



**FACULTAD DE DERECHO  
UNIDAD DE POSGRADO**

**USO INDEBIDO DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE  
SERVICIOS PARA DESVIRTUAR UN CONTRATO  
LABORAL**

**PRESENTADO POR  
SANDRA ESTHER MOSTO OQUENDO**

**ASESOR  
MARIA LUISA GABRIELA VALDIVIA BOCANEGRA**

**TESIS  
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRA EN DERECHO CON  
MENCION EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**LIMA – PERÚ  
2023**



**CC BY-NC-ND**

**Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada**

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



## **UNIDAD DE POSGRADO**

# **USO INDEBIDO DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS PARA DESVIRTUAR UN CONTRATO LABORAL**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRA EN DERECHO  
CON MENCIÓN EN DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**

**Presentada por:**

**SANDRA ESTHER MOSTO OQUENDO**

**Asesor:**

**DRA. MARIA LUISA GABRIELA VALDIVIA BOCANEGRA**

**LIMA-PERU**

**2023**

## **Dedicatoria**

A Dios, a mi padre Jorge Carlos Mosto Romero, a mi madre Delia Victoria Oquendo Chávez, a mi esposo César Arrascue Sánchez, a mis hijas Mariafé y Luana Arrascue Mosto, a mi hermano Jorge Jesús Mosto Oquendo, mi sobrino Santino Mosto García, mi hijo político Fabián Arrascue Alarcón, a mis suegros Herber Arrascue Guevara, Susana Sánchez Flores, a mi familia los Mosto Oquendo, quienes son la razón de mi vida y el motor que impulsa a cumplir mis objetivos.

“Guerrero de Dios una estrella brillante con mucho amor para ti y que estoy segura dibujará una tierna y orgullosa sonrisa en tu rostro que podré sentir desde la eternidad”.

## **Agradecimientos**

A Dios, al Dr. Manuel Iván Miranda Alcántara, por haberme guiado en este camino a la sustentación de la tesis de Maestría, Dios lo colme de bendiciones junto a toda su familia. Asimismo, agradezco al Dr. Oswaldo Caballero Vildoso por haberme aconsejado a concluir este trabajo y a Juan Carlos Escajadillo Ríos y Belén Coveñas Rodríguez por todo el apoyo brindado.

## INDICE

Introducción.....	1
Marco Teórico .....	4
Antecedentes de la investigación.....	4
Bases teóricas.....	9
Contrato civil de locación de servicios.....	9
Orígenes .....	9
El Contrato civil de locación de servicios y su regulación en el Código Civil.....	11
El contrato de trabajo o contrato laboral.....	13
El contrato administrativo de servicios.....	17
Diferencia entre el contrato de locación de servicios, contrato de trabajo y el contrato administrativo de servicios... ..	18
Definición de términos básicos .....	20
Primacía de la realidad.....	20
Subordinación .....	21
Desnaturalización del contrato.....	21
Desnaturalización del contrato de locación de servicios .....	22

Desnaturalización del contrato laboral o de trabajo .....	23
Servicios no personales.....	25
Remuneración .....	26
Metodología de la Investigación.....	29
Diseño metodológico .....	29
Aspectos éticos .....	29
Resultados .....	31
Discusión .....	33
Consideraciones Generales.....	33
El Derecho al Trabajo como derecho constitucionalmente reconocido.....	34
El uso indebido de un contrato de locación de servicios para encubrir una relación laboral por parte del Estado.....	36
Casuística .....	39
Sentencia N° 1 .....	40
Sentencia N° 2 .....	62
Otras sentencias sobre desnaturalización de contrato.....	78
Los intentos legislativos por solucionar el problema presentado .....	82
Ley N° 24041.....	84

Decreto Legislativo 1057 - Que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios .....	87
Decreto Supremo N° 040-2014-PCM, Reglamento General de la Ley del Servicio Civil .....	88
Decreto de Urgencia N° 016-2020 - Que establece medidas en materia de los recursos humanos del Sector Público .....	90
Ley N° 31298 - Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada .....	90
Causas por las cuales las entidades del Estado celebran contratos de locación de servicios y no contratos de naturaleza laboral, encubriendo así una relación laboral .....	95
Conclusiones.....	98
Fuentes de la Información .....	100

## RESUMEN

La presente investigación demostrará el hecho que en el Estado se ha venido realizando un uso indebido del contrato de locación de servicios para encubrir contratos laborales.

En nuestra trayectoria profesional, hemos visto como se utiliza el citado contrato civil a efectos de realizar contrataciones para el desempeño de labores de naturaleza permanente cuando las personas deberían vincularse a las entidades bajo la figura de un contrato de trabajo por encontrarse dicha relación revestida de elementos esenciales de un contrato laboral sobre la base del principio de la primacía de la realidad.

Algunas de las razones por las cuales sucede ello, es el hecho de querer evadir por parte del Estado, las prohibiciones normativas de contratación de personal emanadas por las normas de presupuesto, disminuir costos laborales, la posibilidad de extinguir el vínculo contractual en corto tiempo o como medio en tanto el locador participa en una convocatoria pública.

Ellos, ha originado que los afectados interpongan acciones judiciales o administrativas demandando la desnaturalización del contrato civil con éxito.

Para demostrar lo señalado, iniciaremos el trabajo recordando los antecedentes, conceptos, elementos y características del contrato de locación de servicios y del contrato laboral, luego nos referiremos al contrato administrativo de servicios (CAS), analizaremos, y citaremos extrayendo las partes que consideramos de

utilidad para la demostración de nuestra tesis de sentencias judiciales para luego dar una mirada a algunas normas legales que han tratado de solucionar el problema sin éxito y realizaremos algunas conclusiones así como una alternativa de solución.

**Palabras claves:** contrato civil de locación de servicios, contrato de trabajo, contrato administrativo de servicios, subordinación, desnaturalización y principio de la primacía de la realidad.

## **ABSTRACT**

This investigation will demonstrate the fact that the State has been making improper use of the service lease contract to conceal labor contracts.

In our professional career, we have seen how the aforementioned civil contract is used for the purpose of contracting for the performance of tasks of a permanent nature when people should be linked to entities under the figure of an employment contract because said relationship is covered with elements essential aspects of an employment contract based on the principle of the primacy of reality.

Some of the reasons why this happens is the fact that the State wants to evade, the regulatory prohibitions on hiring personnel emanated by budget regulations, reducing labor costs, the possibility of extinguishing the contractual relationship in a short time or as a means while the lessor participates in a public call.

They have caused those affected to successfully file judicial or administrative actions demanding the distortion of the civil contract.

To demonstrate what has been said, we will start the work by recalling the background, concepts, elements and characteristics of the service lease contract and the labor contract, then we will refer to the administrative service contract (CAS), we will analyze, and we will quote extracting the parts that we consider to be of utility for the demonstration of our thesis of judicial sentences to then take a look at some legal norms that have tried to solve the problem without success and we will make some conclusions as well as an alternative solution.

**Keywords:** service location contract, employment contract, administrative service contract, subordination, distortion and primacy of reality.

NOMBRE DEL TRABAJO

USO INDEBIDO DEL CONTRATO DE LOCA  
CIÓN DE SERVICIOS PARA DESVIRTUAR  
UN CONTRATO LABORAL

AUTOR

SANDRA ESTHER MOSTO OQUENDO

RECUENTO DE PALABRAS

24051 Words

RECUENTO DE CARACTERES

132414 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

114 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

163.3KB

FECHA DE ENTREGA

May 26, 2023 9:45 PM GMT-5

FECHA DEL INFORME

May 26, 2023 9:47 PM GMT-5

### ● 7% de similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos

- 6% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 3% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

### ● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Fuentes excluidas manualmente
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



Dr. Nancy Guzmán Ruiz de Castilla  
RESPONSABLE DEL SOFTWARE ANTIPLAGIO - TURNITIN.



## INTRODUCCIÓN

En el Perú, se viene suscitando desde hace décadas atrás, una realidad problemática que debe ser resuelta por nuestro ordenamiento legal y es el hecho de que el mismo Estado, viene ejerciendo en uso abusivo o inadecuado del contrato civil de servicios no personales en la modalidad de locación de servicios a fin de ocultar o encubrir relaciones laborales.

Lo señalado, se ha evidenciado a lo largo de la experiencia profesional que tenemos en la administración pública, al haber encontrado, incluso hasta la actualidad, que en las diferentes entidades se han celebrado y se siguen celebrando contratos civiles (locación de servicios profesionales) para contratar a personal que en la práctica realizó, realiza o viene realizando labores que son permanentes propias de un contrato a plazo indeterminado siendo que dicha laboren realidad se encuentra revestida de los elementos o requisitos que le son propios a los contratos de naturaleza laboral; es decir: de la subordinación, se percibe una remuneración y la actividad se realiza *intuito personae*, que significa que ninguna otra persona además de ésta puede llevar a cabo la labor encomendada.

Para los efectos de la presente investigación hemos revisado diversas fuentes de información tales como libros, revistas electrónicas, blogs de internet, trabajos de investigación encontrados en repositorios electrónicos, sentencias judiciales extraídas del sistema de búsqueda electrónica del Poder Judicial y leyes, con lo cual demostraremos nuestra tesis que señala que es el mismo Estado el que transgrede la normativa legal emitida por éste, al celebrar contratos civiles que en la práctica son celebrados para encubrir un contrato laboral y por dichas

consideraciones es que finalmente la mayoría de las contrataciones de servicios no personales en la modalidad de locación (sobre todo la de servicios profesionales) resultan desnaturalizándose.

La presente investigación se ha realizado bajo el enfoque documental a través de la técnica de investigación cualitativa dado que para el desarrollo de la misma hemos utilizado la lectura de las fuentes de la información referidas anteriormente.

Respecto a la estructura del trabajo, tenemos que éste inicia con el Capítulo I en el que exponemos el marco teórico que contiene los antecedentes del presente trabajo, bases teóricas de la misma que alcanzan la conceptualización del contrato civil, sus orígenes, regulación en el Código Civil, el concepto del contrato laboral, el contrato administrativo de servicios (CAS) para luego definir lo que a nuestro criterio son los términos básicos tales como el principio laboral de la primacía de la realidad, el elemento de la subordinación, la desnaturalización del contrato civil así como la del contrato laboral, la remuneración, la diferencia entre el contrato de locación de servicios y el contrato laboral.

Luego, el Capítulo II será referido a la metodología del presente trabajo de investigación el cual comprende el diseño metodológico y los aspectos éticos. Seguidamente en el Capítulo III hablamos de los resultados que se han extraído de la misma.

En el Capítulo IV encontraremos la parte relacionada a la discusión que consideramos la columna vertebral del presente trabajo y comprende consideraciones generales del problema relacionado al incorrecto uso del contrato

de servicios no personales - locación de servicios por parte del Estado, los aspectos resaltantes del Derecho del Trabajo como derecho constitucionalmente reconocido, pasando luego a comentar alguna jurisprudencia y normas legales que han tratado de solucionar la problemática presentada sin resultado alguno hasta la fecha.

Finalmente, arribamos a algunas conclusiones para concluir con una alternativa de solución a la problemática presentada.

# CAPÍTULO I

## MARCO TEÓRICO

### 114.1 Antecedentes de la investigación

Consideramos que desde hace mucho tiempo la administración pública peruana, viene atravesando numerosos y serios problemas, que hacen que las mismas se vean retrasadas o imposibilitadas de cumplir sus metas y objetivos principales; esto es, la necesidad de brindar un adecuado servicio o bien al ciudadano en aras de satisfacer sus necesidades.

En efecto, entre los principales problemas encontrados, podemos enunciar los siguientes:

- 1) Designación o encargatura de gestores sin tener en cuenta los perfiles de los puestos ni la meritocracia.
- 2) Ingresar a laborar al servicio del Estado no por vocación de servicio, sino pensando qué beneficio obtener.
- 3) La ausencia de un sistema eficiente de planeamiento, pues todo se planifica de la misma manera que años anteriores sin tener en cuenta las experiencias aprendidas ni la visión estratégica.

4) La falta de actualización de los principales instrumentos de gestión en las entidades públicas.

5) La no articulación entre las diferentes entidades del Estado lo cual hace que las mismas se comporten a manera de compartimientos estancos, sin tener en cuenta que al final toda la gestión pública debe trabajar coordinadamente no sólo con planes, programas y políticas sectoriales, sino también con el presupuesto que se tiene para conseguir los objetivos trasados.

6) Falta de adecuada elaboración de estructuras orgánicas, organización y funciones de las entidades alineados a los servicios que se deben brindar a los ciudadanos.

7) La no modernización en algunas entidades del estado.

8) Falta de procesos adecuados de elaboración de servicios y bienes.

9) Inadecuada infraestructura realizar las labores.

10) Presencia de corrupción a todo nivel.

11) Líderes sin capacidades ni competencias.

12) Pérdida del valor de la función pública y del sentido patriótico.

13) Falta de empleo, entre otros.

Si realizamos un análisis profundo de los citados problemas, podemos concluir que todos ellos se relacionan directa o indirectamente y tienen su origen en las personas; es decir, el factor humano, por el hecho que, si en las entidades públicas se tuvieran gestores íntegros, competentes, con perfiles, formación y experiencia idóneas para el desempeño de los cargos, no encontraríamos o en todo caso sería escasa la casuística del uso indebido de la locación de servicios.

Lo señalado, lo indicamos dado que, la designación o encargatura de gestores sin tener en cuenta los perfiles de los puestos ni la meritocracia, origina que éstos debido o al desconocimiento o a sus propios intereses, no puedan desarrollar sus funciones siguiendo las normas, los procesos y demás aspectos que resultan necesarios para ello con la lógica consecuencia del incumplimiento de las metas, lo que se traduce en la ausencia de un bien o servicio adecuado para el ciudadano.

De igual manera, consideramos que el hecho de ingresar a la administración pública no por vocación de servicio sino pensando en qué beneficio obtener deriva en dejar de realizar las funciones requeridas para cada puesto y centrarse en los mecanismos que coadyuvan a conseguir provecho propio, lo que conlleva también a olvidarse que el usuario final del bien o del servicio de calidad es el ciudadano.

A su turno, la ausencia de una adecuada planificación y de instrumentos de gestión idóneos, la ausencia de coordinación en las entidades del sector público, ausencia de políticas sectoriales sólidas y sustentadas sobre la base del bien común, se debe al hecho que no contemos con gestores calificados en el Estado y las contrataciones de personal bajo cualquier modalidad se lleven a cabo sin considerar las necesidades de cada entidad pública.

Los citados problemas no son los únicos sino que a éstos podemos agregar uno que cuenta con una incidencia directa en la presente investigación y es el de la incapacidad de los gestores públicos para generar puestos de trabajo, lo que se ha venido agravando cada año con las restricciones presupuestales y las prohibiciones de ingreso de nuevo personal previstas en las diferentes normas presupuestarias del Estado, salvo algunas excepciones como lo son las contrataciones por reemplazo, suplencia y para el desempeño de cargos de confianza.

Este último problema indicado, es el que gatilla y se constituye en el principal responsable del hecho que sea la administración pública; es decir el mismo Estado, el que trasgrede la normativa legal, al celebrar indebidamente contrataciones civiles de servicios no personales específicamente los de locación de servicios para ocultar una contratación de carácter laboral, pues ante la imposibilidad de poder contratar personal a pesar de que exista la imperiosa necesidad de ello (como sucede en el sector salud y en ESSALUD por ejemplo), el camino por el cual han venido optando, es el de la contratación civil citada la cual disfrazaron de temporalidad para burlar la legalidad.

La tesis expuesta ha sido corroborada por nuestra parte no sólo a través de experiencias encontradas a lo largo de nuestra trayectoria laboral en el sector público sino también a través de las fuentes de información revisadas las cuales no han hecho más que evidenciar que las contrataciones por servicios no personales bajo la modalidad de locación profesional, se han venido desnaturalizando sobre la base del principio laboral de la primacía de la realidad, transformándose de esta forma en una contratación laboral, no sólo dictaminados como tal en sede administrativa sino también en sede judicial.

La situación problemática expuesta es de larga data pues desde hace varias décadas hasta la actualidad, sigue siendo ésta una práctica reiterada o generalizada en el Estado a pesar que a través de numerosos intentos los legisladores han querido erradicar al caer en la cuenta que dicha práctica constituye un evidente abuso al que se encuentran sujetos muchos los locadores de servicios quienes en algunos casos no realizan reclamo alguno para no perder la fuente de sus ingresos que les permite cubrir sus necesidades.

En efecto, al personal contratado en el estado por la modalidad civil citada, se les obliga a acudir a los centros de trabajos debiendo cumplir un horario establecido (jornada laboral) cuando bien es sabido que, los locadores no tienen la obligación de prestar el servicio en la misma entidad.

De igual manera, se le imparte directrices para el cumplimiento de su labor cuando en la contratación por prestación de servicios la persona contratada no se encuentra bajo dependencia de nadie (subordinación) y con respecto a las labores, hemos corroborado que las que realizan éstos son de naturaleza permanente cuando bien sabemos que en el contrato civil de locación las funciones no pueden ser de naturaleza permanente salvo las excepciones prevista en la norma legal.

Como es de verse, a pesar de la real necesidad de personal que tienen las entidades en la administración pública, las mismas no se encuentran posibilitadas de llevar a cabo concursos públicos de selección de personal debido a las limitaciones y prohibiciones dispuestas por los dispositivos que regulan el presupuesto público o para abaratar costos laborales o contratar a las personas en

tanto realizan la correspondiente convocatoria pública lo cual no va acorde a la legalidad; entre otros supuestos que se presentan.

Han sido muchos los intentos legislativos por solucionar el problema de las contrataciones civiles irregulares; sin embargo, éste aún no ha sido superado y más bien lo que se ha generado es un círculo vicioso el cual se inicia con la contratación de locadores que pasan a desempeñar funciones de naturaleza permanente, luego se emiten normas legales para prohibir dichas contrataciones las cuales a su vez establecen excepciones y luego, sobre la base de dichas excepciones, nuevamente se vuelve a contratar personal por servicios no personales y así sucesivamente.

## **114.2 Bases Teóricas**

Para un mejor entendimiento de lo que queremos demostrar a través del presente trabajo de investigación que es el hecho del uso indebido por parte del Estado de la figura civil del contrato de servicios no personales bajo la modalidad de locación para ocultar una verdadera relación de connotación laboral es necesario, primero recordar o conocer el concepto de las contrataciones a las cuales hemos hecho referencia.

### **114.2.1 El contrato civil de locación de servicios**

#### **114.2.1.1 Orígenes.**

Los orígenes del contrato de servicios no personales en la modalidad de locación de servicios se encuentran en el Derecho Romano el cual regulaba tres modalidades distintas de la misma:

- La locatio conductio rei,
- La locatio conductio operarum; y
- La locatio conductio operis.

Tal como lo señalaba García (2012):

La locatio conductio rei era el arrendamiento de una cosa (rei) y era aquél contrato por el cual el locador se obligaba a poner a disposición del conductor una cosa para que la use y la disfrute, prometiendo este último pagar una merces. Por su parte, la locatio conductio operarum era el contrato por el cual el locador se obligaba a dar su servicio al conductor a cambio de una retribución, siendo éste el antecedente del contrato de trabajo. En este caso, el cumplimiento de la prestación la realizaba en situación de dependencia o subordinación. A su turno, la locatio conductio operis, era la modalidad contractual mediante la cual se ofrecía un resultado, pero el locador no se encontraba bajo la dirección del conductor, ya que el locador de obra asumía la obligación de organizar y dirigir el trabajo para proporcionar el resultado esperado. (p.1)

Para Sánchez (2005) en esta clase de contratos como lo debido era una obra, separable de la persona de dicho deudor, no se generaba relación de obediencia de éste respecto de su acreedor.

#### **114.2.1.2 El Contrato Civil de Locación de Servicios y su regulación en el Código Civil.**

El contrato de locación de servicios se encuentra regulado en el Código Civil peruano dentro del Título IX. En efecto, en dicho título se desarrolla la figura legal de la prestación de servicios, siendo la locación de servicios una modalidad de la citada prestación.

Ahora bien, el artículo 1755° del Código Civil peruano de 1984 define a la prestación de servicios señalando que por ésta se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el locador al comitente.

Respecto a las modalidades de prestación de servicios señala el citado cuerpo normativo que éstas son las siguientes:

- a) La locación,
- b) El contrato de obra,
- c) El mandato,
- d) El depósito; y,
- e) El secuestro.

Es el caso que, para el presente trabajo, nos referiremos principalmente al contrato de naturaleza civil de prestación de servicios específicamente en la figura de la locación.

El artículo 1764° del citado Código Civil establece que “La locación de servicios es aquel contrato mediante el cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

Ahora bien, señala el citado cuerpo legal que pueden ser materia del contrato de locación de servicios, “Toda clase de servicios materiales e intelectuales, siendo además que el locador presta personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos siempre que la colaboración de otros esté permitida por el contrato o por los usos y no sea incompatible con la naturaleza de la prestación; es decir, que no sea *intuitu personae*”.

Respecto a la retribución por el servicio prestado, establece que “Si esta no hubiere sido fijada por el locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios realizados, siendo el plazo máximo para el contrato de locación de servicios de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años para otra clase de servicios. Además, si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador y el locador poner fin a la prestación de

servicios por causa justa, antes del vencimiento del contrato, siempre que el comitente no se vea perjudicado”.

Como vemos, el contrato civil de servicios no personales de locación puede ser personalizado o no, sin que obre en éste el elemento de la subordinación, los servicios que brinda el locador pueden ser profesionales, materiales o intelectuales y una vez entregado el servicio o la obra, se extingue el contrato.

#### **114.2.2 El contrato de trabajo o contrato laboral.**

Lora & Ávalos (2009) respecto al contrato de trabajo o contrato laboral señalaban lo siguiente:

En el Derecho Romano la relación laboral se trataba desde la óptica del derecho civil, y se encontraba fundamentada en el consentimiento de las partes sin haber una diferencia en cuanto al desequilibrio de las mismas, entendiéndose la relación laboral, como aquel arrendamiento de servicios. Asimismo, se regía en base a las formalidades, así como en los acuerdos pactados inter partes, de lo que se puede colegir que la citada relación laboral se desarrollaba en un ámbito meramente civilista. (p. 161 - 162)

Asimismo, manifiestan los citados autores que, a raíz de los cambios en la sociedad a causa de la revolución industrial, aparece en el siglo XX el rol interventor del Estado en las relaciones contractuales, las cuales se vieron limitadas por la propia ley. Los citados cambios se debieron a la nueva

concepción del trabajo y a la variación que se produjo en la prestación del mismo, siendo además que se regularon ciertos regímenes protectores del trabajo; no obstante, dicho fenómeno fue progresivo (p.162)

Es necesario agregar que, la expresión "contrato de trabajo" aparecea principios del siglo XX, siendo en Bélgica donde primero se usó, luego en Suiza, extendiéndose luego a toda Europa hasta llegar a todo el mundo.

En relación a la finalidad misma del Derecho Laboral, señalan Lora & Ávalos (2009):

Este buscaba proteger primigeniamente al trabajador en base a la equidad como patrón de justicia, buscando sobreponer a la voluntad de las partes al carácter imperativo del ordenamiento laboral, desentrañando el conflicto a favor no del trabajador, toda vez que para ello existen los principios protectores del Derecho Laboral (in dubio pro operario), sino a favor de la realidad como hecho objetivo, veraz y fehaciente, lo que luego vino a convertirse en el principio de primacía de la realidad. (p. 163)

Si actualmente quisiéramos esbozar el significado de la figura jurídica del contrato de trabajo, diríamos que éste es aquel contrato mediante el cual una parte denominada trabajador, se encuentra obligada ante el empleador (la otra parte), a prestar o desarrollar sus servicios personalmente percibiendo a cambio de los mismos una remuneración, estando el trabajador subordinado al que lo contrató para el desempeño de sus funciones y estando el empleador obligado a pagarle no

solo la remuneración, sino también los demás derechos que según su régimen laboral aplicable le corresponden.

Otra definición de contrato laboral, según Castillo (2011, p .1) “Es el contrato por el cual una persona se obliga mediante una retribución a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta” .

A su turno, Vilela (2015, p. 1), señala que el contrato de trabajo es “Definido como el acuerdo de voluntades por el cual se regula la prestación personal de servicios que efectúa una persona natural denominada trabajador, bajo subordinación o dependencia, en beneficio de otra persona, natural o jurídica, denominada empleador, a cambio de una remuneración”.

De todas las definiciones señaladas, se desprende que el contrato laboral es intuitu personae, es decir; sólo puede realizar la prestación del servicio, labor o funciones la persona contratada y no otro por aquél. Este contrato, además, implica la existencia de derechos y deberes las partes intervinientes a diferencia del contrato civil antes referido que sólo genera la obligación de prestar el servicio por parte del que fue contratado para ello y el pago de una suma de dinero denominada retribución por parte del que lo contrata.

Ahora bien, el contrato de trabajo está revestido de algunos elementos esenciales que pasamos a detallar:

**a)** La prestación personal del servicio a realizarse. Esto quiere decir que únicamente la persona contratada puede llevar a cabo la labor, servicio o las funciones para las cuales fue contratada; es decir, éstas resultan indelegables. En el contrato civil de servicios no personales de locación; por el contrario, la persona sí podría si así lo estipula el contrato, valerse de otros para el desarrollo de su servicio.

**b)** La subordinación. Es la relación de dependencia que se presenta entre el contratado y el contratante, es decir; trabajador y empleador y es de esta relación de dependencia que nace la facultad directriz o el poder de dirección del empleador. Este elemento es de vital importancia, pues permite diferenciar al contrato de trabajo del contrato civil de locación de servicios, dado que en el último de los citados contratos el que presta el servicio (locador) no se encuentra en relación de dependencia al comitente.

**c)** La remuneración. Es la suma total que percibe el trabajador a cambio de las labores realizadas, la cual está sujeta a los descuentos que por ley se realizan.

Además de lo señalado, tenemos que otra de las características del contrato de trabajo es que éste genera derechos y deberes entre ambas partes que lo celebran y sujeto, en el caso de la administración pública, a algunos beneficios a que tiene derecho el trabajador dependiendo del régimen laboral bajo el cual se vincula el trabajador a la entidad.

A pesar de las diferencias señaladas entre ambas modalidades contractuales, las entidades del sector público, contratan locadores para el desarrollo de labores de naturaleza permanentes y el trabajo de lleva a cabo bajo las órdenes de un superior.

Asimismo, se evidencian obligaciones por parte del locador tales como sujeción a horarios de trabajo, suscripción de partes de asistencia diaria, asignación de una cuenta de correo institucional, dotación de equipos móviles e incluso registro de asistencia, entre otras acciones que en la práctica implican encontrarnos ante una relación jurídico laboral.

### **114.2.3 El Contrato Administrativo de Servicios.**

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°1057 de 2008: “El contrato administrativo de servicios es una modalidad contractual del derecho administrativo y privativa del Estado, mediante la cual una persona presta sus servicios a una entidad pública, bajo subordinación y a cambio de una remuneración”.

En el inicio, dichas contrataciones eran de naturaleza estrictamente temporal y para su convocatoria por parte de las entidades públicas, se requería contar con presupuesto y justificar la necesidad de la contratación; sin embargo, a través de la dación de leyes, esta modalidad se convirtió en algunos casos y siempre y cuando se presentaran los requisitos establecidos en la norma legal, en un contrato a plazo indeterminado, como lo veremos expuesto en el capítulo IV de la presente investigación, incluso en el Seguro Social de Salud mediante una norma legal se

ordenó el pase de los contratados el régimen del Decreto Legislativo N°1057 al régimen laboral regulado por el Decreto Legislativo N°728.

#### **114.2.4 Diferencia entre el contrato de locación de servicios, contrato laboral y contrato administrativo de servicios.**

Existen claras diferencias entre el contrato civil de servicios o personales (locación de servicios), el contrato laboral y el contrato administrativo de servicios.

El contrato de locación de servicios, por su naturaleza es un contrato civil, regulado en el Código Civil peruano de 1984 y que se centra en la obligación de una persona natural llamada locador que es el que presta el servicio de brindar el mismo a favor del comitente a cambio de una contraprestación económica.

El locador no está sujeto a jornada laboral, no tiene relación de dependencia con el comitente y para efectos de su pago debe emitir el correspondiente recibo por honorarios profesionales. El monto que percibe sólo se encuentra afecto a cargas sociales tales como el impuesto a la renta de cuarta categoría, no tiene derecho a gratificaciones establecidas en la ley ni a la compensación por tiempo de servicios, horas extras, vacaciones, entre otros. Estos contratos no tienen vocación de permanencia en el tiempo y concluyen una vez terminado el servicio.

El contrato de trabajo, como a lo hemos visto, se encuentra regulado por las normas laborales de cada régimen laboral, según sea el caso.

En esta clase de contratos, quien presta su labor sí se encuentra subordinado al jefe inmediato superior, cuenta con una jornada laboral y sus remuneraciones están sujetas a cargas sociales tales como el impuesto a la renta de quinta categoría y demás. Quienes se encuentran vinculados mediante éstos, gozan de gratificaciones, compensación por tiempo de servicio, horas extras, seguridad social, vacaciones, entre otros. Estos contratos por lo general, cuentan con vocación de permanencia; es decir, el trabajador sólo puede ser desvinculado cuando incurra en una falta laboral y previo procedimiento administrativo disciplinario, a diferencia de los contratos modales que concluyen cuando desaparece la causa de la contratación salvo que opere la desnaturalización por el uso indebido o abusivo de esta modalidad.

Por su parte, el contrato regulado denominado CAS regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 (2008) es una modalidad contractual exclusiva del Estado, mediante la cual se vincula a una persona natural con éste, a efectos de prestar su servicio, pero de manera subordinada.

Esta clase de contratación, nació como un híbrido entre la contratación civil de prestación de servicios (locación) y la laboral y en un inicio el contratado sólo tenía derecho a la retribución (contraprestación), quince días de goce vacacional, ante una desvinculación sólo tenía derecho a las vacaciones truncas generadas y respecto a los aguinaldos sólo percibían y siguen percibiendo los establecidos cada año mediante norma legal sin ningún otro beneficio social adicional.

Posteriormente, se tornó en un régimen con mayores beneficios y matices de laboralidad como por ejemplo el derecho a gozar de descanso físico de treinta días,

a la sindicalización, y en algunos supuestos a gozar de una duración indeterminada de contratación.

A nuestro modo de pensar, esta modalidad de contratación CAS, se constituyó como una manera de acabar con las locaciones de servicios en la administración pública; sin embargo, no se logró el cometido pues que hasta la actualidad es patente la problemática materia del presente trabajo.

### **114.3 Definición de Términos Básicos**

#### **114.3.1 Primacía de la Realidad**

El principio laboral denominado “primacía de la realidad”, es aquél mediante el cual se brinda cierto grado de protección al trabajador. Este principio consiste en que de haber conflicto entre lo que sucedido en la práctica y lo estipulado en los documentos debe darse prelación a lo sucedido en el terreno de los hechos.

Para los juristas Toyama y Vinatea (2017), señalan que:

En virtud de este principio laboral, se tiene que aun cuando exista un contrato (formalizado por escrito) de naturaleza civil, lo que determina la naturaleza de la relación contractual entre las partes será la manera como en la práctica se ejecuta dicho contrato, es decir la preeminencia de la realidad sobre lo estipulado en el contrato, dado que como bien sabemos, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que, en toda prestación

personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Este principio suele ser aplicado a los contratos de locación de servicios, servicios no personales, etc.; por la jurisprudencia laboral. (p.1)

#### **114.3.2 Subordinación.**

La dependencia es la característica principal tipificante y diferenciador del contrato de trabajo y se traduce en la potestad que ostenta el empleador de poder requerir al trabajador la realización de sus directrices según la manera y modo señalado por éste. Es la facultad de poder exigirle al trabajador el desarrollo de sus labores según lo estipulado en el contrato respectivo.

Esta prerrogativa del empleador, se mantiene durante toda la duración del vínculo laboral sin afectar los derechos fundamentales del trabajador consagrados en la Constitución Política.

#### **114.3.3 Desnaturalización del Contrato.**

La desnaturalización de un contrato civil o laboral se produce cuando a pesar de estar previsto en el contrato las condiciones o formalidades del mismo se produce en la práctica circunstancias distintas a las pactadas en éste, lo que hace que el mismo quede desvirtuado o desnaturalizado; es decir, deviene en otro tipo de contrato al nominalmente pactado.

Para una mejor comprensión explicaremos a continuación cuando se desnaturaliza un contrato civil y cuando sucede lo propio con un contrato de trabajo sujeto a modalidad.

#### **114.3.3.1 Desnaturalización del contrato de locación de servicios.**

Para el caso del contrato civil de prestación de servicios (locación) esta desnaturalización se produce cuando en la práctica dicha contratación se encuentra revestida fehacientemente, de los elementos diferenciadores de un contrato laboral (subordinación, jornada laboral y demás inherentes a las contrataciones de naturaleza laboral).

A manera de ejemplo, citamos que en la entidad donde actualmente venimos laborando, hemos también encontrado casuística relacionada a la desnaturalización de una contratación de intermediación laboral, en la cual se observa que una trabajadora a pesar de haber sido contratada por la empresa intermediaria y por tanto dependiente de la misma realizaba funciones permanentes e inherentes a la entidad empleadora; pese a lo expuesto, la empresa de intermediación la contrataba por locación de servicios.

Dicha situación originó que la afectada solicite una inspección laboral a la Superintendencia de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) la cual expidió un acta ordenando la incorporación de la trabajadora en la planilla de remuneraciones de la entidad, orden que no se cumplió por lo que, en sede judicial, la trabajadora logróse declarar fundada su pretensión esgrimiendo uno de los considerandos del fallo, la desnaturalización de su contratación.

Comúnmente, estas desnaturalizaciones toman como factor fundamental el principio labora antes citado y denominado “primacía de la realidad” del mismo que haremos referencia con mayor extensión a la antes realizada y el cual se hace presente en las diversas sentencias analizadas y que expondremos y que son relacionadas a la materia del presente trabajo.

#### **114.3.3.2 Desnaturalización del contrato laboral o de Trabajo.**

Dicha situación en un contrato laboral opera o se produce cuando habiendo establecido el contrato que el mismo será a plazo determinado o de naturaleza temporal, por el hecho de exceder el límite legal del plazo fijado, cambia su esencia convirtiéndose en uno de naturaleza indeterminada.

En efecto, el Decreto Supremo N° 003-97-TR - Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral de 1997, en los artículos del 106° al artículo 114°, regula los contratos a plazo determinado, estableciendo que: “En el caso de los contratos para obra determinada o servicio específico, su duración será la que resulte necesaria para culminar la obra o servicio y que luego de culminado éste queda resuelto el contrato. Por su parte, el contrato intermitente, es aquél cuya causa objetiva aparece cada cierto tiempo; es decir, es intermitente en el tiempo de su duración y en el contrato escrito que se suscriba, deberá consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben observarse para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contratado. Durará sólo el tiempo que dura la labor

intermitente. En lo que al contrato de temporada respecta, señala el citado dispositivo legal que los mismos duran el tiempo que dura la temporada, los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año”.

También existen otras modalidades temporales de contratación, como los contratos laborales de exportación de productos no tradicionales, referidos en el Decreto Ley N°22342 (1984) y los contratos temporales que se realizan en zonas francas y otros regulados por otras normas, pero cuya duración es determinada.

Es necesario añadir que los citados contratos modales, es posible que los mismos se celebren por períodos menores; sin embargo, el total de la suma de dichos períodos no debe exceder bajo ninguna circunstancia a los tres años.

Establece además el Decreto Supremo N°003-97-TR de 1997 que dichos contratos temporales quedan desnaturalizados en los siguientes supuestos:

“a) Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado o después de las prórrogas pactadas, si éstas 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 del contrato, sin haberse operado la renovación.

- c) Si se comprobara que la labor desempeñada por el trabajador no corresponde a la modalidad bajo la cual fue contratado.
- d) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional, y el trabajador contratado continuare laborando”.

Para que dichas contrataciones sean válidas se requiere que consten de manera escrita y por triplicado, y deberán consignar en forma expresa, su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Además, la norma establece que la aprobación de los contratos es automática a la sola presentación de la solicitud correspondiente que contenga una declaración jurada, en el sentido que el trabajo que va a realizar o la obra a ejecutar el trabajador contratado tiene naturaleza accidental o temporal.

El empleador presentará para su aprobación dichos contratos ante el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo el que puede ordenar una verificación posterior respecto a la veracidad de la declaración jurada, y si se comprobara que es falsa el contrato se considerará como uno a plazo indeterminado; es decir, quedaría desnaturalizado el citado contrato laboral.

### **114.3.3.3 Servicios No Personales**

Los servicios no personales son aquellos contratos de naturaleza civil, mediante los cuales una persona natural o jurídica brinda sus servicios o realiza una obra determinada sin estar subordinado a quien lo contrata, de manera dependiente y autónoma por el cual percibe una retribución económica, tal como lo hemos señalado anteriormente.

#### **114.3.4 La Remuneración.**

Si bien no hemos referido a la remuneración de manera sucinta anteriormente es necesario agregar que la misma está compuesta por el monto total que recibe la persona que realiza el trabajo.

Dicho monto se encuentra afecto a distintas cargas tales como el impuesto de renta de quinta o cuarta categoría según corresponda, aportes al Seguro Social de Salud, sistema nacional de pensiones o sistema privado de pensiones, según sea el caso.

Ahora bien, el Instituto de Ciencias Hegel (2021) respecto a las remuneraciones indica que:

La ley desarrolla este concepto en el art. 6º del D.S. N° 003-97-TR, el cual señala que la remuneración puede entregarse en dinero o especie (bienes), siempre y cuando sea de libre disposición del trabajador. Ser de libre disposición significa que la remuneración constituye un excedente, ventaja o beneficio en el patrimonio del trabajador, pudiendo este último emplearlo de la forma que mejor considere. (p.1)

Para el ente rector del sistema de recursos humanos en el Estado - SERVIR (2019) el concepto de remuneración según lo señalado en el Informe Técnico N° 227 - 2019 - SERVIR/GPGSC de fecha 06 de febrero de 2019 es el siguiente:

Respecto a la remuneración, el artículo 24 de la Constitución Política del Perú de 1993, establece que el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual. (p.2)

Por lo tanto, debe entenderse como remuneración a la contraprestación en dinero o en especies valorables en dinero, que efectúa el empleador a favor de sus trabajadores por la prestación de servicios que realizan de manera subordinada, en mérito a un contrato de trabajo.

En la misma línea, en el fundamento 6 de la Sentencia recaída en el Expediente No 4922-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la naturaleza alimentaria de la remuneración al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio- derecho a la igualdad y a la dignidad, y que, al mismo tiempo, adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana.

Adicionalmente, cabe precisar que, en el fundamento 13 del fallo antes referido, el máximo intérprete de la Constitución reconoce que: "El derecho a la remuneración, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, constituye una contraprestación por los servicios del trabajador; es de libre disposición por

parte de éste último; tiene carácter alimentario y su pago tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador (artículos 23° in fine y segundo párrafo del artículo 24° de la Constitución). (p.2).

La remuneración sólo puede dejar de ser percibida por el trabajador ante los supuestos expresamente establecidos en la ley tales como, la suspensión de labores por imposición de medida disciplinaria, licencia sin goce de haber o permisos en virtud a una solicitud del, dado que en el Estado sólo corresponde remuneración por el trabajo efectivamente realizado.

## **CAPÍTULO II**

### **METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **2.1 Diseño Metodológico.**

La metodología del presente trabajo es de carácter cualitativa, técnica que comprende el estudio, uso y recolección de una variedad de materiales empíricos, estudio de caso, experiencia personal, historia de vida, entrevista, textos que describen los momentos habituales y problemáticos y los significados en la vida de los individuos (Vasilachis 2006, p.1), siendo que ésta ha sido la metodología empleada pues para demostrar el uso indebido de los contratos de civiles de servicios no personales en la modalidad de locación de servicios para encubrir un contrato de trabajo por parte del Estado, hemos revisado el Código Civil, las normas legales que regulan los diferentes regímenes laborales, artículos, libros, blogs de internet, revistas electrónicas, jurisprudencia, entre otro material, el mismo que luego de su lectura, nos ha llevado a demostrar la tesis que sostenemos a través de este trabajo explicando además las causas por las cuales consideramos se ha originado ello.

#### **2.2 Aspectos Éticos.**

Yo, Sandra Esther Mosto Oquendo, declaro que a lo largo de la presente investigación hemos respetado todos los derechos de autor haciendo referencia a los mismos en cuanto corresponde. De igual manera hemos incluido todas las

fuentes electrónicas revisadas, normas legales, doctrina, Jurisprudencia y demás material al cual hemos accedido para elaborar la presente investigación.

Indicamos además que el presente trabajo concientizará a los gestores públicos para que no continúen realizando contrataciones civiles o temporales cuando en la práctica corresponde se lleva a cabo una contratación de naturaleza laboral.

### **CAPÍTULO III**

### **RESULTADOS**

De la investigación realizada hemos obtenido los siguientes resultados:

- ✓ La mayoría de entidades públicas han utilizado la figura del contrato civil de prestación de servicios en la modalidad de locación para encubrir un contrato de trabajo.

Dicha situación ha originado que al personal al cual se le ha contratado bajo dicha modalidad acudan al órgano jurisdiccional y en muchos casos hayan obtenido sentencia favorable, teniendo como base el principio laboral denominado “primacía de la realidad” y mediante el cual quedaron desnaturalizadas las contrataciones civiles.

- ✓ Hemos verificado también que algunas entidades del Estado, han tratado de simular contratos de naturaleza temporal regulados en el Decreto Supremo N° 003-97-TR – T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728 y han seguido contratando a la persona pero bajo el régimen del Decreto Legislativo N°1057 (régimen denominado CAS), cuando desde el inicio de la contratación se requería una contratación a plazo indeterminado, por lo que correspondía la contratación de una persona a través de un proceso de selección y a plazo indeterminado.

- ✓ El órgano jurisdiccional y en contradicción con el principio laboral denominado “primacía de la realidad”, trató de dar un giro a los precedentes vinculantes de cumplimiento obligatorio que bajo el citado principio declaraban la existencia de una relación laboral, al emitir el precedente vinculante denominado caso Huatuco y en el cual se estableció que sólo es viable la declaración de una relación laboral como tal cuando para el ingreso a laborar en una entidad estatal, ha mediado un proceso de selección público, abierto y de méritos; sin embargo, dicho precedente en nuestra opinión no ha tenido en cuenta que el uso indebido de la contratación se presenta mayoritariamente en la celebración de contratos civiles de servicios no personales de locación de servicios en los cuales se vincula a la persona a través de una orden de servicios y con el cumplimiento del perfil requerido por el área usuaria, lo propio ha sucedido en contrataciones de intermediación laboral.
  
- ✓ El uso indebido de los contratos de locación de servicios en el Estado para ocultar un contrato laboral, se debe en gran parte al hecho que durante los últimos años se han consignado limitaciones en las leyes anuales de presupuesto, las cuales restringen nuevas contrataciones en el sector público a no ser que las mismas se realicen por reemplazos, suplencias o ceses; es decir, contrataciones de naturaleza transitoria, por lo que consideramos necesario eliminar dichas restricciones, lo cual permitiría transparentar la real necesidad de dotación de personal.

## CAPÍTULO IV

### DISCUSIÓN

#### 4.1 Consideraciones Generales.

Tal como hemos señalado en la parte preliminar de la presente investigación, el uso indebido por parte del Estado del contrato de locación para ocultar un contrato de trabajo a plazo indeterminado, responden a numerosos problemas que existen en el aparato estatal peruano; siendo además que, dicha problemática también se ve reflejada en el mal uso de los contratos de intermediación laboral, los contratos modales y las contrataciones administrativas de servicios.

En efecto, la problemática indicada es de larga data y se presenta hasta la actualidad, pues la mayoría de vinculaciones contractuales realizadas en la práctica se encuentran revestidas de connotaciones laborales lo que lleva a concluir que más bien ésta debió llevarse a cabo bajo la figura de un contrato laboral, enmarcado en cualquiera de los regímenes laborales que a la fecha coexisten en el Estado.

Lo señalado nos lleva a pensar que, a los gestores de la administración pública, no les es importante por alguna causa, realizar o ejecutar las acciones necesarias para ordenar las instituciones en lo que a recursos humanos respecta y de acuerdo a las necesidades del país, lo cual ocasiona la vulneración del ordenamiento legal y lo que más grave, que es que se violen los derechos fundamentales de la persona humana, tales como el derecho constitucional al trabajo.

En efecto, al llevar a cabo una contratación de naturaleza laboral, la persona contratada lo es bajo un régimen laboral determinado (Decreto Legislativo N° 276,

D. S. N° 003-97- TR, Decreto Legislativo N° 1057, Ley N° 30057, entre otros regímenes especiales) gozando la persona contratada tanto de obligaciones como de mejores derechos o beneficios que los que ostenta una persona obligada o vinculada bajo un contrato civil de locación de servicios, siendo dichos derechos por señalar algunos ejemplos: gratificaciones, la compensación por tiempo de servicios, asignaciones, descanso vacacional remunerado, subsidios, permisos, licencias por maternidad o paternidad o por enfermedad grave de familiar directo, el encontrarse asegurado por la Seguridad Social, entre otros de acuerdo al régimen laboral según el cual se ha vinculado con la entidad el trabajador.

Consideramos que ya es tiempo que en nuestro país no se siga vulnerando el derecho al trabajo el mismo que por su importancia y prioridad (pues mediante éste se logra contar con los medios necesarios para cubrir las necesidades básicas) se constituye en un derecho fundamental que ostenta toda persona humana y que se encuentra inmerso y reconocido en la Constitución Política del Perú (1993).

#### **4.2 El Derecho al trabajo como derecho constitucionalmente reconocido**

El derecho al trabajo es un derecho fundamental de la persona humana con reconocimiento a nivel Constitucional. En efecto, según lo dispuesto por el artículo 23° de la Constitución Política del Perú de 1993: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

A su turno, el artículo 23° establece que: “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”.

De igual manera el artículo 24°, señala que: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa, suficiente, que procure para él y su familia el bienestar material y espiritual y que el pago de la remuneración y de los beneficios sociales de los trabajadores tienen prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador. Además, indica que el trabajador cuenta con adecuada protección contra el despido arbitrario, igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos laborales, derecho a la sindicalización, negociación colectiva y huelga, entre otros derechos”.

En lo que a las normas internacionales se refiere, tal como lo indica Paredes (2019):

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el artículo 23.1 establece que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. Asimismo, agrega que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, el Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador de 1988, también

priorizan y regulan el derecho al trabajo, por expresar un ejemplo del alcance internacional de la importancia del derecho aludido. (p.1).

Pese a la vital relevancia antes citada, el Estado en su rol empleador a través de los gestores de la administración pública, no le brinda la preponderancia que se requiere a las contrataciones laborales, lo cual se materializa en el hecho de que los mismos prefieran realizar contrataciones de carácter civil, las que si bien para casos concretos y regulados en el Código Civil son necesarias, muchas veces se realizan para encubrir relaciones laborales pues se llevan a cabo, entre otras causas, como un mecanismo para burlar las prohibiciones de ingresos de trabajadores previstas en las normas anuales presupuestales para el sector público que se emiten año a año.

#### **4.3 El uso indebido de un contrato de locación de servicios para encubrir una relación laboral por parte del Estado**

Hasta este punto, hemos explicado que la contratación civil y la contratación laboral, cuentan con elementos o características diferenciadas una de la otra, tal como lo refiere Santy (2020):

De lo expuesto, se evidencia que el contrato de locación de servicios implica una relación contractual entre el locador o contratista y la entidad contratante, vínculo de absoluta independencia, puesto que ambos son partes del contrato, el locador no se encuentra subordinado a la entidad, ni viceversa. (p.3)

Asimismo, se concluye de lo que refiere el citado autor que las doctrinas de los contratos civiles y laborales han utilizado, la distinción de “servicios personales” la cual implica la existencia de condiciones de subordinación que le son inherentes a una relación laboral y los “servicios no personales” los cuales implican el desarrollo de prestaciones no subordinada; es decir sin existir dependencia, para distinguir la naturaleza de una y la otra, respectivamente, con lo que se colige que la relación de dependencia implica necesariamente un vínculo laboral y por tanto la presencia de un contrato de trabajo; por el contrario, la ausencia de la subordinación, determina la existencia de una contratación civil.

A mayor abundamiento, señala Ruiz (2013) que:

El Tribunal Constitucional (TC) ha definido al contrato de trabajo como un contrato de realidad lo que quiere decir, que se tipifica por la forma y las condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio, sin importar la denominación que se otorgue a dicha relación; es decir; que, habiendo contradicción entre la verdad real y la verdad formal, el juez debe preferir la primera. Por lo tanto, la presunción de existencia de un contrato es por tiempo indeterminado (presunción iuris tantum). (p.103)

De igual manera indica el citado autor que:

un Contrato de Locación de Servicios “ha venido operando como mero negocio jurídico de cobertura para quienes pretenden evitar la aplicación del Derecho Laboral a ciertas actividades que se desarrollan con grados de independencia organizativa o técnica superiores a los normales u ordinarios

pareciendo la subordinación disimulada por un manto aparente de autonomía, como ejecuciones de obra en las que el resultado debido no se aprecia con suficiente nitidez (p.103).

Concluye Ruiz (2013) indicando que:

consecuentemente, el contrato de locación de Servicios se utiliza para evadir la legislación laboral y para abarcar pocos costos laborales, por lo que en virtud de que cualquier actividad realizada por un trabajador puede quedar excluida del Derecho Laboral al amparo del mencionado contrato civil y las dificultades probatorias que entraña muchas veces probar la subordinación. (p.113)

Lo expresado anteriormente también concuerda con lo demostrado mediante la presente investigación y con lo referido por Cabrera (2020), cuando concluye que:

Si bien las entidades deben contratar a su personal bajo el régimen laboral aplicable a cada una de éstas, debido a las restricciones presupuestarias, se generalizó el uso de los contratos de locación de servicios o de servicios no personales para la contratación de personas naturales que, a pesar de tener la denominación de locadores de servicios, se desempeñan como empleados subordinados de éstas. (p.3).

De lo señalado por el referido autor, confirmamos una vez más que el contrato laboral como el contrato civil de locación de servicios, cuentan con sus

particularidades y características establecidas en las normas legales de la materia; sin embargo, no son respetados por el estado - empleador.

Las trasgresiones del propio Estado a las normas contratando personal bajo la figura del contrato civil de locación de servicios cuando en realidad se trata por sus connotaciones de una relación laboral, ha generado que muchos locadores acudan a la Superintendencia de Fiscalización Laboral o a la vía judicial aduciendo desnaturalización de los respectivos contratos, logrando por parte de la instancia competente la declaración de contrato de naturaleza laboral.

A pesar de ser esta problemática de larga data y estando en el año 2022, no evidenciamos visos de solución toda vez que los gestores públicos a pesar de conocer la regulación de uno y otro contrato, continúan trasgrediendo la normativa legal prefiriendo realizar contrataciones de locadores de servicios en lugar de realizar las acciones necesarias para que las instancias competentes doten de mayor marco presupuestal en la partida de gastos de personal a las instituciones públicas y que asimismo se levanten las prohibiciones de nuevos ingresos de personal permitiendo contrataciones laborales, de acuerdo a las necesidades de las mismas, pues consideramos que ésta sería un mecanismo para evitar el encubrimiento de relaciones laborales.

#### **4.4 Casuística**

La tesis y las consideraciones expuestas en el presente trabajo no sólo las hemos evidenciado en nuestro camino profesional y en las fuentes de la información

revisada, sino que también, se pueden demostrar concretamente a través de los fallos emitidos por el órgano jurisdiccional mediante los cuales también se comprueba nuestra tesis consistente en demostrar el uso indebido del contrato de locación de servicios por parte del Estado para encubrir una relación laboral.

En efecto, en dichos fallos observaremos como luego del análisis de la normativa legal y de la realidad llevada a cabo por los jueces, éstos concluyeron o fallaron en el sentido que las contrataciones bajo las cuales se relacionaba una persona con una entidad del Estado, no tenían connotaciones civiles sino más bien laborales.

Dicho ello, pasaremos a dar un vistazo a alguna Jurisprudencia que hemos escogido relacionada a nuestra tesis, extrayendo párrafos de las mismas en los cuales consideramos se explica con fundamentos adicionales lo demostrado en el presente trabajo y seguido de los mismos realizaremos nuestros comentarios para una mejor comprensión:

#### **4.4.1. Sentencia N° 1**

Sentencia de vista emitida por la Octava Sala Laboral Permanente en la Nueva Ley Procesal de Trabajo (2020) recaída en el Expediente N°00653-2019-0-1801-JR-LA-84, en los seguidos por Jonathan Dennis Nolasco Diego, contra la Municipalidad Distrital de Santiago de Surco, extraída del sistema de consultas de expedientes judiciales del Poder Judicial, nos ayuda a profundizar más sobre lo sustentado pues la misma recoge fundamentos legales y doctrinarios relacionados a la

“desnaturalización” del contrato civil de locación de servicios y de contratación del señor Nolasco, quien laboraba en la Municipalidad de Surco en condición de obrero. Asimismo, nos ayuda a comprender mejor el principio laboral de “primacía de la realidad”.

En efecto, ante la demanda del citado señor, la Sala resolvió:

CONFIRMAR la Sentencia N°136-2019-38°-JETP-ZAL expedida mediante Resolución N°02 de fecha 30 de abril de 2019, en el cual se declaró fundada en parte la demanda, ordenando: a) Se declara la desnaturalización del contrato de locación de servicios (SNP) e ineficacia de los contratos CAS suscritos desde el 01 de octubre de 2013 a la fecha, advirtiéndose la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulado en el Decreto Legislativo N°728. Ante ello, que tal relación laboral deberá constar en las boletas de pago, con los derechos y obligaciones que le corresponde. b) Abonar el pago de S/. 22,157.00 por concepto de gratificaciones, escolaridad, vacaciones y asignación familiar; más intereses legales, los cuales se determinará en ejecución de sentencia. c) Se constituya como depositaria de la CTS y tener en custodia de la suma de S/. 3,895.01. d) Se deposite en una entidad bancaria la CTS correspondiente a los periodos noviembre 2015 a abril 2016, mayo a octubre 2016, noviembre 2016 a abril 2017, mayo a octubre 2017, noviembre 2017 a abril 2018, mayo a octubre 2018; por la suma de S/. 5,740.02. Se ordena los costos procesales y sin costas. e) Se declara infundada en los demás extremos demandados. (p.18)

A su turno el argumento de la Municipalidad de Surco en el acto de impugnación respectivo fue el que en la resolución impugnada se incurrió en vicios por error en la argumentación de ésta, indicando como agravios los siguiente:

No se analiza que, si bien es verdad que el personal de Serenazgo municipal ostenta la categoría de obrero, pero el mismo deberá sujetarse a la modalidad de contratación, por cuanto el mismo es un empleado público; por ello, resulta erróneo declarar la invalidez del contrato CAS a causa de una declaración jurisdiccional de la categoría de obrero municipal. (Agravio N° 01).

No es válido que se haya declarado la invalidez del régimen del contrato administrativo de servicios, por cuanto que el mismo es un régimen laboral de carácter especial y sujeto a un margen de constitucionalidad. (Agravio N° 02).

El juzgado no ha tomado en consideración que la entidad demandada se encuentra exonerada del pago de costos procesales. (Agravio N° 03).

Ante lo argumentado por el demandante y para resolver dicha incertidumbre jurídica, la Sala Laboral estableció las siguientes consideraciones:

CUARTO: Respecto a la constitución de una relación laboral, frente al contrato de locación de servicios (SNP) .- El contrato de locación de servicios es una forma de vinculación, contractual regulado por el Código

Civil de 1984, mediante el cual, el locador de servicios, sin encontrarse subordinado, se obliga al comitente a prestar servicios mediante un contrato por un plazo determinado, a cambio de una merced conductiva; así, existe un consenso en la doctrina, por el cual el contrato de locación de servicios es una herramienta jurídica que permite la contratación de servicios personales en un régimen de autonomía y no de subordinación, lo que implicará que el locador principalmente no se encontrará obligado a concurrir al local del comitente, no estará obligado a observar una jornada así como un horario para la prestación de servicios, etc.

Asimismo, en la configuración legal del contrato de locación de servicios, la propia doctrina refiere que tal contrato podrá encuadrarse en cualquier prestación de servicios de carácter autónomo, en cuanto la misma conllevará a la evasión (como consecuencia) de la legislación laboral en cada caso concreto. Por ello, el artículo 1764° del Código Civil prescribe que: “El locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

A su turno, en el Considerando quinto la Sala Laboral señala lo siguiente:

QUINTO: Sin embargo, en lo que respecta al contrato de trabajo regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, previsto en el decreto Legislativo

N° 003-97-TR, la doctrina laboralista ha definido que la misma es un acuerdo de voluntades, por el cual una de las partes (esto es el trabajador) se compromete a prestar personalmente sus servicios en relación de subordinación a favor de otra llamada empleador, quien a su vez está obligado a favor de aquél a pagar una remuneración por los servicios prestados; en tal sentido, resultará claro colegir que el contrato de trabajo es una relación jurídica específica por la cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena o bajo dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero o en otras palabras, un convenio elevado a protección fundamental, según el cual, un trabajador bajo dependencia se coloca a disposición de uno o más empleadores a cambio de una retribución, elevada, también a idéntica protección fundamental.

Por ello, ya es de pleno conocimiento que los elementos constitutivos de esta clase de contratos serán: a) la prestación personal de servicios, b) la remuneración, y c) la subordinación; los cuales serán constitutivos y necesarios, por cuanto la falta de uno de ellos daría lugar a una relación jurídica diferente a la que es materia de protección de la presente disciplina jurídica; con dicho fin, en reiterada jurisprudencia, tales como en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 1944-2002-AA/TC y N° 0833-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado: “Con relación al contrato de trabajo, este Tribunal considera necesario precisar que se presume la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la

remuneración. Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual éste se obliga a prestar servicios en beneficio de aquél de manera diaria, continua y permanente cumpliendo un horario de trabajo.

Por su parte, el contrato de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764° del Código Civil, como aquel contrato por el cual el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución.

Es evidente que, de la definición dada por el Código Civil, el elemento esencial de este contrato es la independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios. De lo expuesto se aprecia que el elemento determinante, característico y diferenciador del contrato de trabajo en relación al de la locación de servicios es la subordinación del trabajador con respecto al empleador, lo cual le otorga a éste último la facultad de dar órdenes, instrucciones o directrices con relación al trabajo por el que se les contrató (poder de dirección), así como la de imponerle sanciones ante el incumplimiento de sus obligaciones de trabajo poder sancionador o disciplinario si en la relación civil se encuentran los tres elementos citados, estaríamos indefectiblemente ante una relación laboral; más aún, si se aprecia que el comitente ha ejercido los poderes que les son inherentes al empleador, como son el poder de dirección y el poder sancionador, se estará ante una relación laboral que ha sido encubierta

como un contrato de naturaleza civil, por lo que es este caso de aplicación del principio de primacía de la realidad.

En tal sentido, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración)". En donde tal decisión se sujetará a la valoración del juzgador conforme al principio de Primacía de la Realidad, el cual: "Es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Tribunal ha precisado, (...) que mediante este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Asimismo, en el sexto considerando la Sala laboral expresa lo siguiente:

SEXTO: Sobre la constitución de un contrato administrativo de servicios.- El contrato administrativo de servicios (CAS) es una figura jurídica del Estado regulado en el Decreto Legislativo N° 1057 y su reglamento, por el cual su eficacia no se encuentra sujeta a la vigencia de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, el régimen laboral de la actividad privada ni a otras normas que regulan carreras administrativas especiales; pues su

carácter transitorio y especial, con excepción de las empresas del Estado y los proyectos de inversión pública.

Asimismo, si bien es verdad que en el proceso de inconstitucionalidad recaído en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC9, el TC ha considerado que el CAS es un régimen laboral de carácter especial válido, bajo la garantía de reconocerse los derechos mínimos reconocidos por la Constitución Política del Perú y los convenios internacionales de la OIT; sin embargo, a la entrada en vigencia de la Ley N° 29849, norma por el cual se establece la eliminación progresiva del régimen laboral y otorga derechos laborales, actualmente se reafirma y reitera que el referido régimen CAS no podrá limitar el ejercicio de los derechos constitucionales (aún más si la misma encubre una desnaturalización contractual previa), ni desconocer o rebajar la dignidad de los trabajadores, de conformidad con la presente garantía reconocida en el artículo 23º de la Constitución Política del Perú, en supuestos específicos (el cual no invalida el presente régimen en su integridad).

Para ello, bastará con recordar que, en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, el colegiado constitucional ya ha señalado precedentemente que: "El desequilibrio absoluto resulta contrario al principio tuitivo de nuestra Constitución del trabajo que se infiere de las propias normas constitucionales tuitivas del trabajador (irrenunciabilidad de derechos, pro operario y los contenidos en el artículo 23º de la Constitución) y, por lo

demás, como consecuencia inexorable del principio de Estado social y democrático de derecho que se desprende de los artículos 43º ("República" "social") y 3º de la Constitución, respectivamente. El constante recurso de la demandada a este dispositivo legal es la evidencia de cómo este principio tuitivo desaparece con la disparidad empleador/trabajador respecto a la determinación de la conclusión de la relación laboral.

Seguidamente la Sala entra en los siguientes considerandos de la Sentencia, a realizar su fundamentación enfatizando en el régimen de los obreros y de las contrataciones administrativas de servicios, indicando lo siguiente:

Sobre la constitución de una relación laboral en los casos de los obreros municipales desde la óptica constitucional.- El régimen jurídico de los obreros municipales, se deberá tener que el presente régimen ha transitado tanto por el régimen público y el régimen laboral de la actividad privada, pues mediante la Ley N° 23853, Ley Orgánica de Municipalidades, publicada el 09 de junio de 1984, estableció de forma expresa (en el texto original) que los obreros de las municipalidades eran servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad pública; sin embargo, dicha disposición fue modificada por el artículo único de la Ley N° 27469, publicada el 01 de junio de 2001, estableciendo que el régimen laboral sería el de la actividad privada.

Finalmente, si bien en la Vigésima Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, publicado el 27 de mayo

de dos mil tres, derogó la Ley N° 23853, pero se mantuvo el régimen laboral de los obreros de las municipalidades, a través de la regulación expresa del artículo 37°. Por lo que, actualmente el artículo 37° de la Ley General de Municipalidades N° 27972 establece que los obreros que prestan sus servicios a las municipalidades serán considerados como servidores públicos sujetos al régimen laboral de la actividad privada, reconociéndoles los derechos y beneficios inherentes a dicho régimen.

En consecuencia, en el caso de vinculación de un contrato de locación de servicios y el contrato administrativo de servicios (CAS) en una relación jurídica concreta, si bien es verdad que actualmente el contrato CAS es régimen laboral válido de conformidad a lo señalado en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, pero actualmente la jurisprudencia ordinaria ya ha señalado que, en el caso de obreros municipales, los referidos trabajadores -en caso se acredite un supuesto de desnaturalización de contrato preexistente- no podrán ser contratados mediante un posterior contrato administrativo de servicios, en tanto que su validez no condicionará la existencia un régimen previo, al ser consecuencia de una simulación relativa y fraude a la ley.

A su turno, el Octavo considerando respecto a la vinculación del obrero municipal bajo la modalidad de locación de servicios primero y vía una contratación administrativa de servicios con posterioridad, establece que se estaría ante la

desnaturalización de los citados contratos configurándose una relación laboral al señalar lo siguiente:

En consecuencia, en el caso de vinculación del contrato de servicios no personales (SNP) y el contrato administrativo de servicios (CAS) en una relación jurídica concreta, si bien es verdad que actualmente el contrato CAS es régimen laboral válido de conformidad a lo señalado en el Expediente N° 00002-2010-PI/TC, pero actualmente la jurisprudencia ordinaria ya ha señalado que, en el caso de obreros municipales, los referidos trabajadores en caso se acredite un supuesto de desnaturalización de contrato preexistente - no podrán ser contratados mediante un posterior contrato administrativo de servicios, en tanto que su validez no condicionará la existencia un régimen previo, al ser consecuencia de una simulación relativa y fraude a la ley.

Así, en la Casación N° 7945-2014-Cusco, el cual constituye doctrina jurisprudencial, así como en la Casación N° 18732-2016-Arequipa, la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional ha reconocido permanentemente: "Esta Suprema Sala adopta como criterio de interpretación de los alcances del artículo 37° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el siguiente: Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en ningún

caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Agregamos además que en el noveno considerando la citada sentencia de vista concluye que:

Con relación a ello, en el caso de los Serenazgos y policías municipales, a través de la Casación N°7945-2014-Cusco, el cual constituye doctrina jurisprudencial, así como en la Casación N°18732-2016-Arequipa, la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional ha reconocido permanentemente - en el caso de Serenazgos municipales- tal condición, al señalar: "Esta Suprema Sala adopta como criterio de interpretación de los alcances del artículo 37° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el siguiente: Los trabajadores que tienen la condición de obreros municipales se encuentran sujetos al régimen laboral de la actividad privada regulado por el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, en ningún caso pueden ser contratados bajo el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Por lo que, en el caso que la parte haya acreditado en el proceso la constitución de un cargo de Serenazgo municipal, el juzgador deberá declarar la existencia de un trabajador obrero sujeto al régimen laboral de la actividad privada, regido por el Texto Único Ordenado del Decreto

Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado por el D.L. 003-97-TR.

Ahora bien, también concluye el juzgador que en el presente caso no se aplica el precedente Huatuco expresando lo siguiente en el décimo séptimo considerando:

Tan es cierto lo afirmado, que la propia doctrina civil y constitucional ha reafirmado que, mediante la aplicación de la casación, se podrá unificar la jurisprudencia, es decir, mediante el trato igual de casos iguales, el recurso extraordinario podrá generar un beneficio tan relevante como el de asegurar la igualdad en la aplicación de la ley: incrementar la seguridad jurídica.

Por lo que, al tener presente que la Corte Suprema de la República y el propio Tribunal Constitucional han establecido jurisprudencialmente que el precedente vinculante, recaído en el Expediente N° 5057-2013-PA/TC, podrá ser inaplicado en supuestos específicos o concretos, tal como en el caso de una constitución de un régimen laboral adscrito de un contrato administrativo de servicios (CAS), este Colegiado Superior considera expresamente que se deberá reconocer estrictamente aquellos supuestos de inaplicación establecidos en la Casación N° 12475-2014-Moquegua y la sentencia recaída en el Expediente N° 06681-2013-PA/TC por uno de los supuestos o etapas advertidas dentro de la relación laboral, pues se deberá partir por el rol de unificación ante diferentes interpretaciones y los diversos supuestos de inaplicación advertidos con posterioridad a la emisión del

citado precedente vinculante. Si es así, considerando que el precedente vinculante Huatuco no resulta aplicable en los casos en la que se adviertan labores de obreros municipales o se advierta la celebración de posteriores contratos CAS, con mucha mayor razón no existe una causal válida o legítima por el cual se obligue a los magistrados de trabajo a observar un previo concurso público para poder ordenar el reconocimiento de una relación laboral a consecuencia de la variación del régimen laboral.

El fallo concluye confirmando la Sentencia N° 136-2019-38° - JETP-ZAL expedida mediante Resolución N° 02, la cual declaró fundada en parte la demanda, así como la desnaturalización del contrato de locación de servicios (SNP) e ineficacia de los contratos CAS suscritos, advirtiéndose la constitución de una relación laboral a plazo indeterminado sujeto al régimen laboral de la actividad privada regulada en el Decreto Legislativo N° 728.

Como vemos, de los considerandos extraídos de la sentencia revisada, se observa como a través de un análisis de la normativa legal de las contrataciones civiles y de las contrataciones administrativas de servicios, la Sala Laboral explica que el empleador ha encubierto una relación laboral pues simuló primero una contratación de naturaleza civil primero y una contratación administrativa de servicios después para evadir la celebración de un contrato laboral.

En este extremo de la sentencia el juzgador, hace un análisis legal y lógico de lo sucedido en el presente caso, dado que el demandante era un obrero municipal y

la Municipalidad trataba de encubrir una relación laboral, primero cuando lo contrató por servicios no personales y posteriormente incurrió en un fraude a la ley dado que a pesar de que la norma legal indicaba que los pobreros pertenecían al régimen privado, hizo caso omiso a ello y lo contrató bajo el régimen de contratación administrativa de servicios (CAS).

Además, es preciso señalar que la sentencia concluye, que:

Es obvio que el demandante se encontraba sujeto al régimen laboral de la actividad privada (a consecuencia de la desnaturalización del contrato de locación de servicios e invalidez del contrato administrativo de servicios – CAS) (...)", conclusión con la que nos encontramos de acuerdo pues en tanto el demandante estuvo en condición de locador se constituían todos los elementos del contrato de trabajo y cuando estuvo bajo el régimen CAS, fue contratado inadecuadamente dado que le correspondía una contratación bajo el régimen laboral de la actividad privada.

Consideramos que la sentencia reseñada es enriquecedora como otras que detallaremos, dado que contiene una exposición de carácter doctrinario respecto al principio laboral de "la primacía de la realidad" lo cual nos ayuda a profundizar en el entendimiento del mismo.

Señala a su turno el fallo materia de análisis que, el señalado principio es de carácter tuitivo; es decir, protector del trabajador, lo que se evidencia con el hecho que a pesar de que el demandante fue contratado bajo modalidades indebidas a

pesar de que la norma legal respectiva establecía que a los obreros les correspondía una vinculación laboral bajo el régimen privado por lo que como lógica consecuencia de ello, se declaró la desnaturalización de la contratación y se ordenó lo que legalmente correspondía; es decir, la vinculación bajo el régimen laboral del D. Leg. N° 728 - régimen laboral de la actividad privada.

Debido a dicho fraude a la ley es que, en la mayoría de los casos de encubrimiento de relaciones laborales bajo distintas formas de contratación, se observa como los afectados interponen sus recursos impugnatorios y los jueces luego de una valoración de los hechos contrastados con lo que establecen los documentos, llegan a la conclusión y declaran que en lo que realidad existe es una relación de carácter laboral.

Para entender mejor el principio al cual nos hemos venido refiriendo de manera tangencial en la parte de definición de términos básicos de la presente investigación; es necesario, realizar precisiones adicionales para el mejor entendimiento del mismo.

El “Principio de Primacía de la Realidad” forma parte de un conjunto de principios pertenecientes al derecho laboral, los cuales sirven para poder tener un fundamento ante un análisis de los hechos o una situación concreta en la cual existe una incertidumbre jurídica o un conflicto de intereses, según refieren Lora y Ávalos (2009, p. 159 – 160)

De igual manera señalan los autores que los principios del derecho laboral son los siguientes:

Principio in dubio pro operario, que significa que ante una duda o vacío legal debe aplicarse la norma más beneficiosa al trabajador. Principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, por el cual nadie puede renunciar a los derechos laborales que por ley le corresponden.

Principio de continuidad de la relación laboral, por medio del cual se establece que si el trabajador continúa laborando por un plazo mayor al periodo máximo de contratación laboral que establece la Ley (05 años), este alcanza la protección contra el despido arbitrario y no puede ser despedido sino por causas establecidas por Ley.

Principio de la primacía de la realidad, el cual dispone que entre lo que establecen los documentos y lo que sucede en los hechos, debe preferirse a lo que sucede en los hechos.

Principio de razonabilidad; aquel que establece una razonabilidad entre las relaciones empleador – trabajador. Este principio permite que, a través de la inclusión de un tipo de razonamiento lógico y racional, se permita mediar situaciones relacionadas con la prestación de las labores, o poder fijar límites a las potestades del empleador. Nuestro ordenamiento ha incluido este principio en la aplicación de reconocimiento de beneficios laborales y en la aplicación del poder disciplinario del empleador.

Principio de la buena fe, que implica relaciones honestas, éticas, honradas, de credibilidad entre el empleador y el trabajador a lo largo de toda la relación laboral. (p.159 - 160)

Agregan Lora y Ávalos (2009) que:

El principio de primacía de la realidad se ha materializado, en primer lugar, como la necesidad de hacer cumplir las leyes, partiendo de la irrenunciabilidad de derechos, pero, sobre todo, se ha configurado como un rol protector frente al desequilibrio de las partes, basándose en la equidad que privilegia la realidad, como forma máxima de justicia sobre las formas y manifestaciones de las partes, no siendo ello privativo sólo del Derecho Laboral sino de todo el ordenamiento jurídico.

Dicho principio tiene su origen remoto en el ideal de justicia que se fundamenta en la equidad de las partes, por tanto, este no busca favorecer a una de ellas, como sucede con los principios protectores (in dubio pro operario), sino que se funda en el privilegio de la verdad real sobre la verdad formal, ésta última entendida no solo como el documento que la sustenta sino como el acuerdo de voluntades o como la manifestación de las partes. Señalan de igual manera que en su posición, es evidente que el principio de primacía junto con el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, no es privilegio de los trabajadores y por tanto no excluye a los demás agentes que intervienen en una relación de trabajo (empleadores y

Estado), sino que constituye un principio que protege la relación laboral en sí. (p. 159 - 160)

Como vemos, según los citados autores, el principio laboral de “primacía de la realidad”, abarca toda la manifestación de la relación laboral; no sólo debe aplicarse en beneficio del trabajador, sino que tanto el legislador como los jueces deben evaluarlo teniendo en cuenta a los empleadores, sean éstos privados o públicos, dado que también puede darse el caso de encontrarnos ante una relación de carácter eminentemente civil y el locador podría de mala fe, accionar el órgano jurisdiccional por la vía judicial para requerir se declare como relación laboral una que realmente no lo es; sin embargo, a la luz de la casuística se evidencia que estos casos son los menos.

Otros autores como Mascaró (1999, p. 219) manifiestan que: “El principio de la primacía de la realidad da prioridad a la verdad real ante la verdad formal, señalando más adelante que de la interpretación de los hechos revelados por la documentación laboral, el intérprete debe actuar con el cuidado de comprobar si el contenido del documento coincide con los hechos, tal como en la verdad ocurrieron y éstos, no aquél, prevalecen”.

A su turno, Lora y Ávalos (2009) indica que:

La realidad tiene un carácter objetivo que supera la versión de las partes y la del juez, por lo que lo es importante determinar la verdad, para que ésta permita superar la subjetividad y que desde esta perspectiva, se

descartaría que el Principio de Primacía de la Realidad equivale a una presunción o a una ficción legal, debido a que estas últimas se basan en una probabilidad que el derecho da valor, en cambio dicho principio se basa en un hecho real y que así la realidad no es una simple abstracción sino que responde a un contenido que se encuentra determinado en base a las normas laborales y a la irrenunciabilidad de los derechos, los cuales son límites a la voluntad de las partes. (p. 160)

Asimismo, expresan Lora y Ávalos (2009) que:

Dicho principio no tiene como finalidad u objeto exclusivamente la determinación de una relación laboral sobre la base de una desnaturalización de una relación civil y/o comercial; sino, que también está dirigido a determinar, dentro de una relación laboral correctamente entablada, situaciones que formalmente aparecen de una manera cuando en la práctica son otra cosa. Por ejemplo, verificar que un trabajador, a pesar de haber celebrado un contrato de jornada parcial, en la realidad de los hechos, presta servicios superando las 4 horas diarias.

Como podemos apreciar de lo enunciado se extrae que, al momento de la aplicación del principio de la “primacía de la realidad”, debe realizarse una adecuada valoración, la cual puede concluir luego de su análisis que o bien el trabajador o bien el empleador ostentan la razón sobre la base de los hechos.

Ahora bien, dentro del campo de las labores inspectivas que ostenta la SUNAFIL, manifiestan Lora y Ávalos, que ésta puede incurrir en error al manifestar que la verificada se trata de una relación laboral dado que para ellos la citada autoridad no cuenta con facultades jurisdiccionales sino que más bien las actuaciones realizadas por la misma pueden servir de medios probatorios para ello dentro de un proceso judicial donde se reclame la desnaturalización, sobre la base del principio laboral de “primacía de la Realidad. (p. 164 - 165)

En la labor de inspección de la autoridad administrativa, se habría caído en uso indiscriminado del citado principio dado que los últimos pronunciamientos de la autoridad de trabajo han determinado que el solo dicho de las partes es un elemento suficiente para la aplicación del principio de primacía de la realidad pues tratan a la manifestación de una parte como un hecho objetivo, veraz y sobre todo real; sin embargo, no se puede sostener ello, dado que la apreciación depende de elementos subjetivos como son el propio interés, y medir este último representaría colocar vallas en temas de pruebas, afectando el derecho de defensa de las partes y que la sola manifestación no equivale un hecho objetivo, ni fehaciente y tampoco representa ningún beneficio a la aplicación del principio, toda vez que determinar que al contener elementos claramente subjetivos resulta casi imposible a las partes probar el hecho contrario, afectado el derecho de defensa de las partes y, por tanto, el propio debido procedimiento. (p.165).

Respeto a los pronunciamientos de la SUNAFIL, refieren Lora y Ávalos (2009) que:

Afortunadamente, en últimos pronunciamientos emitidos por la Autoridad de Trabajo, se ha intentado corregir dichos extremos. Finalmente, la Autoridad de Trabajo de Trujillo, en un reciente pronunciamiento ha señalado que no se puede aplicar el principio de primacía de la realidad para determinar la existencia de un vínculo laboral en base a la manifestación de los trabajadores entrevistados, por lo que no se puede comprobar la existencia de un vínculo laboral, ello es correcto, pues el inspector tiene una serie de facultades que le permiten indagar sobre la existencia de los elementos constitutivos de la relación laboral, siendo en el peor de los casos, el dicho de una de las partes como indicios, que serán comprobados en base a otros supuestos verificados, todos orientados a constatar los elementos esenciales del contrato de trabajo. Concluyen los citados autores que el Principio de Primacía de la Realidad contempla las siguientes características:

- Se fundamenta en la equidad, como padrón de justicia.
- Busca la verdad real sobre la formal (contrato realidad).
- La verdad real se basa en los hechos, pero estos son objetivos, veraces y fehacientes.
- El hecho objetivo se contrapone a algún elemento subjetivo o valorativo de las partes, así como de un tercero.
- No opera una presunción o ficción. (p. 167)

Lo argumentado por los referidos autores respecto a las actuaciones inspectivas de la SUNAFIL, nos parece interesante al denotar por un lado que la autoridad

inspectiva no tiene la facultad de declarar como tal una relación laboral, al no ser un órgano jurisdiccional y por otro, ha corregido los errores en los que venía incurriendo la misma, al no tomar sólo la declaración de las partes (que muchas veces es subjetiva) al momento de inspeccionar el cumplimiento de las normas socio laborales sino también realizar comprobaciones sobre hechos reales y documentos (objetiva), lo cual servirá como medios probatorios ante un proceso judicial que pudiera entablarse.

#### **4.4.2. Sentencia N° 2.**

Sentencia expedida por el Tribunal Constitucional (2015), expediente N°05057-2013-PA/TC - Junín, del 16 de abril de 2015, en los seguidos por Rosalía Beatriz Huatuco Huatuco contra el Poder Judicial (pues era una trabajadora de dicho poder del Estado), extraída del sistema de consultas de expedientes judiciales del Poder Judicial, la cual se trata de un recurso de agravio constitucional interpuesto por la citada demandante contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2013, expedida por la segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que declaró Infundada la demanda.

En efecto según se observa de la sentencia, la señora Rosalía Huatuco Huatuco (demandante), presenta recurso de agravio constitucional contra la sentencia de fecha 20 de mayo de 2013, de la Segunda Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, solicitando su reincorporación en el puesto de trabajo que venía desempeñando como secretaria judicial, argumentando que prestó servicios desde el 1 de julio de 2010 hasta el 15 de noviembre de 2011, a través de

contratos de trabajo sujetos a modalidad por servicio específico; que, sin embargo, al haber realizado labores de naturaleza permanente, sus contratos modales se han desnaturalizado y, por ende, deben ser considerados como uno de plazo indeterminado, por lo que solo podía ser despedida por una causa justa prevista en la ley, previo procedimiento establecido en el artículo 31 del Decreto Supremo N°003-97-TR.

A su turno, según se observa de lo señalado en la citada sentencia, el Procurador Público del Poder Judicial argumentó su defensa indicando que la demandante pretende que se declare el derecho de ser trabajadora a plazo indeterminado, sin haber ingresado a laborar mediante concurso público de méritos, sino a plazo fijo para lo cual se estableció fecha de inicio y término de la contratación, conforme se aprecia del copia del contrato que inició el 01.07.2010, así también del contrato que inició el 01.04.2011 y que concluyó el día de la publicación de los resultados del proceso de selección de la Plaza 019503 del cargo de Secretaria Judicial, conforme a lo descrito y precisado en la cláusula primera del referido contrato, que en cuya virtud la referida contratación no constituye afectación constitucional al derecho al trabajo, en razón a que se ha dado en el marco del Decreto Legislativo 728. Asimismo, manifiesta que "de acuerdo a la Ley del Presupuesto Anual para el Sector Público en materia de contratación de personal, el ingreso de éste se efectúa necesariamente por concurso público de méritos y sujetos a los documentos de gestión respectivos. (Exp. N° 05057-2013-PA/TC).

De igual manera, señala la sentencia que la Corte Superior de Justicia de Junín dedujo la excepción de incompetencia por razón de territorio, y contesta la demanda

alegando, que la demandante solicita su reposición al puesto laboral que venía ocupando cuando se produjo la culminación de su contrato de trabajo, por vencimiento del plazo de vigencia del mismo y que el pedido no puede ser atendido por cuanto sólo se ingresa a una relación laboral de carácter permanente a la Corte Superior vía concurso público de méritos, algo que no ha ocurrido en el presente caso y por lo que no puede accederse a lo peticionado, habiendo el Quinto Juzgado Especializado en lo Civil de Huancayo, declarado infundada la excepción y, fundada la demanda por considerar que se ha acreditado la desnaturalización de los contratos modales no solo porque la actora desempeñó labores en otro Juzgado, sino también porque el cargo de secretaria judicial que ocupaba era de naturaleza permanente y no temporal.

La Sala superior revisora revocó la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda por estimar que en el presente caso no existe fraude o simulación a las normas de contratación, y que la accionante inició y finalizó labores en el Segundo Juzgado de Paz Letrado de Huancayo, por lo que no puede alegarse fraude en su contratación.

Es así que la señora Huatuco Huatuco interpone ante el Tribunal Constitucional un recurso de agravio constitucional siendo su petitorio el ya señalado; es decir, que se ordene su reposición en el cargo que desempeñaba como secretaria judicial, por haberse desnaturalizado el respectivo contrato.

Ante este caso, la Sala dictó un precedente vinculante, que a nuestro juicio no es el adecuado dado que no reconoce una desnaturalización de un vínculo laboral a plazo determinado o de locación cuando exista el antecedente de haberse incorporado a laborar a la administración pública por concurso público.

Pasaremos a detallar las argumentaciones de la Sentencia respecto al establecimiento de precedente vinculante cuya argumentación, al igual que la anterior sentencia analizada contiene materia doctrinaria rica en contenido que consideramos necesaria citar en algunos extremos literalmente.

En efecto, señala la misma que se establece un precedente vinculante por existir divergencias en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales la cual en el tema de autos estaba dada por el hecho que, tal como lo indica la sentencia al sentar precedente, en la comunidad jurídica como en los órganos jurisdiccionales y en el Tribunal Constitucional, existen divergencias relacionadas a la interpretación de los artículo 4° y 77° del Texto Único Ordenado del D.S. 003-97-TR – T.U.O del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regulan las relaciones laborales bajo el régimen privado respecto a su aplicación a las instituciones y trabajadores de la actividad pública, específicamente, si la desnaturalización del contrato temporal o civil genera el convertirlo automáticamente en uno a plazo indeterminado, sin que sea exigible el requisito del concurso público de méritos o si tratándose del empleo público, debe exigirse el ingreso por concurso público tal como lo estipula el artículo 5° de la Ley Marco del Empleo Público. (Exp. N° 05057-2013-PA/TC).(p.3).

Por lo que la Sala consideró que, en virtud a la magnitud de la importancia de tal interpretación en los derechos de los trabajadores, así como en la optimización de los principios constitucionales que rigen la función pública y la carrera administrativa, era necesario que el Tribunal Constitucional examine dichas interpretaciones para fijar precedente vinculante que resuelva la duda en la citada interpretación.

Ante dicha declaración, la Sala procede a analizar las posiciones de interpretación que existen sobre la aplicación del régimen laboral del Decreto Legislativo N°728 privado en el Estado, y señala que es común que cuando ha habido casos de contratos de naturaleza temporal o de locación de servicios en entidades públicas reguladas, bajo el régimen antes señalado, los jueces en las demandas de amparo han realizado interpretaciones literales de los artículos 4° y 77° del citado dispositivo legal.

En efecto, el artículo 4° establece que "... en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado y el artículo 77°, prevé que los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán de duración indeterminada: (...) d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley".

Por tanto, cuando en el caso de un trabajador se demuestra la existencia de un fraude a la ley o que por aplicar el principio de "primacía de la realidad" se haya

desvirtuado la contratación civil, corresponderá reincorporar al trabajador en una contratación a plazo indeterminado.

Asimismo, se vienen dando otro tipo de interpretaciones en el sentido de que, si verifica que el demandante no se incorporó a través de un proceso público de selección de personal, entonces por aplicación de la Ley Marco del Empleo Público Ley N° 28175, la demanda debe desestimarse.

En tal sentido al existir diversas interpretaciones, el Tribunal consideró importante revisar las posiciones de interpretación relacionadas a la función pública y la carrera administrativa. Así las cosas, se señala en la citada sentencia que respecto a la función pública ésta cuenta con contenido Constitucional y debe ser comprendida como el desempeño de labores o funciones en todas las entidades del Estado y materialmente deben ser considerados como tales los cargos de los servidores públicos.

A su vez indica la sentencia que la función pública se divide en dos:

a) Función pública representativa, que son los que cuentan representación política (se le denomina también cargo) y a la cual se accede mediante el sufragio, y; b) Función pública no representativa, que es la función pública profesionalizada. Señala, que tanto la función pública representativa y no representativa deben ser interpretadas en el sentido más amplio y extenso y que como consecuencia de ello, la condición de funcionario o servidor público no se identifica por un tipo de contrato

o vínculo de un trabajador con la administración pública, sino por el desempeño de dichas funciones públicas en las entidades del Estado.

Ahora bien, en relación a la carrera administrativa, indica la sentencia de vista analizada, que ésta constituye un bien jurídico constitucional toda vez que en el artículo 40° de la Constitución Política del Perú, se reconoce a la misma como tal y se indica que por ley se regula el ingreso, los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores.

Asimismo, respecto de ella señala que de la Constitución se colige que toda limitación del derecho a la carrera administrativa debe provenir de una ley, y todo el ejercicio y derecho a la misma debe ser interpretado conforme a las leyes que regulan la misma.

Siguiendo esa línea de interpretación, también señala la sentencia materia de análisis que está prohibido deformatar el régimen específico de los funcionarios y servidores públicos, convirtiéndolos en un régimen propio de la actividad privada, dado que si por autorización de la misma norma legal se hace posible que una institución se rija por el régimen laboral privado ello no implicará convertir a los funcionarios y servidores públicos en trabajadores de la actividad privada y menos que los mismos se encuentren desvinculados de la función pública, por lo que en tanto hayan autorizaciones legales, estas deben estar interpretadas en compatibilidad con el capítulo IV de la Carta Magna o con otros que resulten concordante o pertinentes.

A mayor abundamiento, precisa que, respecto a la función pública, que en cuanto a la misma, existen principios entre los que se encuentran; a) Acceder o ingresar a la función pública, b) ejercerla plenamente, c) ascender en la función pública y d) condiciones iguales de acceso y e) meritocracia, el cual debe observarse en toda entidad pública y toda actuación de la administración del Estado.

Agrega además la Sentencia que en esa línea, el Tribunal, en su jurisprudencia, ha establecido que en los procesos de amparo en los cuales se demanda al Estado para que un ex trabajador sea reincorporado, cuando se interponga y admita una demanda debe registrarse como una posible contingencia económica que es necesario prever en el presupuesto, con la finalidad de que la plaza que ocupaba el demandante se mantenga presupuestada para, de ser el caso, actuar o ejecutar en forma inmediata la sentencia estimatoria siempre y cuando se verifique que el demandante ha ingresado mediante concurso público de méritos y abierto para una plaza presupuestada y vacante de duración indeterminada, criterio con el cual no nos encontramos conformes dado que han sido numerosos los casos de uso indebido de contratos civiles de locación de servicios para encubrir relaciones laborales y por el hecho de no haberse ingresado por concurso público de méritos no puede burlarse del derecho a contar con una relación laboral a plazo indeterminado.

De igual modo, la Sentencia materia de análisis expedida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°05057-2013-PA/TC – Junín (2015), en su Fundamento N°18, señala que:

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.(p. 10)

Dicho Fundamento, en nuestra opinión, limita y restringe el derecho al trabajo dado que, según éste, en caso el ingreso al servicio público no se haya realizado mediante proceso de selección público, no se podrá declarar la desnaturalización del contrato civil; es decir, se está dejando en situación de indefensión a aquellos que, a pesar de desarrollar funciones permanentes en la administración pública, no tendrían nunca el derecho de contar con una relación contractual de carácter laboral.

En el Fundamento 21 se señala que:

En cuanto a los efectos temporales de la presente sentencia, cabe precisar que las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante (entre ellas la exigencia de que la incorporación o "reposición" a la

administración pública sólo proceda cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada) deben ser de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano, incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional. (p. 11 - 12)

Este Fundamento reitera el requisito del ingreso por concurso público para poder declarar desnaturalizado un contrato desde la publicación de la sentencia, esto es, desde el mes de abril de 2015.

En el Fundamento 22 se establece lo siguiente:

En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante solicite la indemnización que corresponda, conforme a lo previsto en el artículo 38° del TUO del Decreto Legislativo N° 728. Dicha vía proseguirá el trámite conforme a la ley procesal de la materia y no podrá ser rechazada por la causal de extemporaneidad. Una vez que el juez laboral competente se avoque al conocimiento del caso, deberá entenderse presentada y admitida la demanda laboral, y se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecue su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el

demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Por su parte, señala el Fundamento N° 23 que: “Las demandas presentadas luego de la publicación del precedente de autos y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción mencionada en el párrafo anterior”.

Seguidamente la sentencia de vista señala que los fundamentos citados entre otros, se constituyen en precedentes vinculantes. En efecto, la Sentencia materia de análisis expedida por el Tribunal Constitucional (2015) recaída en el expediente N°05057-2013-PA/TC – Junín señala que:

Teniendo como punto de partida la naturaleza del caso concreto y con la finalidad de ordenar las diferentes posiciones interpretativas que operan en la jurisprudencia constitucional, resulta necesario establecer de modo vinculante determinados parámetros para resolver procesos interpuestos por aquellas personas que, habiendo mantenido una relación contractual de carácter temporal o civil con alguna entidad del aparato estatal, reclaman la desnaturalización de sus contratos y exigen ser reincorporadas con una relación de trabajo de naturaleza indeterminada. En consecuencia, es indispensable, para ordenar la reposición en los términos que exige la parte

demandante, que el juzgador analice y verifique que se cumplan determinadas reglas establecidas en la presente sentencia. (Fundamento N° 25)

De igual manera dicha sentencia sostiene que:

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, las reglas contenidas en los fundamentos 18, 20, 21, 22 y 23 supra, constituyen precedente vinculante, siendo determinantes para resolver si a través de la vía del proceso constitucional de amparo, se ordenará o no la reincorporación de la parte demandante como trabajador con un contrato laboral a plazo indeterminado. Tales exigencias se ajustan y respetan la Constitución y demás normas legales vigentes que regulan la contratación de personal en el Estado. (Fundamento N° 26)

Como resumen a toda la sentencia (precedente vinculante Huatuco Huatuco), ésta concluye en lo siguiente según lo refiere el magistrado Blume en la misma sentencia a la cual nos venimos refiriendo:

En el sector público no podrá ordenarse la incorporación o reposición a tiempo indeterminado de los trabajadores despedidos en los casos que se acredite la desnaturalización del contrato temporal o del contrato civil, por cuanto la incorporación o reposición a la Administración Pública sólo procede cuando el ingreso del trabajador se haya realizado mediante concurso público y abierto para una plaza presupuestada, vacante de duración indeterminada. Esta regla es de aplicación inmediata y no alcanza al sector privado.

Las entidades estatales deben imponer las sanciones que correspondan a aquellos funcionarios y/o servidores que tuvieron responsabilidad en la elaboración del contrato temporal que fue declarado desnaturalizado en un proceso judicial.

A fin de determinar la responsabilidad de tales funcionarios y/o servidores, las entidades estatales recurrirán a sus propios documentos internos y de gestión, proporcionando posteriormente dicha información a la Oficina de Control Interno, a fin de que se efectúen las investigaciones del caso, se lleve a cabo el procedimiento administrativo disciplinario respectivo y se establezcan las sanciones pertinentes.

Los servidores y funcionarios públicos incurren en responsabilidad administrativa funcional cuando contravienen el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen o cuando en el ejercicio de sus funciones hayan realizado una gestión deficiente. A su vez, incurren en responsabilidad civil cuando, por su acción u omisión, hayan ocasionado un daño económico al Estado, siendo necesario que éste sea ocasionado por incumplir sus funciones, por dolo o culpa, sea ésta inexcusable o leve.

En el supuesto de que en un proceso de amparo el demandante no pueda ser reincorporado por no haber ingresado por concurso público de méritos para una plaza presupuestada, vacante, de duración indeterminada, el juez reconducirá el proceso a la vía ordinaria laboral para que la parte demandante

solicite la indemnización que corresponda. Se otorgará al demandante un plazo razonable a efectos de que adecúe su demanda conforme a las reglas previstas para la etapa postulatoria del proceso laboral. Transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Sus reglas son de aplicación inmediata a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", incluso a los procesos de amparo que se encuentren en trámite ante el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional.

Las demandas presentadas luego de su publicación y que no acrediten el presupuesto de haber ingresado por concurso público de méritos a la Administración Pública para una plaza presupuestada y vacante a plazo indeterminado, deberán ser declaradas improcedentes, sin que opere la reconducción del proceso.

Al respecto, no nos encontramos de acuerdo a lo señalado en la Sentencia Huatuco y aplaudimos el voto en discordia del magistrado Blume quien indica que:

La Sentencia es contraria a la línea jurisprudencial uniforme desarrollada por el Tribunal Constitucional desde que inició sus funciones, ya que elimina el derecho a la reposición o reincorporación de los trabajadores del sector público que ingresaron sin concurso público, sin importar el tiempo de servicios para el Estado y a pesar de que por aplicación del Principio de la Primacía de la Realidad se haya acreditado que realizan una labor

permanente, afectando el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo y del derecho a la protección adecuada contra el despido arbitrario, consagrados en los artículos 22 y 27 de la Constitución Política del Perú. (p. 26)

Señala además Blume que dicha sentencia:

Convalida un eventual accionar abusivo, lesivo e irresponsable del Estado en la contratación pública laboral, perjudicando injustamente al trabajador y desconociendo las garantías mínimas previstas en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, sin tener en cuenta las graves consecuencias socioeconómicas para las personas despedidas y sus familiares y dependientes, tales como la pérdida de ingresos y la disminución del patrón de vida, contrariando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentada en el caso Baena Ricardo y otros versus Panamá, sobre los despidos efectuados sin respetar las garantías mínimas, a pesar de que tal jurisprudencia ha sido invocada, recogida y asumida por el propio Tribunal Constitucional en numerosas sentencias, como es el caso de la STC 00606-2010-PA/TC, ejecutoria en la que el Tribunal Constitucional señaló que el despido será legítimo solo cuando la decisión del empleador se fundamente en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que brinda el derecho fundamental al debido proceso, pues el resultado de una sanción en el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea

acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad que deben aplicarse teniendo presentes la gravedad de la falta cometida, la categoría, la antigüedad y los antecedentes disciplinarios del trabajador, entre otros aspectos. (p.26 - 27)

Agrega también Blume que:

La sentencia tiene un sentido reglamentista, y punitivo que hace énfasis en la sanción y penalización de los funcionarios y trabajadores encargados de la contratación pública, desconociendo que la contratación pública nacional presenta, desde hace varias décadas, la característica que miles de trabajadores que laboran en el sector público han sido contratado sin concurso, obviando que las renovaciones constantes de sus contratos traducen también una evaluación en los hechos, confirmada por su permanencia en el trabajo y por la primacía de la realidad; confundiendo, además, el ejercicio de la magistratura constitucional con el ejercicio de la labor legislativa y el ejercicio del control de la gestión gubernamental, que son propias del Poder Legislativo y de los entes facultados para emitir normas de derecho positivo, así como de la Contraloría General de la República, como si el Tribunal Constitucional fuera un órgano legislativo y parte dependiente del sistema nacional de control. (p. 27)

Dicha sentencia consta de inconstitucionales efectos retroactivos sobre situaciones anteriores a su aprobación, frustrando las expectativas y violando el derecho de los trabajadores del sector público que hayan celebrado contratos temporales o civiles

del sector público, que hayan obtenido sentencia que ordene su reposición, que se encontraban tramitando su reposición judicial o por iniciar un proceso con tal fin.

Pensamos en la misma línea que el magistrado Blume en el sentido que el precedente Huatuco Huatuco:

Desprotege a los trabajadores del sector público que no ingresaron por concurso para plaza vacante y presupuestada, despojándolos de sus derechos constitucionales al trabajo, a la reposición y a la protección contra el despido arbitrario, desconociendo y contradiciendo la línea jurisprudencial desarrollada por el Tribunal Constitucional desde su creación. Desconoce el principio de la primacía de la realidad. Otorga un trato desigual y discriminatorio a los trabajadores del sector público frente a los trabajadores del sector privado, respecto a sus derechos al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario” (p. 58)

#### **4.4.3 Otras Sentencias Sobre Desnaturalización de Contrato.**

Pasaremos a analizar otras sentencia citadas por Fortino en su voto en discordia y que se encuentran citadas en éste y donde explica el razonamiento lógico jurídico de los pronunciamientos anteriormente emitidos, en defensa al trabajo que tienen toda persona y en el cual los jueces, haciendo un análisis de lo sucedido en los hechos y en lo que obra en los documentos en cada expediente judicial y en las cuales se colige que se incurrió en una violación al derecho al trabajo, debiendo reconocerse un contrato laboral bajo el principio laboral de “primacía de la realidad”.

- **Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2545-2003-PAJTC (2003)**, en el Proceso de Acción de Amparo seguido por Frine Mallqui Oriundo contra el Presidente del Comité Local de Administración de Salud del distrito de San Juan Bautista (CLAS), por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió declarar fundada la acción de amparo y en consecuencia ordena la reposición de la recurrente en el mismo cargo, o en otro de similar nivel.

El Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

Del estudio de autos se aprecian las copias de los contratos de servicios no personales, suscritos por la demandante para asumir el cargo de auxiliar de farmacia, con una jornada de trabajo de lunes a viernes y bajo subordinación; con lo cual queda acreditada su relación laboral con el CLAS San Juan Bautista, advirtiéndose, que tal vínculo laboral comenzó el 9 de setiembre de 1996 y duró hasta el 28 de febrero de 2003, en que fue despedida; esto es, que duró más de 6 años. (p.34)

Según lo exponen en dicha sentencia (a la cual hace referencia Blume en la sustentación de su voto en discordia del caso Huatuco antes revisada) los magistrados firmantes: Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, en el presente caso: “se presume la existencia de un contrato de trabajo pues concurren los elementos esenciales del mismo: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración”. (p.34)

Señalan además Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma que:

Es aplicable al caso el principio de primacía de la realidad, por lo que del contenido de los contratos se advierte que existía una relación laboral entre la demandante y la demandada; por tanto, las labores que realizaba eran de naturaleza permanente y no eventual y por el período de más de 6 años, por lo que habiendo en exceso superado el período de prueba solo podía ser cesada por causa justa contemplada en el Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (p.34)

**- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 01162-2005-PA/TC (2005)**, en el proceso de amparo iniciado por Elvio Núñez Becerra contra el Poder Judicial, por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, y en la cual se resolvió declarar fundada la demanda y ordena la reposición de Elvio Núñez Becerra, en el cargo que venía desempeñando o en otro de similar categoría

Señala Blume, que la decisión del Tribunal Constitucional se basó, en el hecho que: Con las planillas de remuneraciones y las boletas de pago se probó de manera indubitable que el demandante, durante el período contratado no percibía una retribución por los servicios que prestaba, sino una remuneración, ya que la demandada cumplía con retenerle las aportaciones de seguridad social y salud, por lo que se configuraba una relación laboral pues la demandada cumplía con una obligación propia de un empleador y no la de un comitente, como alega ser el emplazado y se concluye en la misma que habiéndose determinado que el demandante al margen de lo consignado en el texto de los contratos de locación de servicios no personales suscritos

por las partes ha desempeñado labores subordinadas y permanentes, por lo que debe aplicarse al caso 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 el demandado, al haber despedido al demandante sin haberle expresado la existencia de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta laboral que justifique dicha decisión, ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, pues lo ha despedido arbitrariamente. (p. 15)

**- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N°4877-2005-PATTC (2005), dictada en el proceso de Acción de Amparo seguido por René Ancaya Morán contra el PRONAA,** por afectación del derecho al trabajo y del derecho a la protección contra el despido arbitrario, en la cual se resolvió declarar fundada en parte la demanda, sin efecto legal la Carta 012-2003- OAD/PRONAA, de fecha 28 de marzo de 2003, ordenando que se reponga al demandante como trabajador en el cargo que venía desempeñando, o en otro de similar categoría o nivel.

Señala Blume en la Sentencia Huatuco (2013) que anteriormente hemos comentado extensamente, que:

En dicho caso la decisión de los magistrados Alva Orlandini, Bardelli Gartirigoyen y Landa Arroyo del Tribunal Constitucional se basó, entre otros aspectos, en que, con el certificado de trabajo, se acreditaba que el demandante suscribió contratos de locación de servicios no personales con vigencia desde el 1 de noviembre de 2002 hasta el 31 de marzo de 2003; esto es, para prestar servicios sin estar subordinado, por cierto tiempo, o para un

trabajo determinado, a cambio de una retribución; sin embargo, con las papeletas de permiso obrantes, se demuestra que el demandante se encontraba subordinado a un jefe inmediato, al cual solicitaba permiso de salida para realizar las labores para las que fue contratado que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, prevalecen los hechos sobre las formas y apariencias de los contratos civiles suscritos por el demandante, resultando, además, evidente que con tales contratos se pretendía esconder una relación laboral. (p.38)

Ahora bien, pese a lo expuesto en el precedente Huatuco, hemos encontrado un caso relacionado a la entidad donde laboramos. Así las cosas, a través la Sentencia de la Segunda Sala Laboral – NLPT-29497 recaída en el Expediente N°3128-2013-0-1706-JR-LA-01 (2019), en el proceso por desnaturalización laboral extraída del sistema de consultas del Poder Judicial, seguido por Luz Cecilia Tello Llatas en contra del órgano Desconcentrado de Lambayeque, se resolvió declarar la desnaturalización del contrato de intermediación laboral celebrado entre ESSALUD y P Y M OPERACIONES SRL, en consecuencia declarar una relación laboral indeterminada entre la accionante y ESSALUD bajo el régimen del Decreto Legislativo N°728 en el cargo de operadora de módulo y declarar nulo el despido fraudulento efectuado por ESSALUD y ordenar que ESSALUD reincorpore a la demandante en el puesto que venía desempeñado al momento del cese como operadora de módulo u otro de similar jerarquía, ordenando además pagar las remuneraciones dejadas de percibir entre otros beneficios laborales.

En dicho caso, la desnaturalización operó respecto a un contrato denominado de intermediación laboral y tal como lo sustenta el juez, este modo de contrataciones

(intermediación laboral) no hace más que habilitar al mismo Estado a valerse de sus propias omisiones las cuales generan situaciones que afectan derechos laborales, dado que la contratación realizada se llevó a cabo en un contexto distinto a los supuestos establecidos en la Ley N°27056 - Ley de Creación del Seguro Social de Salud (1997), la misma que en el numeral 1.2 del artículo 1° concluye que ESSALUD tiene por finalidad dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas, y prestaciones sociales que corresponden al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud, así como otros seguros de riesgos humanos), dado que la contratación no se adecuó a la realidad en que se desarrolló la vinculación laboral de la demandante, por lo que se evidencia una tangible evasión a la normativa legal.

Como vemos, los citados fallos son un ejemplo de la multitud de sentencias que evidencian y demuestran fehacientemente las constantes vulneraciones al derecho al trabajo en que incurre el propio Estado y en las que sobre la base del principio laboral de la “primacía de la realidad” se han reconocido como tales las relaciones laborales señalando además que la gran parte de éstas se han originado en virtud a la celebración de contratos de servicios no personales en la modalidad de locación de servicios que es la vinculación contractual que pretende desconocer el precedente Huatuco al señalar que no resulta factible aplicar el principio de “primacía de la realidad” y por ende calificar una relación laboral cuando previamente no ha existido un concurso público de méritos, eliminando con ello toda forma de defensa de múltiples locadores de servicios que vienen quedando vulnerados en sus derechos laborales que por ley les corresponden.

Nosotros aplaudimos que aún existan magistrados que a través de sus fallos no vulneran los derechos laborales cuando evidencian a todas luces un encubrimiento por parte del mismo Estado de una contratación laboral a través de un contrato civil de locación de servicio.

#### **4.5 Los intentos legislativos por solucionar el problema presentado**

El problema demostrado en esta investigación se ha convertido en un uso generalizado en el sector público al ser el mismo Estado el actor principal en la celebración de contratos de locación de servicios cuando realmente corresponde la celebración de un contrato laboral y es por dichas consideraciones que los afectados han acudido a hacer valer sus derechos al órgano jurisdiccional, situación que debe ser eliminada tajantemente, dado que con ello se están vulnerando derechos constitucionalmente reconocidos.

Siendo ello, así hemos verificado que han sido a través de los años, varios los intentos legislativos que han tratado de para evitar dichas situaciones, algunos de los cuales pasamos a detallar:

**4.5.1 Ley N° 24041 (1985) - “Servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él”.**

Es el caso que la Ley N° 24041 en su artículo 1° dispuso expresamente lo siguiente:  
“ Los servidores contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16° de la misma ley”.

A su turno, el artículo 2° señaló que: “No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar: 1.- Trabajos para obra determinada. 2.- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada. 3.- Labores eventuales o accidentales de corta duración. 4.- Funciones políticas o de confianza”.

Como puede observarse y de lo que se desprende del texto de la citada norma legal, desde el año 1985 ya era usual la práctica de contratar a personas bajo la figura de locación de servicios para desempeñar labores permanentes, por lo que, para darles un amparo legal a los contratados bajo dicha modalidad, se establece que éstos no podían ser sean cesados o destituidos si ya contaban con un año de servicios.

Se entiende además que la prohibición sólo se establecía para el caso de las locaciones de servicios autónomas que implicaban sucesión de labores, ello se extrae de lo enunciado en el artículo 2° al señalar que no se aplica el derecho citado

a quienes han sido contratados para obras o servicios de duración determinada; sin embargo, consideramos que el legislador debió ordenar que dichas contrataciones debían ser consideradas como unas laborales a plazo indeterminado y no sólo señalar que continuaban laborando dado que igual se seguía vulnerando las prerrogativas de percibir los beneficios legales que emanan de una relación laboral.

Cabe señalar que en tanto se encontraba vigente la citada norma legal, el Tribunal Constitucional en numerosa jurisprudencia, se inclinó por otorgar estabilidad laboral a los trabajadores del Estado, al aplicar lo señalado en la Ley glosada sin solicitar como requisito para ello que el ingreso al Estado se lleve a cabo mediante el correspondiente concurso público y para lo cual se invocaban los distintos principios del Derecho Laboral como el de “primacía de la realidad” para los casos de personas contratadas por locación de servicios que superaban el año, por simulación formal de un contrato civil pues en la práctica se estaba encubriendo una contratación laboral.

Para mayor precisión, tal como lo señala Meléndez (2015):

Resultaría absurdo pensar que una entidad por ser del Estado se le pueda excluir del ámbito de aplicación del principio de primacía de la realidad, dado que ello implicaría la trasgresión de la Carta Magna la misma que en el artículo 23° establece que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, no desconocer o rebajarla dignidad del trabajador, y el artículo 26° inciso 2), que se refiere al

carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley (p. 1)

En tal sentido, el Estado no cuenta con privilegio alguno el cual le exima del cumplimiento de las obligaciones y derechos para con los trabajadores que se incorporan a laboral en las entidades públicas, pues de lo contrario, el principio de igualdad contenido en nuestra Constitución no cumplirá su real finalidad.

#### **4.5.2 Decreto Legislativo 1057 (2008) - “Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios”.**

Uno de los intentos legislativos por erradicar las contrataciones los contratos de servicios no personales, se dio mediante el Decreto Legislativo 1057, el mismo que en la Cuarta Disposición Complementaria Final dispone lo siguiente: “Las entidades comprendidas en la presente norma quedan prohibidas en lo sucesivo de suscribir o prorrogar contratos de servicios no personales o de cualquier modalidad contractual para la prestación de servicios no autónomos. Las partes están facultadas para sustituirlos antes de su vencimiento, por contratos celebrados con arreglo a la presente norma”.

De la lectura de la citada Disposición, tenemos que legalmente, desde la dación de la norma esto es desde el 27 de junio de 2008, (en teoría) ya no se encontraba permitido realizar contrataciones de servicios no personales en el sector público; sin embargo, esto cayó en letra muerta dado que todas las entidades continuaron

celebrando contratos de locación de servicios, encubriendo a través de la elaboración de perfiles no reales que se trataba de una contratación para la realización de labores de naturaleza permanente, haciéndolas pasar por labores transitorias para encubrir una contratación laboral.

A manera de comentario, debemos señalar que incluso la modalidad de contratación administrativa de servicios denominada “CAS” en la administración pública, si bien era un régimen laboral temporal en un principio. Luego con la dación de la Ley N°31131 (2021) - “Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del Sector Público”, se le otorgó al personal contratado bajo dicha modalidad al 08 de marzo de 2021 la naturaleza de contrataciones indeterminadas, con lo cual se evidenciaba una vez más que las contrataciones CAS que el Estado realizaba en el fondo tenían y tienen vocación de permanencia en el tiempo por lo que correspondería la declaración de un contrato de trabajo bajo el régimen laboral del Decreto Legislativo N°728.

Lo señalado, nos permite concluir que el contrato administrativo de servicios surgió como una modalidad híbrida entre el contrato de locación de servicios y el contrato laboral, pero la realidad rebasó a la práctica, tendiendo cada vez las contrataciones CAS a convertirse en contrataciones laborales a plazo indeterminado per se.

#### **4.5.3 Decreto Supremo N°040-2014-PCM (2014) – “Reglamento General de la Ley del Servicio Civil”.**

A su turno, el Reglamento de la Ley del Servicio Civil establece en su Sexta Disposición Complementaria Final lo siguiente: “Las entidades sólo pueden contratar a personas naturales bajo la figura de locación de servicios prevista en el artículo 1764 del Código Civil y sus normas complementarias, para realizar labores no subordinadas, bajo responsabilidad del titular.”

Al respecto, el Reglamento al que hemos hecho mención, no hace alusión para efectos de las prohibiciones a las contrataciones de locación de servicios, ni a las labores de naturaleza permanente, sino que hace se refiere únicamente a las “labores de naturaleza subordinada”; es decir, podría entenderse que sí no hay relación de subordinación así las labores sean de naturaleza permanente sí se podrían realizar dichas contrataciones, por lo que no nos encontramos conformes con lo señalado en la norma legal para efectos de la prohibición de la contratación de locación de servicios, dado que debió prever que no podía darse dicha modalidad, ni para labores subordinadas, ni para labores de naturaleza permanente que son propias de la entidad.

En efecto, bajo ese supuesto una entidad pública podría contratar locadores de servicios para realizar labores permanentes cuando lo que legalmente correspondería es que se celebre con ésta un contrato de trabajo, por lo que consideramos que dicha norma cae en un error legislativo intencional, adicional para seguir buscando maneras de evadir y encubrir una relación laboral bajo la figura de una contratación civil.

#### **4.5.4 Decreto de Urgencia N° 016-2020 (2020) – “Establece medidas en materia de los Recursos Humanos del sector público”.**

En lo que respecta al D.U.N°016-2020, se tiene que el mismo derogó la Ley N°24041 para evitar que las entidades públicas puedan, a nuestro modo de ver, seguir contando con los locadores de servicios que realizaban labores permanentes pues con dicha norma ya no era factible cortar los contratos de aquellos que ya tenía más de un año realizando dicha clase de labores.

#### **4.5.5 Ley N° 31298 (2021) – “Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de Locación de Servicios para actividades de naturaleza subordinada”.**

Con la dación de este dispositivo legal, se confirma lo señalado en la presente investigación en el sentido de que queda demostrado fehacientemente que en el Estado se ha utilizado indebidamente el contrato de locación de servicios para desvirtuar una relación de carácter laboral, pues en la práctica los locadores de servicios de la administración pública llevan a cabo las funciones bajo las directrices de un personal de la entidad, asimismo se encuentran sujetos a un horario, realizan sus funciones en la entidad, se les dota de equipos para el desempeño de sus funciones; entre otras características que denotan una contratación laboral.

En efecto, el artículo 1° de la cita norma legal dispone expresamente lo siguiente: “El objeto de la presente ley es prohibir a las entidades públicas la contratación de personal mediante la modalidad de locación de servicios con la finalidad de evitar

la desnaturalización de la relación laboral, garantizando el derecho de los trabajadores en todas las entidades del sector público”.

Como vemos, el mismo parafraseo del citado artículo, evidencia que, en muchas de las entidades públicas, por no decir todas, se han venido desnaturalizando los contratos de locación de servicios y convertido en unos de naturaleza laboral, porque justamente es el mismo Estado quien realizaba dichas contrataciones para realizar labores permanentes y de esta manera evitar pagar los derechos que por ley le asiste a un trabajador que se encuentra bajo el marco de una contratación laboral.

De igual manera, en el artículo 3° de la norma legal acotada, se vuelve a poner a la luz el encubrimiento que el Estado ha venido realizando al contratar servicios no personales bajo la modalidad de locación de servicios cuando en la práctica correspondía una vinculación laboral. En efecto, el numeral 3.1 del artículo 3° estipulaba lo siguiente: “3.1 Prohíbese a las entidades mencionadas en el artículo 2, contratar personal a través de la modalidad de locación de servicios para cubrir puestos o funciones de carácter permanente o no permanente, bajo responsabilidad administrativa, penal y civil, de corresponder, de los funcionarios o servidores que soliciten o autoricen la contratación”.

El artículo 3° denota que en la administración pública se ha venido dando la contratación civil antes señalada para efectos de realizar labores permanentes y bajo subordinación y por dichas consideraciones estableció una prohibición bajo las responsabilidades que pudieran corresponder a quienes autoricen dichas

contrataciones; sin embargo, el legislador nuevamente comete un equívoco cuando en el numeral 3.2 del mismo artículo 3°, echa una suerte de salvavidas a los gestores para seguir en el mismo problema a nuestro modo de ver.

En efecto, el citado numeral prevé lo siguiente: “3.2. Exceptuase de la disposición establecida en el párrafo 3.1 la contratación, bajo la modalidad de locación de servicios, de servicios de carácter urgente y temporal, debidamente acreditados, y por un lapso que no podrá exceder 6 meses calendario, bajo la misma responsabilidad funcional descrita en el párrafo 3.1.”.

A raíz de dicho numeral nos preguntamos entonces ¿cuál era el sentido de la ley si por un lado se prohíbe la celebración de contrataciones civiles de locaciones para cubrir labores permanentes o no permanentes y por el otro lado se permite dicha contratación por excepción?

La respuesta a la citada interrogante cae de madura ya que como vemos, a pesar de que el legislador es consciente del hecho que existe un encubrimiento de la relación laboral, cuando establece que pueden celebrarse dichos contratos para el desempeño de labores permanentes o no permanentes, es bien sabido que las contrataciones civiles no se realizan para llevar a cabo funciones de naturaleza permanente, por lo que el numeral 3.2 lo ha establecido como una suerte de salvavidas para continuar en el círculo vicioso generado.

Además, de las normas legales citadas y de data más reciente tenemos que a través de la Primera de las Disposiciones Complementarias Finales de la Ley N°31298 (2021), se le otorgó a las entidades del sector público el plazo máximo de

adecuación de un año (esto es hasta el 19 de julio de 2022) a fin de que éstas lleven a cabo procesos de selección a través de los cuales se incorpore al régimen laboral correspondiente a los locadores que realizaban al 21 de julio de 2021, actividades permanentes, previa evaluación de sus méritos e idoneidad.

El señalado, se denota como un intento adicional del legislador de tratar de ordenar la administración pública de tal forma que los locadores pasen a ser contratados bajo el marco legal y la figura contractual que realmente les corresponde; es decir, bajo la figura de un contrato laboral en donde les sean reconocidos todos los derechos que por ley les es aplicable, sin éxito hasta el momento en que realizamos el presente trabajo porque se sigue en la práctica manteniendo en la práctica la misma realidad problemática.

Lo señalado nos lleva a concluir que continuamente se vienen dando, intentos legislativos para prohibir las locaciones de servicios en el Estado ordenándose a las entidades a formalizar de alguna u otra manera a dichos prestadores de servicios bajo el marco de un contrato legal de naturaleza laboral; sin embargo, dichos intentos siguen siendo infructuosos.

Lo señalado se encuentra corroborado por comentarios de otros estudiosos que han llegado a conclusiones similares. En efecto, realizamos una búsqueda a través de Google y encontramos varios comentarios sobre lo que sostenemos, uno de ellos es el emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas en su Informe N° 0136- 2021-EF/54.02 (2021), en el cual se señala que el objeto de la norma legal aludida

es “prohibir a las entidades públicas la contratación de personal mediante la modalidad de locación de servicios con la finalidad de evitar la desnaturalización de la relación laboral, garantizando el derecho de los trabajadores en todas las entidades del sector público”.

Dicho informe, también hace alusión al Dictamen de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, relacionado a la Ley N° 31298, a la cual nos hemos referido anteriormente, el mismo que señala lo siguiente respecto al contrato de servicios no personales (locación de servicios): “Dicha modalidad de contratación sirve además para que el Estado continúe con una indebida desviación y abusos sistemáticos de las contrataciones de los trabajadores públicos al suscribir con ellos contratos de trabajo simulados bajo la figura de locación de servicios, siendo en realidad la función que estos trabajadores realizan una labor de manera permanente y subordinada en la administración pública”.

Por todo ello, debe entender que el contrato de locación de servicios, por su propia naturaleza, no supone una relación de subordinación con el comitente, puesto que su uso en la administración pública solo debe estar dirigido a que el locador preste sus servicios a ésta de manera independiente, tal como así lo tiene disciplinado el artículo 1764 del Código Civil; empero, si esa subordinación se presenta en la prestación laboral es absurdo considerar que el contrato sigue teniendo la naturaleza jurídica de una prestación locativa, ya que se ha convertido por la taxatividad de la Ley en un contrato laboral de duración indeterminada”.

Además de lo citado, el referido Dictamen también señala que “las prohibiciones de contratar locadores no significan que la entidad no pueda suscribir contratos de locación de servicios, sino que este tipo de contratación queda reservado únicamente para aquellos supuestos en los que la prestación de servicios se realiza de forma independiente, es decir, sin la presencia de dependencia por parte del contratado”.

Como vemos, los documentos encontrados coinciden con la tesis presentada en nuestra investigación.

#### **4.6 Causas por las cuales las entidades del Estado celebran contratos de locación de servicios y no contratos de naturaleza laboral, encubriendo así una relación laboral.**

Finalmente, si nos ponemos a realizar las causales por las cuales es el mismo Estado el que realiza un uso indebido del contrato de locación de servicios y otras modalidades de contratación para encubrir una relación laboral, tenemos que algunas de éstas son las siguientes:

- 1) La reducción de los costos laborales.
  
- 2) La necesidad de contrataciones ágiles para satisfacer necesidades urgentes de la entidad.

3) Contratar de alguna manera a una persona en tanto se incorpore luego a la planilla la entidad, ilegalidad que se ha legalizado al haberse emitido leyes que establecen que los locadores de servicios deben ser contratados directamente por las entidades del Estado donde prestan servicios, transgrediendo de igual forma el principio de meritocracia y de ingreso al sector público mediante concurso público.

4) Inadecuado dimensionamiento de las entidades públicas.

5) Ausencia de presupuesto para gastos de personal en las entidades públicas.

6) Inadecuada elaboración del Reglamento de Organización y Funciones y del Manual de Perfiles de Puestos de la entidad.

7) Pago de favores.

8) Evasión de responsabilidades; etc.

Pese a las citadas causas somos de la opinión que nada debe justificar el hecho del encubrimiento por parte del Estado de una contratación laboral a través de las contrataciones civiles de locación de servicios.

Consideramos que la única solución es la eliminación de dichas modalidades de contratación en el sector estatal lo cual se llevaría a cabo a través de la expedición de una norma legal que impida las contrataciones civiles bajo la modalidad de locación de servicios de manera permanente y estableciendo sanciones a quienes

incurran en su incumplimiento así como la inhabilitación para trabajar en el Estado, toda vez que el derecho trasgredido es el derecho al trabajo reconocido constitucionalmente.

El continuar con dichas infracciones nos haría cómplices por el hecho de continuar permitiendo el abuso sobre los derechos fundamentales que ostenta toda persona humana que para efectos del presente trabajo es el del del derecho al trabajo el cual dignifica a la persona humana.

## CONCLUSIONES

1.- La mayoría de entidades del Estado han venido utilizando indebidamente el contrato civil de locación de servicios para ocultar o encubrir una contratación de carácter laboral.

2.- Mientras las leyes anuales de presupuesto establezcan límites a los nuevos ingresos de personal, las entidades públicas seguirán incurriendo en el uso indebido de las contrataciones civiles.

3.- A pesar de los intentos legislativos para eliminar los contratos civiles de locación de servicios en el Estado para realizar labores de carácter permanente, éstos siguen sin dar resultados, dado que se sigue haciendo uso inadecuado de dichas contrataciones.

4.- Consideramos necesario emitir una norma legal a través de la cual en el sector público se prohíba contratar servicios personales (locación de servicios), de tal manera que cuando se requiera un servicio profesional necesariamente se celebre un contrato de trabajo.

5.- Deben seguirse realizando esfuerzos por partes del Estado para unificar el servicio civil; de lo contrario, se seguirán creando regímenes diferenciados que, aunque se revistan de carácter civil, encubrirán una relación laboral.

6.- Consideramos necesario emitir una normativa que establezca sanciones a los gestores de entidades del Estado que celebren contrataciones civiles para encubrir una relación laboral.

## FUENTES DE LA INFORMACIÓN

### Bibliográficas

- Arias - Schereiber, M. (1986) Exégesis del Código Civil de 1984. Tomo III, Editorial San Jerónimo. Lima, Perú.
- García, A. (2010) ¿Cómo se está aplicando los Principios Laborales en el Perú? Un enfoque teórico – jurisprudencial. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Gonzales, L. (2013) Primacía de la Realidad y Medios Probatorios. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Gonzales y De Lama (2010) Desnaturalización en las relaciones laborales. Soluciones Laborales. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Huayanay, H. (2002) Contratos - El Contrato de Locación de Servicios. MFC Editores E.I.R.L. Lima, Perú.
- Lavalle, E. (1992) Contratos Civiles y Comerciales. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, Chile.
- Mascaro, A. (1999) Teoría General del Derecho del Trabajo. Sao Paulo, Brasil.
- Pla, A. (1978). Los principios del derecho del trabajo. Editorial Depalma. Buenos Aires, Argentina.
- Rizzi, M. (1936) Tratado de Derecho Privado Romano. Buenos Aires, Argentina.
- Romero F. (2004) “El Principio de veracidad o principio de la realidad. Editado por Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Lima, Perú.
- Sanguineti, R. (2000) El contrato de Locación de servicios. 2ª Edición, Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- Taramona, J. (1994) Manual de Contratos Civiles y Comerciales. Tomo IV. Editora Grijley EIRL. Santiago, Chile.

## **Legales**

### **Legislación Nacional:**

Congreso Constituyente Democrático (1993). Constitución Política del Perú.

Congreso de la República (2008). Decreto Legislativo N°1057 - Decreto Legislativo que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Congreso de la República (2013). Ley N°30057 - Ley del Servicio Civil.

Congreso de la República (2021) Ley N°31131 - Ley que establece disposiciones para erradicar la discriminación en los regímenes laborales del sector público.

Congreso de la República (2021) Ley N°31298 - Ley que prohíbe a las entidades públicas contratar personal mediante la modalidad de locación de servicios para actividades de naturaleza subordinada.

Congreso de la República (1984) Decreto Legislativo N°295 - Código Civil Peruano.

Congreso de la República (2013) Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público.

Presidencia de la República (1990) - Decreto Supremo N° 005-90-PCM - Reglamento De La Carrera Administrativa.

Presidencia de la República (1997) - Decreto Supremo N° 003-97-TR - Aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Presidencia de la República (2008) - Decreto Supremo N° 075-2008-PCM - Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1057, que regula el régimen especial de contratación administrativa de servicios.

Presidencia de la República (201) - Decreto Supremo N° 040-2014-PCM -  
Aprueban Reglamento General de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

### **JURISPRUDENCIA:**

Corte Superior de Justicia de Lima (2020). Exp. N° 00653-2019-0-1801-JR-LA-84.

Tribunal Constitucional (2015). Exp. N° 05057-2013-PA/TC - Junín.

### **FUENTES ELECTRÓNICAS**

Castillo, Y. (2011). El contrato de trabajo.

<http://www.monografias.com/trabajos89/el-contrato-trabajo/el-contrato-trabajo.shtml>.

Chanamé, J. (2021). El principio de razonabilidad en materia laboral.

LPDERECHO.PE.

[https://lpderecho.pe/principio-razonabilidad-materia-](https://lpderecho.pe/principio-razonabilidad-materia-laboral/#:~:text=El%20principal%20de%20razonabilidad%20es,a%20las%20potestades%20del%20empleador)

[laboral/#:~:text=El%20principal%20de%20razonabilidad%20es,a%20las%20potestades%20del%20empleador](https://lpderecho.pe/principio-razonabilidad-materia-laboral/#:~:text=El%20principal%20de%20razonabilidad%20es,a%20las%20potestades%20del%20empleador)

García, J. (2012). La locatio conductio operarum o contrato de trabajo romano.

<https://www.derechoromano.es/2012/08/locatio-conductio-operarum.html>

Instituto de Ciencias Hegel (2021). Las remuneraciones en el Derecho Laboral Peruano.

<https://hegel.edu.pe/blog/las-remuneraciones-en-el-derecho-laboral-peruano/>

Informe Técnico N° 227-2019 - SERVIR/GPGSC -SERVIR (2019).

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1373322/Informe%20T%C3%A9cnico%20227-2019-SERVIR-GPGSC.pdf>

Infantes, G (2010). Desnaturalización de los contratos de locación de servicios.  
<https://xdoc.mx/documents/vi-desnaturalizacion-de-los-contratos-de-locacion-de-servicios-5fb35b2cef135>

Lora, G. & Ávalos, B. (2009). Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo. IUS ET VERITAS.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12197>

Meléndez, S. (2015). Los contratos de locación de servicios y su desnaturalización.  
<http://www.monografias.com/trabajos97/contratos-locacion-servicios-y-su-desnaturalizacion/contratos-locacion-servicios-y-su-desnaturalizacion.shtml>

Ministerio de Economía y Finanzas. [https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-Recuperado en descarga/Informe 0136 2021EF5402.pdf](https://www.mef.gob.pe/contenidos/archivos-Recuperado%20en%20descarga/Informe_0136_2021EF5402.pdf)

Paredes, J. (2019). Trabajo, libertad de trabajo y derecho al trabajo.

<https://lpderecho.pe/trabajo-libertad-trabajo-derecho-trabajo/>

Romero, Francisco (2009). El principio de veracidad o primacía de la realidad en Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Editado por la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Grijley.

<https://lpderecho.pe/principio-primacia-realidad-definicion-explicacion-teorica-practica/>

Ruiz, J. (2013). Luces Y Sombras En La Aplicación Del Principio De Primacía De La Realidad En La Jurisprudencia Laboral Peruana. Editorial soluciones laborales

[http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/arc\\_boletines/Informe10-05-2013.pdf](http://www.solucioneslaborales.com.pe/boletines/arc_boletines/Informe10-05-2013.pdf)

Sánchez, A. (2005). La Desnaturalización del Contrato de Locación de Servicios. (Tesis de Maestría).

<http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/804/EPG097-00044-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Santy, L. (2020). La diferencia entre contratos de locación de servicios y contratos de servicios no personales en el ámbito de las contrataciones del Estado”.

<https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/230/>

Toyama, J. & Vinatea Recoba, L. (2017). ¿Qué es la primacía de la realidad?

<http://gacetalaboral.com/que-es-la-primacia-de-la-realidad/>

Universia Colombia (2017). Elementos esenciales de la relación de trabajo.

<http://noticias.universia.net.co/movilidad-academica/noticia/2007/07/28/249789/elementos-esenciales-relacion-trabajo.html>

Vasilachis, I. (2006). Estrategias de investigación cualitativa. Barcelona: Gedisa

[https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=upPsDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA66&dq=Vasilachis,+I.+\(2006\).+Estrategias+de+investigaci%C3%B3n+cualitativa&ots=2JKSaIMEfm&sig=FB0E-rnqjj6Ty2mN1vU1Kdl7yLA#v=onepage&q=Vasilachis%2C%20I.%20\(2006\).%20Estrategias%20de%20investigaci%C3%B3n%20cualitativa&f=false](https://books.google.com.pe/books?hl=es&lr=&id=upPsDwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA66&dq=Vasilachis,+I.+(2006).+Estrategias+de+investigaci%C3%B3n+cualitativa&ots=2JKSaIMEfm&sig=FB0E-rnqjj6Ty2mN1vU1Kdl7yLA#v=onepage&q=Vasilachis%2C%20I.%20(2006).%20Estrategias%20de%20investigaci%C3%B3n%20cualitativa&f=false)

Vilela, A. (2015). Contrato de Trabajo y Contrato de Locación de Servicios.

<https://es.scribd.com/document/465601650/046392-OCR>

