴³ (el remarcado es de origen), esta sentencia ha permitido entender que solo resulta improcedente ordenar reposición cuando se trate de desnaturalización de un contrato temporal o civil, y se solicite reposición en una plaza que forme parte de la carrera administrativa.

No obstante ello, queda la preocupación por parte de los operadores jurídicos sobre cómo aplicar el principio de primacía de la realidad en conflictos laborales donde el empleador es el Estado, después de la emisión de la STC No. 05057-2013-PA/TC y la STC No. 06681-2013-PA/TC, ya que como ha quedado demostrado en el trabajo de investigación más del 60% de conflictos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad por conductas fraudulentas del empleador, corresponden a la actuación del Estado, principal incumplidor de normas laborales, resultando necesario citar la Casación No. 11169-2014-La Libertad publicada en El Peruano el 30 de diciembre del 2015, y que fue expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, que en su considerando décimo sexto da lineamientos para la aplicación del precedente vinculante No. 05057-2013-PA/TC en el sentido que “(...) cuando la discusión esté centrada en la declaración de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado por desnaturalización de contratos temporales o civiles de un trabajador con **vínculo laboral vigente**, considera que será procedente que el órgano jurisdiccional ampare la demanda si verifica el fraude en la contratación laboral, declarando la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado sin que esta decisión conceda al trabajador el derecho a la estabilidad laboral absoluta; conclusión que de forma alguna infringiría el artículo 5 de la Ley No. 28175, Ley Marco del Empleo Público, ni el precedente vinculante expedido el

¹⁴³ <http://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/06681-2013-AA.pdf>

Tribunal Constitucional en el Expediente No. 05057-2013-PA/TC.”¹⁴⁴, lo que permite considerar que el principio de primacía de la realidad debe continuar aplicándose para determinar la naturaleza real de la contratación, con la finalidad de reconocer y ordenar el pago de los beneficios sociales que le corresponden al trabajador y que por mandato del Art. 26 numeral 2 de nuestra Constitución Política del Estado son de carácter irrenunciables, limitándose únicamente en cuanto a la estabilidad laboral absoluta la cual para el sector público se adquiere únicamente luego de ganar un concurso público de méritos para una plaza vacante y presupuestada de la carrera pública, por lo que de no cumplir el trabajador con tal requisito su pedido de reposición sería improcedente.

El estudio está efectuado teniendo como objeto de análisis sentencias expedidas por la Sala Laboral Permanente de Piura del 2012 – 2014, que resolvieron conflictos de relaciones laborales reguladas por el D. Leg. 728 cuyo TUO fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR que regula el régimen laboral privado, por lo que, en principio, el empleador Estado no debería aparecer en nuestra estadística, salvo cuando corresponde a la actividad empresarial del Estado, pero como ya se ha señalado el propio Estado ha dispuesto que trabajadores del sector público regulen sus relaciones bajo normas del régimen laboral privado, que le es impropio. Ahora bien, así las cosas los resultados ilustran que el empleador Estado es quien más recurre a conductas fraudulentas para evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, cuando se supone que en un Estado de Derecho debe ser éste quien proteja a los ciudadanos en el reconocimiento de sus derechos, y lo cierto es, que dichas conductas son puestas al descubierto con la aplicación del principio de primacía de la realidad, por lo que debe continuar aplicándose para el reconocimiento de los derechos laborales conculcados de los trabajadores del Estado del régimen laboral privado, pero que como ya sea dicho no tendrá como consecuencia la reposición por carecer de estabilidad laboral absoluta.

¹⁴⁴ Poder Judicial del Perú - Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo:
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_Inicio/

Hipótesis específica 3:

Un alto porcentaje de conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura, corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014, por lo que es necesario aplicar este principio en las relaciones laborales de trabajadores con el Estado.

Los resultados de la tabla N° 6, y figuras 9, 10, 11 y 12 demuestran que más del 60%, es decir más de la mitad de los conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura, corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014, lo que constituye un porcentaje alto, que demuestra la necesidad de aplicar este principio en las relaciones laborales de trabajadores con el Estado, hecho que se corrobora con las respuestas dadas por los magistrados de la especialidad laboral de Piura a la pregunta número 06 de las entrevistas efectuadas, y que nos lleva a aceptar la hipótesis.

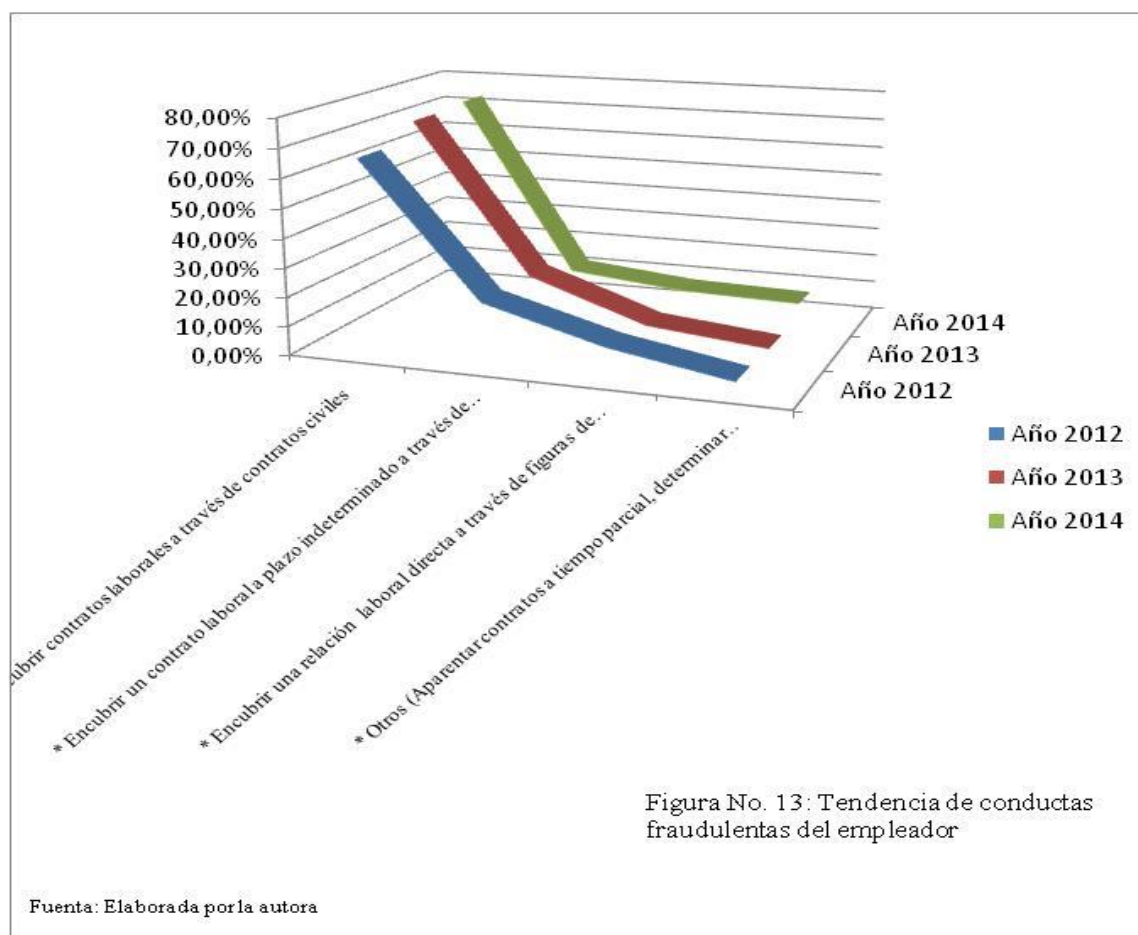
3.1.4 Conveniencia sobre regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.

Tabla No. 7

**TENDENCIA DE CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR PRIVADO O ESTATAL
(RÉGIMEN LABORAL PRIVADO D. LEG. 728) DE LOS AÑOS 2012 - 2014**

Conductas fraudulentas del empleador	Año 2012	Año 2013	Año 2014
* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles	66,00%	72,00%	73,00%
* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva	21,00%	20,00%	12,00%
* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización	10,00%	6,00%	8,00%
* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal).	3,00%	2,00%	7,00%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos



**ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL
DISTRITO JUDICIAL DE PIURA**

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 02: ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué? Si () No ()
1	No. Siguen siendo las mismas aunque son utilizados por diversos empleadores.
2	No. Las conductas fraudulentas siguen siendo las mismas, aunque son utilizados por diversos empleadores, incluso recién constituidos.
3	Sí. Porque el empresario privado ve al trabajador como un costo y siempre verá nuevas formas de evadir la legislación laboral.
4	Sí. La informalidad, la idiosincrasia, el deseo de tener mayores ganancias y la actitud de incumplimiento de las normas por parte de los empleadores originan esas conductas fraudulentas.
5	Sí. Porque el empleador busca reducir costos laborales y siempre trata de incumplir las leyes.
6	Sí. Porque el reconocer una relación laboral genera consecuencias jurídicas como el reconocimiento de derechos laborales, estabilidad laboral que afectan el aspecto económico de la empresa. Asimismo, conlleva a limitar sus decisiones que ya no deben ser arbitrarias.

Análisis:

Los resultados que se muestran en la tabla No. 7 y en la figura No. 13, referidos a la tendencia de las conductas fraudulentas del empleador privado o estatal del régimen laboral del D. Leg. 728, dan cuenta que la conducta detallada como “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*” en el año 2012 fue del 66% del total de conductas fraudulentas detectadas, en el año 2013 subió al 72% y en el año 2014 llegó al 73%. La conducta detallada como “*Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva*” en el año 2012 fue del 21%, en el año 2013 bajó al 20%, y en el año 2014 bajó al 12%. La conducta detallada como “*Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización*” en el año 2012 fue del 10%, en el año 2013 bajó al 6%, y en el año 2014 volvió a subir a 8%. La conducta “*Otros (Aparentar contrato a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal)*”, que engloba nuevas conductas fraudulentas, en el año 2012 fue del 3%, en el año 2013 bajó al 2% y en el año 2014 subió al 7%.

Las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura al responder la pregunta 02, referida a si considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, dos de los magistrados entrevistados señalaron que se

siguen utilizando las mismas conductas fraudulentas, mientras que cuatro de los magistrados entrevistados señalaron que el empleador encontrará nuevas conductas fraudulentas para evadir el cumplimiento de la normatividad laboral aplicable.

Interpretación:

El estudio demuestra que entre los años 2012 al 2014 existe una tendencia de incremento de la conducta “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*”, que de un 66% en el año 2012, pasó a un 73% en el año 2014, igual sucede con el rubro “*Otros*” que corresponde a nuevas conductas fraudulentas como aparentar contratos a tiempo parcial, determinar la vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal, que de un 3% en el año 2012, pasó a un 7% en el año 2014, lo que demuestra que a pesar de que los jueces al resolver conflictos laborales aplican el principio de primacía de la realidad, y reconocen la verdad real sobre la verdad formal, frustrando el objetivo de los empleadores de evadir el pago de los beneficios laborales que corresponde a sus trabajadores, aparentando figuras jurídicas que no se corresponden con la realidad, los empleadores continúan efectuando contrataciones civiles cuando en realidad se trata de una contratación de naturaleza laboral, que es la conducta fraudulenta más conocida, y por otro lado van ensayando nuevas formas ingeniosas de burlar la aplicación de la normatividad laboral que corresponde al caso, lo que permite afirmar que no es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, pues ello limitaría su aplicación, ya que en la realidad se pueden dar un sin número de supuestos de conductas fraudulentas del empleador, lo que ocurre también en otros países como en Chile donde el principio de primacía de la realidad no se encuentra reproducido en la legislación, lo que resulta positivo según lo señalan Miguel Ángel Bravo Arraigada y José Miguel Rosas Chuaqui en su tesis denominada “*Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*”¹⁴⁵, presentada para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el año 2006.

¹⁴⁵ BRAVO ARRIAGADA Miguel Ángel, y ROSAS CHUAQUI José Miguel, tesis *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*, para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en el año 2006, Conclusiones.

El Tribunal Constitucional Peruano desde hace ya muchos años atrás viene aplicando este principio de primacía de la realidad sin regirse a ningún parámetro o supuesto de hecho específico, sino que simplemente desenmascara la realidad sobre el engaño y la formalidad aparente, señalando que se trata de un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico peruano y que nace de la naturaleza tuitiva del derecho laboral, sustentándose en los Arts. 22 y 23 de nuestra Constitución, como en la STC No. 00991-2000-AA/TC del 21 de diciembre del 2000 (hace casi 17 años atrás), donde consignó “(...) 3.- (...). *El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de realización de la persona (Art. 22) y, además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (Art. 23). (...)*”¹⁴⁶, lo que ha repetido en sentencias como STC No. 2387-2002-AA/TC del 29 de enero del 2003, STC No. 01944-2002-AA/TC del 28 de enero del 2003, STC No. 00689-2003-AA/TC del 23 de abril del 2003, STC No. 01990-2003-AA/TC del 25 de setiembre del 2003, STC No. 03710-2005-AA/TC del 31 de enero del 2006, STC No. 05272-2007-AA/TC del 25 de noviembre del 2008, 02970-2008-AA/TC del 10 de diciembre del 2008, STC No. 0006-2007-AA/TC del 31 de agosto del 2009, STC No. 01321-2008-AA/TC del 03 de setiembre del 2009, STC No. 01388-2011-AA/TC del 03 de junio del 2011, STC No. 03146-2012-AA/TC del 22 de octubre del 2012, 00385-2012-AA/TC del 4 de abril del 2013, criterio que también mantiene nuestra Corte Suprema de la República que en diversas casaciones laborales ha aplicado este principio como la Casación No. 1509-2003-Lima, 1739-2003-Puno, 2017-2014-Cusco, 476-2005-Lima, 2298-2004-Lima, 014-2006-Lima, 2009-2006-Ucayali, donde reconoce que es un elemento implícito y no está expresamente consignado en nuestro ordenamiento jurídico nacional, así en la Casación No. 2017-2004-Cusco, la Corte Suprema señaló: “(...) *El principio de primacía de la realidad o de veracidad que se constituye en un elemento implícito en nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22); y además*

como un objeto de atención prioritaria del Estado (artículo 23) delimita que el juez en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos o de acuerdos debe darle preferencia a lo primero, esto es a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, (...). ”¹⁴⁷, refuerza esta posición el Pleno Jurisdiccional Laboral Nacional del año 2000¹⁴⁸ realizado en la ciudad de Tarapoto el 07 de julio del año 2000, donde la magistratura nacional acordó que si el Juez Laboral constata la existencia de un contrato de trabajo a pesar de haber celebrado un contrato civil se debe aplicar el principio de primacía de la realidad, y de irrenunciabilidad, en el fondo una conducta fraudulenta típica del empleador peruano, poniendo de conocimiento de las instituciones tal hecho respecto de la administración y/o fiscalización de aportes sociales para que actúen conforme a sus atribuciones, pronunciamientos de la magistratura que resulta coherente con la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo OIT del año 2006¹⁴⁹, que en el numeral 1 dispone que los Estados miembros deben formular y aplicar una política nacional que garantice una protección efectiva a los trabajadores, en el numeral 4 literal b) señala que dicha política debe incluir, medidas tendientes a luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, formas contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, y en el numeral 9 consigna expresamente: “(...) 9.- A los fines de la política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo, la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes. (...)”.

En ese sentido, siendo el principio de primacía de la realidad un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico laboral, como lo señala nuestro Tribunal Constitucional y nuestra Corte Suprema de la República, no requiere ser consignado

¹⁴⁷ ÁVALOS JARA Oxal Víctor, *Precedentes de Observancia Obligatoria en Materia Laboral de la Corte Suprema*, Primera Edición, Lima – Perú, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008, p. 13.

¹⁴⁸ PLENOS JURISDICCIONALES LABORALES - Página web del Poder Judicial del Perú. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/260eb00043eb77ff9317d34684c6236a/Acuerdo_Pleno_Laboral+2000_220408.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=260eb00043eb77ff9317d34684c6236a

¹⁴⁹ Organización Internacional del Trabajo – OIT. <http://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetabajonum198.pdf>

expresamente en las normas laborales nacionales, para su aplicación por parte de los operadores del derecho y la fiscalización administrativa de trabajo a cargo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL, por el contrario regularlo expresamente y precisar los supuestos de hecho en que se puede aplicar, limitaría su efectividad, toda vez que su función como principio general del derecho laboral, es orientadora, tal y como lo señala el maestro Américo Plá Rodríguez, quien citando a Alonso García, en su obra *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, señala que los principios generales del derecho laboral son *“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”*¹⁵⁰, además se adecuaba a los tiempos, pues como lo señala Américo Plá Rodríguez en la mencionada obra¹⁵¹, en rigor cuando De la Cueva acuñó la expresión *“contrato-realidad”* para referirse al contrato de trabajo_ *que sustenta el principio de primacía de la realidad* _, no lo hizo con el significado que actualmente se utiliza, fue para establecer diferencia entre el contrato civil y el laboral, ya que en el primero solo se requiere acuerdo de voluntades y en el segundo sí se requiere su ejecución, expresión que al igual que el principio de primacía de la realidad, ha tenido un efecto expansivo en el campo del derecho laboral, aplicándose a diversos y nuevos supuestos de hecho. La tendencia a incrementar nuevas conductas fraudulentas del empleador, conducen a la inconveniencia de su regulación expresa, pues así abarca una serie indefinida de situaciones, este principio es más que una norma expresa en materia laboral, pues inspira la interpretación de éstas, no se agota con supuestos legales, como bien lo señala el maestro uruguayo, quien refiriéndose a los elementos que integran la noción de principios generales del derecho laboral afirma: *“(...) a) Son enunciados básicos que contemplan, abarcan, comprenden una serie indefinida de situaciones. Un principio es algo más general que una norma porque sirve para inspirarla, para entenderla, para suplirla. Y cumple esa misión respecto de un número indeterminado de normas. El proceso lógico para obtener un principio consiste en inducir una solución más general de la comparación de disposiciones particulares concordantes, a fin de aplicar el principio así obtenido a cualquier hipótesis no*

¹⁵⁰ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 13 y ss.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 313.

*alcanzada por ninguna previsión legal.(...)”*¹⁵². Eso es así, por cuanto el derecho está íntimamente ligado a la dinámica social, una muestra de ello, es lo que Américo Plá en su obra “*Los Principios del Derecho del Trabajo*”, antes citada, señala que desde el punto de vista del derecho laboral se pensó en un inicio que era mejor proteger al trabajador prohibiendo el trabajo de por vida, porque significaba una especie de esclavitud, pero luego se entendió que el hombre contemporáneo necesita seguridad en su futuro laboral, así surgió la regla general de un contrato a plazo indeterminado y como excepción a plazo fijo. Más aún si partimos de los Arts. 22 y 23 de nuestra Constitución Política del Estado en los que el Tribunal Constitucional sustenta el principio de primacía de la realidad como elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico, los mismos que señalan: “*Artículo 22.- Protección y fomento del empleo.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Artículo 23.- El Estado y el Trabajo.- El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.*”¹⁵³, que según el neoconstitucionalismo a decir de Eduardo Hernando Nieto en su artículo “*Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿Son realmente proyectos convergentes?*” (publicado por Gaceta Jurídica en el libro denominado “*Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*”), convierten a la Constitución del Estado Constitucional de Derecho: “*(...) en un espacio en el cual convergen una serie de valores, directrices, y de principios de raíz liberal y democrática que son empleados para resolver los más importantes casos de Derecho, y que, por lo tanto, se adhieren nítidamente a la ahora famosa tesis de la vinculación necesaria entre Derecho y la moral.(...)”*¹⁵⁴.

¹⁵² *Ibídem*, p. 15

¹⁵³ SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA – SPIJ, Ministerio de Justicia del Perú http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

¹⁵⁴ HERNANDO NIETO Eduardo, artículo *Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?* publicado en el libro: *Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica, 2009, p. 185 y ss.

Entonces no regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, atiende también a la necesidad de mantenerlo como un elemento implícito de nuestra Constitución Laboral, específicamente sustentada en los Arts. 22 y 23 de la Carta Magna, cuyos fundamentos irradian hacia el resto de normas laborales de menor jerarquía sin limitación alguna, debiendo constituir su límite natural otro principio muy utilizado en materia laboral, como es el principio de razonabilidad que busca alcanzar el ideal de justicia, por ello el maestro Américo Plá Rodríguez en su obra *“Los Principios del Derecho del Trabajo”*, refiriéndose al principio de razonabilidad señala: *“(…) En el dinamismo propio de las prácticas comerciales e industriales y en la variedad inmensa de situaciones en que el trabajo de una persona se coloca al servicio de otras mediante el pago de una retribución, hay infinidad de situaciones equívocas, confusas, limítrofes. Son las famosas zonas grises de que se ha hablado tantas veces, que requieren un detenido análisis para poder determinar si se trata de una auténtica relación laboral o no, y sobre todo, para poder distinguirla autenticidad de la ficción. (…)”*¹⁵⁵.

La aplicación irrestricta del principio de primacía de la realidad resulta necesaria en el Estado Constitucional de Derecho, por ello Luis Prieto Sanchez en su artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, sobre *“Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial”*, ha señalado el predominio de los principios sobre las reglas, la ponderación sobre la subsunción y la presencia activa del juez sobre el legislador: *“(…) más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario (…)”*¹⁵⁶.

¹⁵⁵ PLÁ RODRÍGUEZ Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998, p. 374.

¹⁵⁶ PRIETO SANCHÍS Luis, *Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*, artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 5, 2001, p. 121.

Hipótesis específica 4:

No es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.

Los resultados de la tabla N° 7, y figura No. 13 demuestran que los empleadores no solo continúan manteniendo las conductas fraudulentas conocidas como encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, sino que buscan nuevas conductas fraudulentas para evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales, razón por la cual no resulta conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, lo que se corrobora con las respuestas dadas por los magistrados a la pregunta 02 en las entrevistas efectuadas, dos de los cuales dijeron que las conductas fraudulentas del empleador son las mismas, y cuatro de ellos dijeron que el empleador con la finalidad de reducir sus costos continuará buscando nuevas conductas fraudulentas, lo que nos lleva a aceptar la hipótesis.

3.1.5 Relación entre las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014.

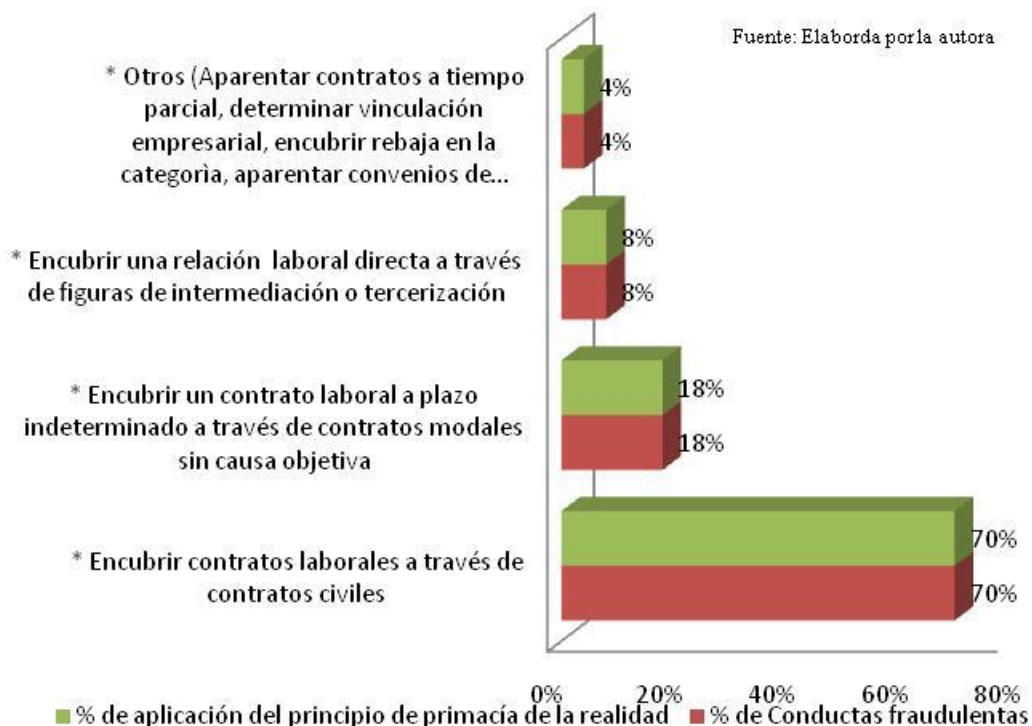
Tabla No. 8

RELACIÓN ENTRE CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR Y APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD AL RESOLVER CONFLICTOS LABORALES EN LA SALA LABORAL PERMANENTE DE PIURA EN LOS AÑOS 2012 - 2014

Conductas fraudulentas del empleador	Años 2012 - 2014		Porcentaje de aplicación del Principio de primacía de la realidad
	Cant.	%	
* Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles	248	70%	70%
* Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva	63	18%	18%
* Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización	28	8%	8%
* Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal).	15	4%	4%
Total	354	100%	100%

Fuente: Elaborada por la autora, con las Fichas de Protocolo de Recolección de Datos

Figura No. 14: Relación entre las conductas fraudulentas del empleador y aplicación del principio de primacía de la realidad años 2012 - 2014



ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PIURA

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 03: ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del año 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?
1	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de irrenunciabilidad, (3) Principio de razonabilidad, (4) Principio de continuidad
2	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de irrenunciabilidad, (3) Principio de razonabilidad, (4) Principio de continuidad
3	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de irrenunciabilidad, (3) Principio de continuidad, (4) Principio de razonabilidad
4	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de continuidad, (3) Principio de irrenunciabilidad, (4) Principio de razonabilidad
5	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de irrenunciabilidad, (3) Principio de continuidad, (4) Principio de razonabilidad
6	(1) Principio de primacía de la realidad, (2) Principio de continuidad, (2) Principio de irrenunciabilidad, (4) Principio de razonabilidad

ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DEL DISTRITO JUDICIAL DE PIURA

No. de Entrevista	PREGUNTA No. 07: ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué? Sí () No ()
1	Sí. Porque la aplicación del principio de primacía de la realidad evita que las conductas fraudulentas produzcan efectos jurídicos.
2	Sí. Porque la aplicación del principio de primacía de la realidad va a evitar que la conducta fraudulenta produzca efectos jurídicos.
3	Sí. Porque el empleador utiliza las instituciones legales para contratar personal con menos costos y por medio del principio de primacía de la realidad se verificaría los hechos sobre los documentos o formas legales utilizadas.
4	Sí. Porque ese principio constituye una solución, un freno, un mecanismo protector del trabajador frente a dichas conductas del empleador. En suma, un modo también de frenar la informalidad que a veces impera en nuestra sociedad.
5	Sí. Porque dicho principio permite descubrir lo que ocurre en la vis al margen de la denominación, o de los actos solemnes que las partes hayan realizado justamente por dicho principio se descubre el fraude que puede existir.
6	Sí. El principio de primacía de la realidad pone en evidencia las conductas fraudulentas del empleador. Con este principio se da preferencia a lo que realmente ocurre en la práctica, se busca la verdad real de los hechos ocurridos y no la verdad desde el punto de vista del empleador.

Análisis:

Los resultados que se muestran en la tabla No. 8 y en la figura No. 14, referidos a la relación que existe entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos laborales en la Sala Laboral Permanente de Piura en los años 2012 – 2014 dan cuenta que del total de conductas fraudulentas evidenciadas en el estudio, el 70% corresponde a la conducta “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*” y todos estos casos judiciales

fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, que corresponde al 70% de aplicación del principio, por otro lado el 18% corresponde a la conducta *“Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva”* y todos estos casos judiciales fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, que corresponde al 18% de aplicación del principio, de igual forma el 8% corresponde a la conducta *“Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización”* y todos estos casos judiciales fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, que corresponde al 8% de aplicación del principio, y finalmente el 4% corresponde a las otras conductas descritas como *“Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal”* y todos estos casos judiciales fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, que corresponde al 4% de aplicación del principio.

Las entrevistas efectuadas a magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura, no hacen más que corroborar los resultados obtenidos, ya que al contestar la pregunta número 3, todos los magistrados contestaron que el principio que utilizan en primer lugar, para resolver conflictos laborales que evidencien conductas fraudulentas del empleador es el principio de primacía de la realidad, y al responder la pregunta número 7 unánimemente señalan que existe una relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad.

Interpretación:

Los resultados del estudio ilustran la relación directa que existe entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad, es decir existe una perfecta correlación entre ambas variables, es decir todos los conflictos laborales que contenían conductas fraudulentas del empleador y que fueron conocidas por la Sala Laboral Permanente de Piura se resolvieron con la aplicación del principio de primacía de la realidad, aún en supuestos nuevos, constituyendo así este principio una herramienta eficaz para desenmascarar situaciones que aparentemente, o formalmente reflejan una figura legal, que en el

fondo oculta otra que reconoce mayores derechos, puesto que ya no solo se utilizan figuras de una rama distinta del derecho como las de de naturaleza civil (locación de servicios), sino que utilizan otras figuras del mismo derecho laboral pero que concede menores derechos como los contratos modales que encubren un contrato a plazo indeterminado, contratos parciales que encubren un contrato de trabajo a jornada completa, despido por causa justa cuando en realidad estamos ante un despido nulo.

Resulta necesario precisar que la importancia del principio de primacía de la realidad radica no solamente en su efectividad para desentrañar la verdad oculta ante conductas fraudulentas del empleador, sino que al develarse la norma defraudada, ésta es aplicada sin necesidad de que el trabajador inicie otro proceso judicial de nulidad de acto jurídico para que se declare judicialmente tal acto, al haberse celebrado en contra de las leyes que interesan al orden público o las buenas costumbres, por aplicación del Art. V del Título Preliminar del Código Civil. Es el propio Juez laboral quien en el mismo proceso judicial declara la invalidez del acto jurídico amparado en la ley de cobertura, por la naturaleza tuitiva del derecho del trabajo, que se inspira en la búsqueda de la igualdad entre las partes de la relación laboral, una igualdad sustantiva y real entre trabajador y empleador, por eso Javier Arévalo Vela en su libro *“Tratado del Derecho Laboral”*, señala: “(*...*). Por aplicación del principio protector se deja de lado la igualdad entre las partes, propio de los contratos civiles o mercantiles, para considerar al trabajador en clara desventaja económica y social frente a su empleador, motivo por el cual la ley debe acudir en su ayuda a través de una desigualdad jurídica, que le permita de alguna manera equilibrar las desigualdades provenientes de la realidad.*(...)”*¹⁵⁷.

Anibal Torres Vásquez en su obra *“Acto Jurídico”* refiriéndose al fraude a la ley señala: “(*...*) La nulidad del acto en fraude a la ley no necesita de especial justificación por el ordenamiento jurídico. Este no puede permanecer indiferente ante el fraude, aunque el nuestro no contiene un artículo que lo declare explícitamente. En todo caso, lo dispuesto por el Art. V del título preliminar del

¹⁵⁷ AREVALO VELA, Javier, *Tratado de Derecho Laboral*, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016, p. 87.

C.C. ('Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres'), puede servir de apoyo textual para declarar la nulidad de un acto realizado en fraude a la ley. (...)''¹⁵⁸.

La relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad se corrobora con las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad laboral del Distrito Judicial de Piura, quienes al contestar las preguntas número 03 y 07 de la entrevistas señalaron que el principio de primacía de la realidad lo aplican en primer lugar cuando tienen que resolver conflictos referidos a conductas fraudulentas del empleador, y manifiestan que con su experiencia en la magistratura, su percepción es que existe una relación directa entre ambas variables: conductas fraudulentas del empleador y principio de primacía de la realidad.

Hipótesis general:

Las conductas fraudulentas del empleador se relacionan directamente con la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, por el efecto expansivo que este principio tiene en el campo laboral.

Los resultados de la tabla N° 8, y figura 14 demuestran que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, hecho que se corrobora con las respuestas a las preguntas 03 y 07 de las entrevistas efectuadas a los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura, por el efecto expansivo que este principio tiene en el campo laboral, lo que nos lleva a aceptar la hipótesis general.

¹⁵⁸ TORRES VÁSQUEZ Anibal, *Acto Jurídico*, Primera Edición, Lima – Perú, IDEMSA, 2001, p. 574.

3.2. Discusión.-

Los resultados obtenidos aceptan la hipótesis general de que las conductas fraudulentas del empleador se relacionan directamente con la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, por el efecto expansivo que este principio tiene en el campo laboral, lo cual ha quedado evidenciado en la tabla No. 08 y figura No. 14, ya que la totalidad de procesos judiciales en los que se han probado las conductas fraudulentas del empleador, la Sala Laboral Permanente de Piura ha resuelto aplicando el principio de primacía de la realidad, existiendo coincidencia en cuanto a la variable independiente y la variable dependiente, en otras palabras, en tanto y en cuanto varía el porcentaje de determinada conducta fraudulenta, en esa misma medida varía la aplicación del principio de primacía de la realidad, lo que a permite proteger derechos laborales que tienen el carácter de irrenunciable de conformidad con el Art. 26 numeral 2 de nuestra Constitución Política del Estado, por eso Álvaro García Manrique en su libro *“Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? – Un enfoque teórico-jurisprudencial”*, refiriéndose al principio de primacía de la realidad señala: *“(…) Es de orden público que el trabajador acceda a todos los beneficios que las leyes laborales le asignan, no pudiendo dejar de percibirlos aún cuando ello obedezca a una decisión propia del trabajador, tanto menos de un acto del empleador. (...)”*¹⁵⁹.

Si bien el principio de primacía de la realidad se ha constituido en una herramienta indispensable de uso judicial y administrativo para llegar a la verdad real, lo cierto es que su aplicación no desanima a los empleadores de incurrir en este tipo de conductas que, no solo están al margen de la ley, sino que tiene un componente más que es el propósito de engañar y ocultar la verdad de los hechos, demostrándose que resulta necesario establecer consecuencias más drásticas cuando se verifiquen judicialmente este tipo de conductas, pues como lo muestra la tabla No. 04 y figura No. 04, los empleadores van ensayando nuevas conductas fraudulentas, es decir ya no las conductas clásicas del empleador peruano que hace suscribir contratos civiles cuando en realidad son laborales, o suscribir con sus trabajadores contratos modales

¹⁵⁹ GARCÍA MANRIQUE Álvaro, *¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010, p. 84.

cuando su naturaleza es permanente, o aparentar relaciones con empresas intermediadoras o tercerizadoras encubriendo verdaderas relaciones laborales directas, sino que recurre a otros supuestos como aparentar contratos a tiempo parcial cuando la jornada es completa, aparentar convenios de prácticas cuando lo que se ha establecido es un contrato de trabajo, la concurrencia de varias razones sociales (empleadores) que actúan como un solo empleador, queriendo aparentar formalmente la última para evadir la responsabilidad de pago por todo el período, encubrir despidos nulos con despidos legales, imputando faltas graves que no pueden probar en juicio, siendo que por el contrario se acredita la verdadera intención de terminar unilateralmente con la relación laboral de un trabajador que reclama el cumplimiento de obligaciones laborales, lo que se conoce como despido represalia, situación que conlleva a aceptar la hipótesis específica 1.

Es importante, referir que la tabla No. 05 y la figura No. 08, dan cuenta que del total de conflictos jurídicos resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 – 2014 de trabajadores del régimen laboral privado regulados por el D. Leg. 728 (cuyo TUO fue aprobado por el D.S. No. 003-97-TR), un porcentaje que supera la tercera parte fueron resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad ante la acreditación de conductas fraudulentas del empleador, lo que refiere un alto porcentaje, que resulta preocupante, más aún si de todos estos casos en que se aplicó el principio de primacía de la realidad, un 62% se trata del empleador Estado, como lo demuestra la tabla No. 06 y la figura No. 12, ilustrando de esa manera que es el propio Estado, cuando actúa como empleador, quien incumple la normatividad laboral, para evitar el pago de acreencias laborales, resultados que permiten aceptar las hipótesis específicas 2 y 3.

Es por tal razón que el principio de primacía de la realidad debe continuar aplicándose en las relaciones laborales donde el empleador es el Estado y el régimen laboral de sus trabajadores es el régimen laboral privado del D. Leg. 728, que como ya se ha señalado es impropio para este tipo de trabajadores (generándose un régimen laboral *híbrido*), esto con la finalidad de reconocer la existencia de un verdadero contrato de trabajo, con el consecuente pago de los beneficios sociales que corresponden, más no para efectos de reposición del trabajador, que requiere de un

concurso público de méritos en plaza vacante y presupuestada, de esa manera no se contraviene el precedente vinculante expedido por el Tribunal Constitucional contenido en la STC No. 05057-2013-PA/TC.

El estudio realizado ha permitido verificar la tendencia de las conductas fraudulentas del empleador, tanto privado como estatal, en el sentido que los empleadores continúan incurriendo en la misma conducta fraudulenta típica como son encubrir contratos laborales a través de contratos civiles, lo que va en aumento, igual sucede con el incremento de nuevas conductas fraudulentas, tal y como se puede apreciar de la tabla No. 07 y figura No. 13, situación que indefectiblemente conlleva a concluir en que no es conveniente regular expresamente en nuestra normativa laboral el principio de primacía de la realidad, ya que eso limitaría su aplicación a ciertos supuestos consignados en la norma, cuando la realidad ofrece un número infinito de supuestos de hecho que pueden darse, debiendo conservar su característica de elemento implícito en nuestro ordenamiento laboral peruano que, como lo señala el Tribunal Constitucional Peruano, nace de la propia naturaleza tuitiva del derecho laboral, sustentada en los Arts. 22 y 23 de nuestra Carta Magna, con una función más bien inspiradora para interpretar correctamente la legislación infraconstitucional, ante dinámica que producen los cambios sociales, por eso este principio tiene una vocación expansiva en supuestos de hecho y una característica de elasticidad en su aplicación, lo que determina aceptar la hipótesis específica 4.

Las mediciones cuantitativas del presente estudio expresadas en tablas y figuras han permitido aceptar la hipótesis general y las 4 hipótesis específicas, hecho que ha sido corroborado con las opiniones vertidas por los magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura en las entrevistas efectuadas.

CONCLUSIONES

1. Las conductas fraudulentas que determinaron la aplicación del principio de primacía de la realidad en procesos judiciales resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 al 2014 (régimen laboral privado), según la tabla No. 4 y figura No. 4 fueron: 70%: “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*”, 18%: “*Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva*”, 8% “*Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización*”, y 4% corresponde a la otras conductas menos reiterativas como “*Otros (Aparentar contratos a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal)*”, aceptándose la hipótesis específica 1.
2. En el estudio realizado se verifica que los empleadores han utilizado fraudulentamente como leyes de cobertura el Código Civil (Arts. 1764 y ss), Ley de Intermediación Laboral No. 27626, Ley de Tercerización Laboral No. 29245, Ley de Modalidades Formativas Laborales No. 28518, e incluso también normas laborales que otorgan menos beneficios a los trabajadores como la contratación modal regulada en el D. Leg. 728, y el contrato a tiempo parcial regulado en el D.S. No. 001-96-TR.
3. El porcentaje de conflictos laborales resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura aplicando el principio de primacía de la realidad ante conductas fraudulentas de los empleadores entre los años 2012 – 2014, representó un 34% frente al 100% de procesos laborales resueltos (régimen laboral privado) en ese período, como se aprecia de la tabla No. 5 y figura No. 8, aceptándose la hipótesis específica 2.
4. Los resultados obtenidos determinan que más de la tercera parte de la carga procesal de la Sala Laboral Permanente de Piura entre los años 2012 – 2014 ha sido resuelta aplicando el principio de primacía de la realidad, por el efecto expansivo de este principio en el campo del derecho laboral, incluso sobre la aplicación de otros principios laborales como el de continuidad.
5. El Estado como empleador es el que incurre en el mayor porcentaje de conductas fraudulentas para evadir el pago de sus obligaciones laborales, registrándose en la tabla No. 6 y figura No. 12, que del 100% de conflictos resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura en el período 2012 - 2014, con aplicación de principio de

primacía de la realidad por haberse acreditado judicialmente conductas fraudulentas, el 62% corresponde al Estado (incluye actividad empresarial del Estado), frente a un 38% respecto de empleadores privados, aceptándose la hipótesis específica 3.

6. El alto porcentaje de aplicación del principio de primacía de la realidad por incurrir el Estado en conductas fraudulentas para evadir el pago de obligaciones de sus trabajadores, determina que se debe continuar aplicando el principio de primacía de la realidad en las relaciones *trabajador – Estado*, reguladas por el régimen laboral privado, para velar por el cumplimiento de otro principio laboral como es el de irrenunciabilidad de derechos laborales, excepto para efectos de reposición de conformidad con el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional No. 05057-2013-PA/TC, STC No. 06681-2013-PA/TC, y Casación Laboral No. 11169-2014-La Libertad, que busca conciliar las exigencias del acceso al empleo público propio del régimen laboral público, a servidores públicos a los que en forma impropia regula sus relaciones laborales bajo el régimen privado.
7. No resulta conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, puesto que la tendencia de las conductas fraudulentas del empleador privado o estatal del régimen laboral del D. Leg. 728 típicas del empleador peruano como “*Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles*”, han ido en aumento del año 2012 al 2014, pasando del 66% al 73%, de igual manera las nuevas conductas detectadas como “*Otros (Aparentar contrato a tiempo parcial, determinar vinculación empresarial, encubrir rebaja en la categoría, aparentar convenios de prácticas, encubrir despido nulo con un despido legal)*”, aumentó del año 2012 al 2014, pasando del 3% al 7%, según aparece en la tabla No. 7 y la figura No. 13, lo que determina que el empleador peruano busca nuevas conductas para frustrar la aplicación de la norma defraudada, aceptándose la hipótesis específica 4.
8. El límite natural en la aplicación del principio de primacía de la realidad es otro principio, el de razonabilidad, por tanto no se requiere de una regulación expresa del principio de primacía de la realidad en la legislación peruana, pues limitaría su aplicación, dado que los cambios sociales, la dinámica laboral, y la flexibilización laboral, entre otros factores permiten un número ilimitado de supuestos de fraude a la ley laboral, y el empleador siempre encontraría en esa regulación expresa, supuestos cerrados que le permitan conseguir el objetivo de no cumplir con sus obligaciones laborales, siendo la vocación del principio de primacía de la realidad en nuestro país el

de continuar siendo un elemento implícito de nuestro ordenamiento jurídico, orientador e inspirador de normas laborales, por la naturaleza tuitiva del derecho laboral.

9. El estudio demuestra, a través de la tabla No. 8 y la figura No. 14, la totalidad de conductas fraudulentas del empleador acreditadas judicialmente en procesos laborales resueltos por la Sala Laboral Permanente de Piura en los años 2012 al 2014, han sido resueltos aplicando el principio de primacía de la realidad, existiendo una relación directa, pues a más y nuevas conductas fraudulentas del empleador más aplicación del principio de primacía de la realidad, constituyendo este principio un arma eficaz para hacer prevalecer otro principio laboral como la irrenunciabilidad de derechos, aceptándose la hipótesis general.
10. Los resultados del estudio, señalan que pese a la efectividad del principio de primacía de la realidad por su efecto expansivo en el derecho laboral abarcando todo tipo de supuestos de hecho incluso los más ingeniosos, su aplicación no ha frenado las conductas fraudulentas de los empleadores, quienes no han retrocedido pues continúan con las mismas conductas, e incluso ensayan nuevas, lo que requiere la implementación de mecanismos de prevención que desalienten este tipo de conductas.
11. El trabajo de investigación permite concluir en que para los empleadores resulta rentable incurrir en conductas fraudulentas y evadir el cumplimiento de sus obligaciones laborales ya que la sentencia judicial ordena el pago de acreencias, efectuándose la propuesta de *lege ferenda* en la Ley Procesal del Trabajo No. 29497, en el sentido que el Juez Laboral obligatoriamente remita copias a la autoridad administrativa de trabajo a cargo de la SUNAFIL Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral para la imposición de sanciones pecuniarias por incumplimientos socio-laborales acreditados judicialmente.
12. El estudio permite concluir, en que se requiere de información sistematizada por cada región o departamento del país, atendiendo a su propia realidad, que describa en base a datos reales, cuáles son las conductas fraudulentas más conocidas a nivel judicial, a fin de que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL con dicha información, implemente un sistema más efectivo de supervisión sobre el cumplimiento de la normatividad socio laboral, a través de convenios con otras instituciones como el Poder Judicial, lo que conllevaría a disminuir la alta carga procesal laboral que existe actualmente.

RECOMENDACIONES

Los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, permiten recomendar al Poder Judicial lo siguiente:

1. Con la finalidad de disminuir la actual carga procesal en materia laboral que afronta el Poder Judicial en todos los Distritos Judiciales del País, resulta necesario establecer convenios con instituciones encargadas de prevenir el incumplimiento de normas socio-laborales como la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL para que tome conocimiento de las conductas fraudulentas del empleador más recurrentes, así como las novedosas, que se hayan acreditado en procesos judiciales, a fin de que con dicha información se implemente un efectivo sistema de fiscalización y supervisión.
2. Aprovechar la base de datos tan rica en información, con la que cuenta el Poder Judicial en su Sistema Integrado, para mejorarla sustancialmente, incluyéndose datos adicionales con fines estadísticos, que permitan sistematizar y graficar porcentajes, tendencias, etc., ya que los datos que se ingresan actualmente son muy genéricos, que no permiten discriminar por materias, tópicos específicos, demandados, sentidos de resoluciones, etc., incluso los nombres de los demandantes, demandados, materias, y otros, son ingresados literalmente, cuando en el caso de demandantes debe ser el Documento Nacional de Identidad - RUC, para evitar confusiones por apellidos mal escritos, y en el caso de personas jurídicas el Registro Único de Contribuyente – RUC, información que serviría no solo al Poder Judicial como institución del Estado para la toma correcta de decisiones, sino para compartirla con otras instituciones, en busca de la ansiada paz social, realizando trabajos de investigación jurídica no solo en materia laboral sino en diversas disciplinas del derecho

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREVALO VELA Javier

Derecho del Trabajo Individual, Primera Edición, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Fundación Vicente Ugarte del Pino (FUP), 2012.

AREVALO VELA Javier

Tratado de Derecho Laboral, Primera Edición, Lima – Perú, Instituto Pacífico S.A.C., 2016.

ÁVALOS JARA Oxal Víctor

Precedentes de Observancia Obligatoria en Materia Laboral de la Corte Suprema, Primera Edición, Lima – Perú, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., 2008.

ÁVALOS JARA Oxal Víctor

Precedentes de Observancia Obligatoria y Vinculantes en Materia Laboral, Primera Edición, Lima – Perú, Jurista Editores E.I.R.L., 2010.

BENÍTEZ YAMBAY Milciades José

Tesis *Análisis comparado de los sistemas de contratación laboral temporal en España y Paraguay* para optar el grado de doctor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá en Alcalá de Henares - España, en el año 2012.

<https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=33228>

BRAVO ARRIAGADA Miguel Ángel, y ROSAS CHUAQUI José Miguel

Tesis *Análisis dogmático y jurisprudencial del principio de la primacía de la realidad en el Derecho del Trabajo*, para obtener el grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, en Santiago de Chile, en el año 2006.

<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107767>

CARHUATOCTO SANDOVAL Henry

El Fraude y la Simulación en la Contratación Laboral – Relaciones laborales ocultas y falsos empleadores, Primera Edición, Lima - Perú, Editora Grijley, 2010.

ERMIDA URIARTE Oscar

La recomendación 198 sobre la Relación de Trabajo y su Importancia para los Trabajadores, GTAS Grupo de trabajo autoreforma sindical.

<http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>

GARCÍA MANRIQUE Álvaro

¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial”, Primer Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010.

HERNÁNDEZ SAMPIERI Roberto, FERNÁNDEZ COLLADO Carlos, y BAPTISTA LUCIO Pilar

Metodología de la Investigación, Segunda Edición, Lima – Perú, Editorial McGraw-Hill, México D.F. – México, 1998.

HERNANDO NIETO Eduardo

Artículo *Neoconstitucionalismo y Teoría de la Argumentación Jurídica: ¿son realmente proyectos convergentes?* publicado en el libro *Pautas para Interpretar la Constitución y los Derechos Fundamentales*, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica, 2009.

HUERTA RODRÍGUEZ Hugo

El Carácter Persecutorio de los Créditos Laborales, Primera Edición, Lima – Perú, Editorial RODHAS, 2003.

NEVES MUJICA Javier

Introducción al Derecho del Trabajo, Segunda Edición, Lima – Perú, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO – OIT.

<http://www.ilo.org/legacy/spanish/inwork/cb-policy-guide/recomendacionsobrelarelaciondetraabajonum198.pdf>

PERÚ 21 del 14.02.2014

<https://peru21.pe/economia/inei-economia-peruana-crecio-5-02-2013-144958#rptoken=1520937409&forcesecure=1>

PLÁ RODRÍGUEZ Américo

Los Principios del Derecho del Trabajo, Tercera Edición, Buenos Aires – Argentina, Ediciones Depalma, 1998.

PLENOS JURISDICCIONALES LABORALES - Página web del Poder Judicial del Perú.

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/260eb00043eb77ff9317d34684c6236a/Acuuerdo_Pleno_Laboral+2000_220408.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=260eb00043eb77ff9317d34684c6236a

PODER JUDICIAL DEL PERÚ - Consulta de Expedientes Judiciales – Supremo:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/CorteSuprema/s_cortes_suprema_home/as_Inicio/

POSE Carlos

Fraude y simulación en el Derecho Laboral, Primera edición, Buenos Aires – Argentina, David Grinberg Libros Jurídicos, 2007.

PRIETO SANCHÍS Luis

Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial, artículo publicado en el Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid 5, 2001.

QUISPE CHÁVEZ Gustavo Francisco

La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad en el Derecho Laboral Peruano, artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales Año 3, Número 33, Setiembre 2010, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010.

RODRÍGUEZ GARCÍA Fernando, y QUISPE CHÁVEZ Gustavo,

La extinción del contrato de trabajo, causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2009.

RUIZ RIQUEIRO José Humberto

Luces y sombras de la aplicación del principio de primacía de la realidad en la jurisprudencia laboral peruana, Artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales No. 64 / Abril 2013, Gaceta Jurídica S.A., Lima – Perú, 2013.

SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA – SPIJ, Ministerio de Justicia del Perú.

http://spij.minjus.gob.pe/normativa_libre/login.asp

TORRES VÁSQUEZ Anibal

Acto Jurídico, Primera Edición, Lima – Perú, IDEMSA, 2001.

TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge

Instituciones del derecho laboral, Primera Edición, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2004.

TOYAMA MIYAGUSUKU Jorge, y NEYRA SALAZAR Carole

¿Cómo está aplicando el Ministerio de Trabajo la primacía de la realidad?, artículo publicado en la Revista Especializada Soluciones Laborales Año 3, Número 32, Agosto 2010, Lima – Perú, Gaceta Jurídica S.A., 2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Buscador de resoluciones.

<http://www.tc.gob.pe/tc/public/>

VILLAVICENCIO RIOS Afredo

“La intermediación laboral peruana: alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico”, en AA VV. Derecho Laboral General. Textos Seleccionados, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

ANEXOS

- Anexo 1: Ficha de Protocolo de Recolección de Datos
- Anexo 2: Ficha de Entrevista
- Anexo 3: Autorización de uso se Legajos Copiadores de Sentencias de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Piura
- Anexo 4: Entrevistas a magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura
- Anexo 5: Fotografías del levantamiento de información en Fichas Protocolo de Recolección de Datos
- Anexo 6: Fotografía de entrevistas a magistrados de la especialidad laboral de la Corte Superior de Justicia de Piura
- Anexo 7: Matriz de Consistencia



ANEXO 1

TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

“Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad”

FICHA PROTOCOLO DE RECOLECCIÓN DE DATOS

No. Ficha:

I.- DATOS GENERALES:

1.- No. Expediente	
2.- Demandante	
3.- Demandado	
4.- Tipo de empleador	Particular () Entidad Estatal ()
5.- Materia (*)	
6.- Fecha de sentencia	/ /
7.- Órgano emisor	Sala Laboral Permanente de Piura

(*) Solo se consideran sentencias en expedientes ordinarios laborales, de trabajadores regulados bajo el régimen laboral privado del D. Leg. 728 - TUO D.S. No. 003-97-TR.

II.- FALLO DE LA RESOLUCIÓN:

8.- Sentido del fallo de segunda instancia ya sea confirmando, revocando, nula	- Fundada /Fundada en parte () - Infundada / Improcedente () - Nula ()
9.- En caso la respuesta anterior sea Fundada /Fundada en parte	- ¿Se aplicó el principio de primacía de la realidad? Si (), No ()
10.- En caso la respuesta anterior sea afirmativa, marcar los supuestos propuestos	- Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles. () - Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva. () - Encubrir una relación laboral directa a través de figuras de intermediación o tercerización. () - Encubrir conceptos remunerativos bajo la denominación de conceptos no remunerativos. () - Encubrir un despido nulo o fraudulento a través de un despido legal. () - Aparentar nueva relación laboral, cuando no hay solución de continuidad. () Otro supuesto: () Especificar:.....



ANEXO 2

TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

“Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad”

ENTREVISTA

No. :

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

.....
.....
.....
.....

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No ()

.....
.....
.....

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad ()
- Principio de continuidad ()
- Principio de irrenunciabilidad ()

- Principio de razonabilidad ()

4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% () 26% - 50% () 51% - 75% () 76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No ()

.....
.....

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí () No ()

.....
.....

7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí () No ()

.....
.....

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación:


Sí () No ()

Firma del entrevistado

Firma del entrevistador

ANEXO 3

AUTORIZACIÓN DE USO DE LEGAJOS COPIADORES DE SENTENCIAS DE LA PRESIDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA


PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA
PRESIDENCIA

"Año del Buen Servicio al Ciudadano"

Piura, 03 de julio del 2017

Oficio N° 3044-2017-P-CSJPI/PI.

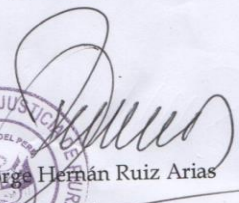

Señora doctora
CECILIA IZAGA RODRIGUEZ
Presidenta de la Sala Laboral Permanente de Piura
Ciudad.-

Ref.: Oficio s/n 2017-SEL-CIR
Correlativo N° 395827-17

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia para comunicarle que esta Presidencia ha AUTORIZADO el uso de los legajos de sentencias de procesos ordinarios laborales de la Sala Laboral Permanente de Piura para que extraiga la información estadística a fin de que sea incluida en su tesis doctoral.

Aprovecho la oportunidad para expresarle los sentimientos de especial consideración y estima personal.

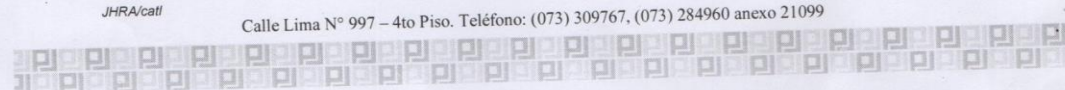
Atentamente,



Jorge Hernán Ruiz Arias
Presidente

06/07/2017

JHRA/call

Calle Lima N° 997 – 4to Piso. Teléfono: (073) 309767, (073) 284960 anexo 21099



ANEXO 4

ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA ESPECIALIDAD LABORAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : *001*

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	<i>Claudia Morán de Vicenzi Juez Superior Titular Sala Laboral Permanente</i>
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

Aparentar la existencia de un contrato de locación de servicios, suscribir contratos de comisión mercantil, crear la comisión de Faltas graves y la constitución de diversas empresas para que los trabajadores presten servicios.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No ☒

Siguen siendo las mismas, aunque son utilizadas por diversos empleadores.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad *(1)*
- Principio de continuidad *(4)*
- Principio de irrenunciabilidad *(2)*
- Principio de razonabilidad *(3)*



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% ()

26% - 50% ()

51% - 75% (X)

76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No (X)

Porque el porcentaje se mantiene constante

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí () No (X)

Porque el ingreso de los servidores públicos por mandato legal es mediante concurso público en plaza vacante y presupuestada.

7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

Porque la aplicación del principio de primacía de la realidad evita que las conductas fraudulentas produzcan efectos jurídicos.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()

Firma del entrevistado

Dra. Claudia Morán de Vicuña
Juez Superior
Sala Especializada Laboral de Pura

Firma del entrevistador



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : 002

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	Mahe del Sacramento Noraine Hediquay. JUEZ SUPERIOR PROVISIONAL SALA LABORAL PERTINENTE
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

Aparentar la existencia de un Centralo Civil (Local Civil Services); suscribir contratos de Comisión Mercantil; crear la Comisión de Faltas Gruesas y la Constitución de diversas empresas para que los trabajadores presten servicios.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No (X)

Las conductas fraudulentas siguen siendo los mismos, aunque son utilizados por diversos empleadores incluso personas constituidas.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad (1)
- Principio de continuidad (4)
- Principio de irrenunciabilidad (2)
- Principio de razonabilidad (3)



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?



0% - 25% () 26% - 50% () 51% - 75% (X) 76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí () No (X)

El porcentaje se mantiene constante.

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí () No (X)

El ingreso de los servidores públicos por mandato legal y mediante concurso público en plaza vacante y presupestada.

7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

porque la aplicación al principio de primacía de la realidad se evita que la conducta fraudulenta produzca efectos jurídicos.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()

Firma del entrevistado

María del Socorro Nizama Márquez
JUEZ SUPERIOR
Sala Laboral Permanente de Piura
Corte Superior de Justicia de Piura

Firma del entrevistador



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : 003

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	Pedro Rubén Salazar Zello Juez (T) de Trabajo en Piura
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

- En la contratación a plazo fijo
- En la tercerización e intermediación laboral
- En el cese del vínculo laboral
- En el registro del trabajo en sobretiempo.
- En la calificación de cargo de empresa.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (x) No ()

Porque el empresario pensano ve al trabajador como un costo y siempre vera nuevas formas de evadir la legislación laboral.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad (x)
- Principio de continuidad (3)
- Principio de irrenunciabilidad (2)
- Principio de razonabilidad (4)



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% () 26% - 50% (X) 51% - 75% () 76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Porque los empleadores aun ven a los trabajadores como un costo y por tanto continúan utilizando figuras jurídicas o fraudes a la ley para reducir costos laborales.

6.- Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí () No (X)

No lo contradice, porque solo para casos de reposición y asignación de plaza que forme parte de una carrera administrativa.

7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

Porque el empleador utiliza las instituciones legales para contratar personal con menos costo y por medio del principio de primacía de la realidad se verificará lo hechos sobre los documentos o formas legales utilizadas.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()

Firma del entrevistado

Pedro Rubén Chirra Tello
JUEZ TITULAR
Primer Juzgado Laboral de Piura
Corte Superior de Justicia de Piura

Firma del entrevistador



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : 007

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	Helder Cesario Luján Segura Juez del Primer Juzgado de Trabajo Transitorio de Piura.
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

1) Usar contratación modal, cuando debe ser indeterminado; 2) usar contratos de locación de servicios o CAS, cuando deben ser contratos de trabajo; 3) usar empresas tercerizadas o intermediadoras, cuando debe contratar directamente a sus trabajadores; 4) Simular fuerza de nuevo causales de despido cuando no corresponde tal.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí ☒ No ☐

La informalidad, la idiosincrasia, el deseo de tener mayores ganancias y la actitud de incumplimiento de las normas por parte de los empleadores originan esas conductas fraudulentas.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad (1)
- Principio de continuidad (2)
- Principio de irrenunciabilidad (3)
- Principio de razonabilidad (4)



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% () 26% - 50% () 51% - 75% (X) 76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Por un lado, el empleador encuentra más posibilidades de situaciones fraudulentas; por otro, cada vez más la ley procura contemplar supuestos para frenar el fraude.

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí (X) No ()

Dicho precedente no se opone tajantemente a tal principio; sugiere más bien que se sopesen con otros en el caso concreto, como son los de la carrera administrativa, de equilibrio presupuestario, etc.

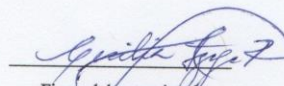
7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

Porque ese principio constituye una solución, un freno, un mecanismo protector del trabajador frente a dichas conductas del empleador. En suma, un modo también de frenar la inpermeabilidad que a veces impera en nuestra sociedad.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()


Firma del entrevistado
Helder C. Luján Segura
JUEZ PROVISIONAL
Primer Juzgado Transitorio Laboral de Piura
Tribunal Superior de Justicia de Piura


Firma del entrevistador



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : 005

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	Dr. A. Lalepi Saraguro Juez Provisional del 2do Juzgado Laboral transitorio de Pinar.
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

Encubrimiento de relación laboral a través de locación de Servicios. Encubrimiento de Contrato de trabajo a Plazo indeterminado a través de Contratos laborales a plazo fijo; Empleadores vinculados económicamente, pretenden aparentar ser sujetos laborales distintos; Encubrir un cargo ordinario o común a través de Contratos laborales de confianza.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Porque el empleador busca reducir costos laborales y siempre trata de incumplir las leyes.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad (1)
- Principio de continuidad (3)
- Principio de irrenunciabilidad (2)
- Principio de razonabilidad (4)



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacía de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% () 26% - 50% (X) 51% - 75% () 76% - 100% ()

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacía de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Debido a que están surgiendo nuevas modalidades de contratación a través de grupos económicos y empleando las nuevas tecnologías

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacía de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí (X) No ()

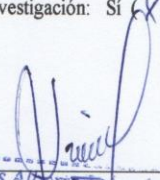
No. Contradice dicho precedente por cuanto toda norma (D° Ley 728 y 276, 1057) de interpretarse desde la Constitución por ende aún dentro de un contrato de trabajo los sueldos frente al despido son distintos.

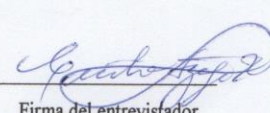
7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

porque dicho principio permite descubrir lo que ocurre en los hechos al margen de la denominación, o de los actos solemnes que las partes hayan realizado justamente por dicho principio se descubre el fraude que puede existir.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()


Luis Alberto Sernaquén
Firma del entrevistado
SEGUNDO JUZGADO TRANSITORIO LABORAL DE PIURA
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PIURA


Firma del entrevistador



TÍTULO DE TESIS DOCTORAL EN DERECHO:

"Las conductas fraudulentas del empleador y el efecto expansivo del principio de primacía de la realidad"

ENTREVISTA

No. : 000

I.- DATOS GENERALES:

Entrevistador	Mg. Cecilia Izaga Rodriguez
Nombre y cargo del magistrado entrevistado (Consignar el cargo que ejerce actualmente en la magistratura, precisando la materia, y distrito judicial)	Jacqueline Rosario Espinoza Ortiz Jueza Provisional del 4to Juzgado de Trabajo Tramitorio de Piura
Orientación	La entrevista ha sido aplicada en el año 2017, y versa sobre las conductas fraudulentas del empleador y su relación con el principio de primacía de la realidad, desde el punto de vista de la magistratura, en los últimos años (del 2012 en adelante, del régimen laboral privado)

II.- CONTENIDO DE LA ENTREVISTA:

1.- ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que haya evidenciado como magistrado (del año 2012 en adelante)?

- Contratación de servicios personales de un trabajador cuando en realidad es un contrato de Trabajo.
- Contratación Temporal pero los alcances del D. Ley 728 cuando el trabajador realiza labores de naturaleza permanente.
- Contratación continua de un trabajador por varias empresas que alegan por distintos cuando se trata de un grupo empresarial.

2.- ¿Considera que la tendencia es que las conductas fraudulentas del empleador aumenten, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Por que el reconocimiento una relación laboral genera consecuencias jurídicas como el reconocimiento de derechos laborales, estabilidad laboral que afectan el aspecto económico de la empresa. Asimismo, conlleva a limitar sus decisorios que ya no deben ser arbitrarios.

3.- ¿Qué principio laboral utiliza para resolver conflictos en los que se evidencien conductas fraudulentas del empleador (del años 2012 en adelante), donde 1 es el más usado y 4 es el menos usado?

- Principio de primacía de la realidad (1)
- Principio de continuidad (2)
- Principio de irrenunciabilidad (2)
- Principio de razonabilidad (4)



4.- Del total de conflictos laborales de régimen laboral privado que usted ha resuelto (del 2012 en adelante), ¿en qué porcentaje considera que ha aplicado el Principio de Primacia de la Realidad, aproximadamente?

0% - 25% () 26% - 50% () 51% - 75% () 76% - 100% (X)

5.- ¿Considera que la tendencia del uso del Principio de Primacia de la Realidad va en aumento, generándose nuevos supuestos de hecho, por qué?

Sí (X) No ()

Considero que impere el aspecto económico que genera recursos al empleador que existe un contrato de trabajo y los efectos jurídicos que ello implica, como recursos de hecho, laborales, estabilidad, además de limitados por poderes de actuación.

6.- ¿Según su opinión especializada, el Principio de Primacia de la Realidad debe continuar aplicándose para declarar la existencia de un contrato de trabajo, cuando el empleador es el Estado, o su uso contradice el precedente vinculante STC No. 05057-2013-PA/TC, por qué?

Sí (X) No ()

NO creo que este principio contradiga lo resuelto por el precedente Jurisprudencial, más bien el Estado debe ser responsable en la contratación de sus trabajadores y cuando se trate de ingresar a la carrera administrativa se debe aplicar la meritocracia.

7.- ¿Luego de haber respondido las preguntas anteriores, cree Ud. que existe relación directa entre las conductas fraudulentas del empleador y la aplicación del Principio de Primacia de la Realidad, por qué?

Sí (X) No ()

El Principio de Primacia de la Realidad pone en evidencia los conductos fraudulentos del empleador. Con este principio se da preferencia a lo que realmente ocurre en la práctica, se busca la Verdad real de los hechos ocurridos y no la Verdad desde el punto de vista del empleador.

Autoriza el uso del contenido de su entrevista para fines estrictamente académicos y de investigación: Sí (X) No ()

Rosario Espinoza Orti
Firma del entrevistado
Rosario Espinoza Orti
JUEZ PROVISIONAL
Junto Juzgado de Trabajo Transitorio de Piura
Corte Superior de Justicia de Piura

Rosario Espinoza Orti
Firma del entrevistador

FOTOGRAFÍAS DEL LEVANTAMIENTO DE INFORMACIÓN EN FICHAS

PROTOCOLO DE RECOLECCIÓN DE DATOS



Levantamiento de información de los legajos copiadores de sentencias de la Sala Laboral Permanente de Piura 2012 - 2014



Se contó con el valioso apoyo de la secretaria de la Sala Laboral Permanente de Piura Srta. Martha Beatriz Luna Dioses del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura –

ANEXO 6

**FOTOGRAFÍAS DE ENTREVISTAS A MAGISTRADOS DE LA
ESPECIALIDAD LABORAL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
PIURA**





Juez de Trabajo de
Piura Pedro Rubén
Chira Tello



Juez de Trabajo de
Piura Helder Cesario
Luján Segura



Jueza de Trabajo de
Piura Jacqueline
Rosario Espinoza
Ortíz

ANEXO 7
MATRIZ DE CONSISTENCIA

PROBLEMA	OBJETIVO	HIPÓTESIS	VARIABLE	INDICADORES
<p>PREGUNTA GENERAL:</p> <p>¿De qué manera se relacionan las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL:</p> <p>Analizar de qué manera se relacionan las conductas fraudulentas del empleador con la aplicación del principio de primacía de la realidad en la solución de conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL:</p> <p>Las conductas fraudulentas del empleador se relacionan directamente con la aplicación del principio de primacía de la realidad al resolver conflictos jurídicos en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, por el efecto expansivo que este principio tiene en el campo laboral.</p>	<p>CONDUCTAS FRAUDULENTAS DEL EMPLEADOR (Variable independiente)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles. - Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva. - Encubrir una relación laboral directa través de figuras de intermediación o tercerización. - Aparentar contratos a tiempo parcial. - Determinar vinculación empresarial. - Encubrir rebaja en la categoría. - Aparentar convenios de prácticas. - Encubrir despido nulo con un despido legal.
<p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS:</p> <p>1. ¿Cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al</p>	<p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS:</p> <p>1. Identificar cuáles son las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICAS:</p> <p>1. Las conductas fraudulentas del empleador que se presentaron en conflictos jurídicos resueltos por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al</p>	<p>PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD (Variable dependiente)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Sentencias en que se aplica el principio de primacía de la realidad al resolver el conflicto jurídico entre los años 2012 -2014.

<p>2014?.</p> <p>2. ¿Cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2104, frente al total de conflictos resueltos en ese período?.</p> <p>3. ¿Cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, entre empleador privado y el Estado en ese período?.</p> <p>4. ¿Es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana?.</p>	<p>en los años 2012 al 2014.</p> <p>2. Establecer cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2104, frente al total de conflictos resueltos en ese período.</p> <p>3. Establecer cuál es el porcentaje anual y global de aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, entre empleador privado y el Estado en ese período.</p> <p>4. Determinar si es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.</p>	<p>2014 fueron:</p> <p>Encubrir contratos laborales a través de contratos civiles.</p> <p>Encubrir un contrato laboral a plazo indeterminado a través de contratos modales sin causa objetiva.</p> <p>Encubrir una relación laboral directa través de figuras de intermediación o tercerización.</p> <p>Aparentar contratos a tiempo parcial.</p> <p>Determinar vinculación empresarial.</p> <p>Encubrir rebaja en la categoría.</p> <p>Aparentar convenios de prácticas.</p> <p>Encubrir despido nulo con un despido legal.</p> <p>2. Un alto porcentaje de conflictos jurídicos se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Piura en los años 2012 al 2014, frente al total de conflictos resueltos en ese período, por el efecto expansivo de este principio en el campo del derecho laboral.</p> <p>3. Un alto porcentaje de conflictos jurídicos por conductas fraudulentas del empleador que se resuelven por aplicación del principio de primacía de la realidad en la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de</p>		
--	---	--	--	--

		<p>Justicia de Piura, corresponden a la actuación del Estado como empleador en los años 2012 al 2014, por lo que es necesario aplicar este principio en las relaciones laborales de trabajadores con el Estado.</p> <p>4. No es conveniente regular expresamente el principio de primacía de la realidad en la legislación peruana.</p>		
--	--	---	--	--