



INFORME N° 28 -2014-MTPE/2/14.1

Para: Gastón Remy Llacsá
Director General de Trabajo

De: Renato Sarzo Tamayo
Director de Políticas y Normativa de Trabajo (e)

Fecha: 17 de marzo de 2014

Asunto: Solicitud de opinión respecto al procedimiento de sumisión de la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo

Referencia: H.R. 8621-2013-INT
Oficio N° 195-2013-MTPE/4/10
Oficio N° 334-2013-MTPE/4/10

1. ANTECEDENTES:

Mediante los Oficios de la Referencia, el Jefe de la Oficina General de Cooperación y Asuntos Internacionales solicita a la Dirección General de Trabajo la emisión de una opinión técnica en el marco del procedimiento de sumisión de la Recomendación N° 198, sobre la relación de trabajo, adoptada en el ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, la Recomendación).

En ese sentido, el Jefe de la Oficina General de Asuntos Internacionales precisa que, de conformidad con el documento de la OIT denominado: "*Memorandum sobre la obligación de someter los convenios y recomendaciones a las autoridades competentes*", la opinión que sea emitida debe desarrollar alguna de las siguientes alternativas:

- a) Proponer la adopción del contenido de la Recomendación mencionada, fundamentado la decisión o;
- b) Proponer la no adopción del contenido de la Recomendación mencionada, fundamentado la decisión o;
- c) Sugerir la realización de acciones o la adecuación de la legislación nacional, en forma previa a la adopción del contenido de la Recomendación mencionada.



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

2. ANÁLISIS:

De la lectura de las alternativas propuestas por el Jefe de la Oficina General de Asuntos Internacionales, esta Dirección de Políticas y Normativa de Trabajo procederá a fundamentar las razones por las cuales considera conveniente la adopción del contenido de la Recomendación anteriormente referida.

2.1. La regulación contenida en la Recomendación N° 198:

En las siguientes líneas se realiza una sucinta referencia a los principales puntos contenidos en la Recomendación.

Conforme se señala en su preámbulo, la Recomendación parte, entre otras, de las siguientes importantes consideraciones:

- Que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo;
- Que existen dificultades al determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo, o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación, en su interpretación o en su aplicación;
- Que existen situaciones en las cuales los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho;
- Que la protección debería ser accesible a todos, en especial a los trabajadores vulnerables, y basarse en leyes eficaces, efectivas y de amplio alcance, con resultados rápidos y que fomenten el cumplimiento voluntario.

En tal sentido, la Recomendación propone en el acápite I que los Estados Miembros deberían formular y aplicar una política nacional encaminada a examinar a intervalos apropiados y, de ser necesario, a clarificar y a adaptar el ámbito de aplicación de la legislación pertinente, a fin de garantizar una protección efectiva a los trabajadores que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo (artículo 1).

Dicha política nacional debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a lo siguiente: a) proporcionar a los interesados orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y la distinción entre trabajadores asalariados e independientes; b) luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas; c) adoptar normas aplicables a todas las formas de acuerdo contractuales, incluidas las que vinculan a varias partes, de modo que los trabajadores asalariados gocen de la protección a que tienen derecho; d) asegurar que las normas aplicables a todas las formas de acuerdos contractuales estipulen a quién corresponde la responsabilidad de protección; e) proporcionar a los interesados acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo; f) asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo; g) prever una formación apropiada y adecuada sobre normas internacionales del trabajo pertinentes, derecho comparado y jurisprudencia para la judicatura, árbitros, mediadores, inspectores del trabajo y otras personas encargadas de la solución de controversias y del cumplimiento de las normas nacionales (artículo 4).

Asimismo, se indica que la política nacional debería velar por asegurar protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo (artículo 5); abordar la cuestión de la dimensión de género en las relaciones de trabajo (artículo 6); y considerar la posibilidad de adoptar medidas apropiadas en el marco de su jurisdicción y, cuando proceda, en colaboración con otros Estados Miembros, a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en su territorio (artículo 7).

Por otra parte, el acápite II de la Recomendación se refiere a la determinación de la existencia de una relación de trabajo. Al respecto, se indica que la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes (artículo 9).

Con relación a ello, los Estados Miembros deberían considerar la posibilidad de: a) admitir una amplia variedad de medios para determinar la existencia de una relación de trabajo; b) consagrar una presunción legal de la existencia de una relación de trabajo cuando se presentan uno o varios indicios; y c) determinar, previa consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, qué trabajadores deben ser considerados, en general o en un sector determinado, como trabajadores asalariados o como trabajadores independientes (artículo 11).

La Recomendación indica, además, que los Estados Miembros pueden considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinan la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, la subordinación o la dependencia (artículo 12).

Asimismo, la Recomendación sugiere a los Estados Miembros la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo (artículo 13).

Dentro del elenco de criterios e indicios específicos propuestos por la Recomendación se encuentran los siguientes: (i) el hecho de que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona; (ii) que el trabajo sea efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; (iii) que el trabajo sea ejecutado personalmente por el



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

trabajador dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; (iv) que el trabajo sea de cierta duración o continuidad o requiera la disponibilidad del trabajador, que implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; (vi) el hecho de que se pague una remuneración periódica al trabajador; (vii) que dicha remuneración constituya la única o principal fuente de ingresos del trabajador; (viii) que dicha remuneración incluya pagos en especies tales como alimentación, vivienda, transporte u otros; (ix) que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; (x) que la parte que solicite el trabajo pague los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; y (xi) el hecho de que no existan riesgos financieros para el trabajador.

En adición, la Recomendación señala que la solución de controversias sobre la existencia y las condiciones de una relación de trabajo debería ser competencia de los tribunales de trabajo o de otros tribunales o de instancias de arbitraje a los cuales los trabajadores y empleadores tengan acceso efectivo, de conformidad con la ley y la práctica nacionales (artículo 14).

2.2. La legislación nacional que desarrolla las disposiciones de la Recomendación:

En este punto, se expone la normatividad nacional que recoge las principales disposiciones de la Recomendación desarrollando, además, las similitudes y particularidades que pueden existir en el ordenamiento jurídico peruano.

En tal sentido, es preciso considerar las siguientes normas relevantes que se encuentran consagradas en la Constitución Política del Perú, a saber:

"Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

"Artículo 23.- 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 este modo, la norma suprema del Estado Peruano evidencia la importancia que presenta el trabajo y su protección en el desenvolvimiento de la vida en sociedad. Al



PERU

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

respecto, es el trabajo prestado en condiciones de subordinación el que ha merecido un detenido desarrollo infraconstitucional. Atendiendo a ello, exponemos los principales alcances normativos sobre la materia:

a) *La configuración de una relación de trabajo*

En la línea de lo previsto en los artículos 2 y 12 de la Recomendación, la normatividad vigente en nuestro país señala que, como regla general, se configura una relación de trabajo en caso se brinden servicios personales, remunerados y subordinados. Por ello, resulta fundamental examinar en cada caso si las prestaciones de servicios personales se desarrollan bajo un esquema subordinación, ya que este elemento es el determinante para distinguir las prestaciones de servicios que deben regirse bajo las normas laborales de las que corresponden ser reguladas por las normas mercantiles y civiles.

En efecto, de la regulación prevista en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), se deriva que los servicios personales, subordinados y remunerados originan el establecimiento de un vínculo laboral; conforme se indica a continuación:

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

En cuanto a las prestaciones de servicios realizadas de forma independiente y reguladas, por tanto, por el Código Civil, considérese, a modo de ejemplo, lo establecido en el artículo 1764° de dicha norma, respecto al contrato de locación de servicios:

"Artículo 1764.- Por la locación de servicios 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".

Conforme a lo anterior, cuando las actividades o servicios que brinda una persona son organizados o dirigidos por la que requiere dichos servicios, se presenta un esquema de subordinación que determinará la existencia de una relación o vínculo de trabajo entre las partes y, por ende, la aplicación de las normas protectoras contenidas en la legislación laboral.

Con relación a la subordinación, el artículo 9° de la LPCL indica lo siguiente:

"Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador."

Según indica la doctrina nacional¹, la subordinación *"es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla"*.

De otro lado, en caso que la persona que realiza determinadas actividades o servicios goce de autonomía, organizando su propio trabajo sin sujetarse a la dirección de la persona que los requiere, se considerará que las actividades o servicios se brindan de manera independiente y el marco legal aplicable, en consecuencia, estará constituido por las normas del Derecho Civil o Mercantil.

En tal sentido, consideramos que nuestro ordenamiento contiene disposiciones claras sobre la definición de una relación de trabajo y los elementos necesarios para su configuración, distinguiéndose de las relaciones entabladas conforme a las normas civiles y mercantiles.

b) *Los indicios que permiten determinar la configuración de una relación de trabajo*

Con relación a los indicios que demuestran la existencia de una relación de trabajo, si bien no existe una definición o lista de ellos en la legislación aplicable al régimen laboral general de la actividad privada, la jurisprudencia ha establecido criterios que se consideran compatibles con lo previsto en la Recomendación (artículo 13).

A modo de ejemplo, considérese el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la República:

"(...) se ha fijado los días de trabajo y descanso, el pago de alojamiento, alimentación e implementos de seguridad, todo lo cual constituyen condiciones de una prestación de trabajo (...) se advierte que la demandada ha ejercido facultades de dirección y fiscalización sobre el actor, estableciendo una jornada de trabajo y el desarrollo de sus labores en las propias instalaciones de la empresa (...) que la demandada proporcionaba las herramientas y materiales de trabajo (...) con lo que se adecuaba exactamente a las condiciones necesarias para determinar que se trataba de un contrato de trabajo,

¹ Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 34.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

 Trabajo
Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

independientemente de la denominación que se le haya dado y de su sometimiento a las normas del Código Civil sobre locación de servicios". (Sentencia de Casación expedida en el Expediente N° 2451 de la Sala de Derecho constitucional y Social de la Corte Suprema²).

Asimismo, sobre el análisis que debe realizarse de los indicios que configuran una relación laboral, resulta especialmente ilustrativo considerar el siguiente pronunciamiento del Tribunal Constitucional:

"3. Para determinar si efectivamente existió una relación laboral entre las partes que fue encubierta con recibos por honorarios profesionales sucesivos, este Tribunal debe analizar en detalle los hechos de la relación originada y mantenida entre las partes, por cuanto para establecer si una persona es o fue trabajador, se debe decidir sobre la base de la realidad y no sobre la base de la forma del contrato.

4. Pues bien, para determinar si existió una relación laboral entre las partes encubierta mediante una relación civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentaron, en forma alternativa y no concurrente, los siguientes rasgos de laboralidad: a) el control sobre la prestación de servicios o la forma en que ésta se ejecuta; b) la integración del demandante en la estructura organizacional de la Sociedad; c) si la prestación fue ejecutada dentro de un horario determinado; d) si la prestación fue de cierta duración y continuidad; e) el suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; f) el pago de remuneración al demandante; y g) el reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud" (sentencia recaída en el Expediente N° 02102-2011-PA/TC, de fecha 4 de julio de 2011).³

Sin perjuicio de lo anterior, actualmente la Ley N° 30036, al momento de definir al "teletrabajo", prevé algunos indicios de subordinación y, por tanto, de la existencia de una relación de trabajo en aquella modalidad de prestación de servicios:

"Artículo 2. Definición de teletrabajo

² "Principio de Primacía de la Realidad". Lima: RAE Jurisprudencia, julio de 2008. Consulta realizada el 2 de diciembre de 2013 en el siguiente sitio web: <<http://www.raejurisprudencia.com.pe/data-jurisprudencial/descargas.php?p=119>>.

³ En adición a ello, puede verse acerca de la descripción de indicios que determinan la configuración de una relación laboral, entre otras, las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes N° 02069-2009-PA/TC, N° 1944-2002-AA/TC y N° 04691-2006-PA/TC.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo



Trabajo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

El teletrabajo se caracteriza por el desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en la empresa con la que mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores.

Son elementos que coadyuvan a tipificar el carácter subordinado de esta modalidad de trabajo la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica y la propiedad de los resultados, entre otros." (Subrayado agregado).

Como se aprecia, si bien la realidad tiene la potencialidad de superar cualquier esquema legal, la jurisprudencia y, en un caso específico, la legislación laboral prevén determinados elementos de juicio que, en consonancia con la Recomendación N° 198, coadyuvan en la determinación de la existencia de una relación de trabajo. Desde luego, conforme será desarrollado en los siguientes puntos, existen también otros mecanismos jurídicos para tal efecto.

c) *El establecimiento de una presunción legal relativa sobre la configuración de una relación de trabajo*

En la línea de lo prescrito en el artículo 11, literal (b) de la Recomendación, nuestra legislación ha establecido una presunción legal sobre la configuración de una relación de trabajo; la que además se presume entablada a plazo indeterminado.

En efecto, desarrollando los elementos esenciales que dan lugar a una relación laboral, el artículo 4° de la LPCL –anteriormente citado– indica que "[e]n toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

La norma referida permite a las autoridades administrativas y judiciales competentes determinar la configuración de un vínculo laboral al presentarse en los hechos indicios que evidencien que los servicios brindados por una persona son subordinados, tal como ha quedado evidenciado de las citas jurisprudenciales anteriormente indicadas.

Adicionalmente, cabe indicar que la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, vigente progresivamente en varios distritos judiciales del país, señala lo siguiente en su artículo 23°, numeral 23.2.:

*"Artículo 23.- Carga de la Prueba
(...)*

23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario".



*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

Esta disposición cambia lo establecido con anterioridad por las normas procesales laborales, dado que la normativa anterior no contenía una regla similar y, por lo tanto, hacía necesario que fuera el prestador de servicios quien acredite los elementos esenciales de una relación de trabajo (servicios personales, subordinación, remuneración) en el marco de una acción judicial. Sin embargo, bajo la regla de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en el marco de un proceso judicial laboral, el prestador de servicios deberá aportar pruebas que acrediten únicamente la realización de un servicio de forma personal (sin la ayuda de auxiliares o dependientes) y, como consecuencia de ello, la autoridad judicial considerará la aplicación de todas las consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento protector de naturaleza laboral. Entonces, actualmente, para acreditar en la vía judicial la existencia de una relación de trabajo no es necesario que la persona demuestre que sus servicios fueron subordinados, ni remunerados. Ello constituye una medida de favorecimiento a las personas a fin de acceder a la protección social derivada de una relación de trabajo.

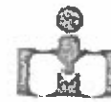
De esta manera, se contribuye a desterrar las relaciones de trabajo encubiertas. Teniendo presente el predominantemente marco de informalidad aún vigente en nuestro país, se trata de una importante disposición que favorece a todo aquel prestador de servicios que desee acceder a la justicia laboral a fin de reclamar los derechos y beneficios que le corresponden según el ordenamiento socio laboral; máxime la disparidad de recursos y condiciones con los que puede contar el prestador de servicios, los que se hacen aún más evidentes en el marco de un proceso judicial.

d) El principio de primacía de la realidad y las relaciones de trabajo encubiertas

Es importante destacar especialmente que diversos puntos de la Recomendación se enfocan a establecer mecanismos que permitan evitar el encubrimiento de relaciones laborales. De ese modo, se ha reconocido la preferencia por lo ocurrido en el plano de los hechos antes que las formalidades o acuerdos existentes entre las partes. Así, se encuentran los artículos 4 (literal b), 9 y 17 de la Recomendación bajo análisis.

En esa línea, se destaca que la política nacional de cada Estado Miembro debería incluir, por lo menos, medidas tendientes a luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas, entendiéndose que éstas existen cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de manera que oculta su verdadera condición jurídica, por ejemplo, a través de determinados acuerdos contractuales. De esta forma, los trabajadores se ven privados de la protección a la que tienen derecho.

El principio de primacía de la realidad es una directriz que forma parte de nuestro ordenamiento positivo y que encuentra un notable desarrollo en su aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Conforme indica la doctrina nacional, mediante este principio es posible evitar situaciones o relaciones jurídicas que no guardan



*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

conformidad con su naturaleza, lo que originaría el sometimiento a un régimen jurídico que no es el pertinente.⁴

En esa línea, debe considerarse que en el ordenamiento nacional se ha consagrado expresamente la aplicación de este principio en materia laboral. En efecto, la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo indica lo siguiente:

"Artículo 2.- Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo

El funcionamiento y la actuación del Sistema de Inspección del Trabajo, así como de los servidores que lo integran, se regirán por los siguientes principios ordenadores:

(...)

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

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República ha indicado con relación a la aplicación del principio bajo comentario en nuestro ordenamiento laboral, lo siguiente:

"[El principio de primacía de la realidad] o de veracidad que se constituye en un elemento implícito de nuestro ordenamiento y concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de mil novecientos noventa y tres, que ha visto el trabajo como un deber y un derecho base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22°); y además como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23°) delimita que el juez en caso de la discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, esto es, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación." (Sentencia de Casación recaída en el Expediente N° 476-2005, de 5 de enero de 2007)

De igual manera, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el principio de primacía de la realidad a través de numerosas sentencias que conforman su jurisprudencia en materia laboral. Este Tribunal ha destacado la importancia y vigencia de este principio en nuestro ordenamiento, conforme se cita a continuación:

⁴ Neves Mujica, Javier. *Op. Cit.* p.41



*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

"4. Con relación al principio de primacía de la realidad que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio '(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos' ". (Fundamento N° 4 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 03710-2005-PA/TC).⁵

"10. En relación al referido principio, este Tribunal, en criterio que comparte, reitera lo señalado por la Corte Constitucional Colombiana en su Sentencia C-154/97, en un caso en que se cuestionaba la constitucionalidad de la Ley que dictó el Estatuto de Contratación Administrativa, señaló que el principio de primacía de la realidad "(...) agota su cometido al desentrañar y hacer triunfar la relación de trabajo sobre las apariencias que hayan querido ocultarla. (...)". (Fundamento N° 10 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 1846-2005-PA).

"3. (...) En tal sentido, la cuestión controvertida consiste en determinar, primero, qué tipo de relación hubo entre el demandante y el emplazado; esto es, si existió una relación laboral de "trabajador subordinado" o, por el contrario, una relación civil de "locador independiente y no subordinado". Ello es necesario a efectos de aplicar el principio de primacía de la realidad, pues de verificarse que hubo una relación laboral, los contratos civiles suscritos por el actor deberán ser considerados como contratos de trabajo de duración indeterminada, en cuyo caso el demandante solo podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral". (Fundamento N° 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 04877-2005-PA/TC).

De este modo, la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional –supremo intérprete de la Constitución en el Perú– han indicado que el principio de primacía de la realidad es una directriz básica del ordenamiento jurídico laboral peruano, por lo que en caso de discordancia entre lo que ocurre en el terreno de los hechos y lo que consta en las formalidad o documentos elaborados por las partes, deberá preferirse lo primero. De esa manera, es posible que las autoridades administrativas y judiciales garanticen el ejercicio real y efectivo de los derechos laborales que la Constitución y el ordenamiento legal reconocen.

⁵ En la misma línea, puede verse, entre otras, las sentencias recaídas en los Expedientes N° 03198-2011-AA, de fecha 13 de abril de 2012 y N° 02382-2007-PA/TC, de fecha 17 de agosto de 2009.

Por otra parte, el principio de primacía de la realidad también se manifiesta en supuestos de intermediación laboral y tercerización de servicios, ante la desnaturalización de tales mecanismos de descentralización productiva.

La intermediación laboral es un mecanismo por el que una empresa, denominada empresa usuaria, contrata a otra (entidad de intermediación laboral) para que ésta destaque a sus trabajadores al centro de trabajo de la primera. En tal sentido, la doctrina considera que existe un empleador formal (la entidad de intermediación laboral, quien mantiene a los trabajadores en su planilla) y otro real (la empresa usuaria quien, como regla general, dirige las actividades de los trabajadores destacados). Por otra parte, la tercerización de servicios implica la prestación de un servicio integral por parte de una empresa –empresa de tercerización– a favor de otra, siendo que la primera debe gozar de autonomía empresarial, esto es, debe contar con sus propios recursos humanos, financieros, técnicos o materiales, y asumir las tareas bajo su propia cuenta y riesgo.

En el contexto anteriormente descrito, el incumplimiento estricto de los requisitos legales para realizar actividades de intermediación o tercerización laborales es sancionado por el ordenamiento considerando que existe una relación de trabajo directa entre los trabajadores que brindan los servicios y la entidad que se favorece en última instancia con ellos, y no con la entidad de intermediación laboral o la empresa de tercerización, según sea el caso.

e) *Mecanismos de protección efectivos y de cumplimiento de las normas*

Conforme ha sido indicado, la Recomendación plantea que las políticas nacionales incluyan medidas que proporcionen a empleadores y trabajadores acceso efectivo a procedimientos y mecanismos que sean expeditos, poco onerosos, justos y eficaces para la solución de controversias relativas a la existencia y las condiciones de una relación de trabajo (literal (e) del artículo 4 y artículo 14), así como, medidas destinadas a asegurar el cumplimiento y la aplicación efectiva de la legislación sobre la relación de trabajo como, por ejemplo, a través de los servicios de inspección del trabajo (literal (f) del artículo 4 y artículo 15).

En la línea de lo previsto en la Recomendación, es de resaltar la legislación que regula el Sistema de Inspección del Trabajo, el cual, conforme a lo establecido en el artículo 1º de la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, consiste en el sistema único, polivalente e integrado a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, constituido por el conjunto de normas, órganos, servidores públicos y medios que contribuyen al adecuado cumplimiento de la normativa laboral, entre otras materias.

Asimismo, de acuerdo al artículo 3º, numeral 1 de la Ley N° 28806, constituye una finalidad de la inspección del trabajo la vigilancia y exigencia del cumplimiento de las



*"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"*

normas legales, reglamentarias, convencionales y condiciones contractuales, en el orden socio laboral, ya sea que se refieran al régimen de común aplicación o a los regímenes especiales. Adicionalmente, el numeral 2 del artículo bajo comentario prevé como función la orientación y la asistencia técnica a empleadores y trabajadores, entre otros, a fin de promover el cumplimiento de las normas antes referidas, de preferencia en el sector de las Micro y Pequeñas Empresas así como en la economía informal o no estructurada.

Cabe tener presente que, de acuerdo a la Ley N° 29981⁶ – Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), modifica la Ley N° 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, y la Ley N° 27867, Ley orgánica de Gobiernos Regionales – la Sunafil desarrolla y ejecuta todas las funciones y competencias establecidas en el artículo 3° de la Ley N° 28806 en el ámbito nacional y cumple el rol de autoridad central y ente rector del Sistema de Inspección del Trabajo; habiéndose previsto, asimismo, competencias en la materia a favor de los gobiernos regionales con relación a las microempresas, sean formales o no, de acuerdo a lo que defina el respectivo reglamento (artículo 3°)⁷.

Por su parte, el Reglamento de la Ley N° 28806 desarrolla las distintas clases de infracciones administrativas sancionables por las autoridades competentes del Sistema de Inspección del Trabajo, dentro de las cuales se encuentran las aplicables a los empleadores que afecten el acceso a los derechos y beneficios que origina el establecimiento de una relación de trabajo (por ejemplo, el no registro en la Planilla Electrónica como trabajador, o el no registro bajo un sistema de seguridad social en salud y pensiones).

De igual modo, es oportuno mencionar que la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal de Trabajo, define como ámbito de aplicación de la justicia laboral la resolución de conflictos jurídicos que se originan con ocasión de las prestaciones de servicios de carácter personal, de naturaleza laboral, formativa, cooperativista o administrativa; encontrándose excluidas las prestaciones de servicios de carácter civil, salvo que la demanda se sustente en el encubrimiento de relaciones de trabajo. Además, tales conflictos jurídicos pueden ser individuales, plurales o colectivos, y estar referidos a aspectos sustanciales o

⁶ Conforme a lo establecido en la Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29981, esta norma entra en vigencia a partir de la aprobación del Reglamento de Organización y Funciones de la Sunafil, lo que ha sido realizado mediante Decreto Supremo N° 007-2013-TR, publicado en el Diario Oficial el 7 de agosto de 2013.

⁷ Al respecto, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 015-2013-TR considera como microempresa al empleador que cuenta entre uno (1) y diez (10) trabajadores registrados en la Planilla Electrónica. Además, esta definición especial comprende a las microempresas formales y no formales, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 3° de la Ley N° 29981. Así, el artículo 3° del citado Decreto Supremo establece que los Gobiernos Regionales ejercen labor inspectiva de trabajo respecto de los empleadores comprendidos en la definición de microempresa del artículo 2° antes indicado.



"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios (Artículo II del Título Preliminar).

De lo anterior, se evidencia un amplio espectro de la justicia laboral, la que puede conocer distintos tipos de prestaciones de servicios, en sus diversos aspectos, incluyendo las de tipo civil en caso que la demanda se funde en el encubrimiento de vínculos de trabajo, lo que resulta una herramienta positiva para los trabajadores y favorece el acceso a la protección del ordenamiento laboral, lo que se encuentra en la línea de lo previsto por la Recomendación.

Cabe indicar, además, que la Ley N° 29497 señala que en todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad (artículo III del Título Preliminar).

Conforme al marco indicado, cabe resaltar que se han previsto procesos laborales predominante orales e informales, que contribuyen a la eficacia de tales procesos; la ampliación de reglas de legitimidad y comparecencia en el proceso; la concentración de audiencias y actuaciones procesales; mecanismos que propician la conciliación; posibilidad de todo tipo de medidas cautelares; y medidas de favorecimiento (como, por ejemplo, la gratuidad del proceso, en todas las instancias, cuando el monto total de las pretensiones reclamadas por una persona no supere las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal).⁸

3. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Conforme a lo indicado precedentemente, se considera que los principios y normas existentes en el ordenamiento jurídico peruano resultan compatibles con las disposiciones de la Recomendación, razón por la cual esta Dirección considera conveniente su adopción y puesta en práctica por parte del Estado Peruano.

En esa línea, resulta recomendable seguir realizando esfuerzos que permitan cubrir en buena y mejor medida todos los aspectos previstos en la Recomendación, debiendo hacerse especial énfasis en temas como la protección de trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo; la implantación de la dimensión de género en las relaciones de trabajo; y el adoptar medidas

⁸ Actualmente, dicha cifra asciende a S/. 26,600.00 (veintiséis mil seiscientos y 00/100 nuevos soles), lo que, considerando un tipo de cambio referencial de 2.78 Nuevos Soles por dólar Americano, equivale a US\$ 9,568.35 (nueve mil quinientos sesenta y ocho y 35/100 dólares americanos).



Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

apropiadas a fin de aportar una protección efectiva y prevenir abusos contra los trabajadores migrantes que se encuentran en el territorio nacional.

Sin otro particular, reitero a usted los sentimientos de mi especial consideración y estima personal.

Atentamente,


RENETO SARZO TAMAYO
Ministro de Políticas y Normas de Trabajo
Ejecución General de Trabajo