

---

# *La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección del Trabajo*

**Luis Arbulú Alva**

*Socio - Rodrigo, Elías & Medrano, Abogados*

## **INTRODUCCIÓN**

La inspección del trabajo es básicamente una función administrativa pública, cuya ejecución actualmente se encuentra a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Consiste en la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales y de seguridad y salud en el trabajo, la cual es desarrollada mediante visitas inspectivas ejecutadas en las empresas y entidades que tienen a su cargo trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada<sup>1</sup>.

El surgimiento y desarrollo de la función inspectiva se confunde con las razones que explican el nacimiento mismo del derecho del trabajo. Como expresa Suárez González «en el momento mismo en que el Estado comienza a intervenir en el ámbito de las relaciones laborales y aprueba las primeras normas que intentan resolver algún problema social – el trabajo de los niños, la explotación de la mujer, la jornada agotadora o la falta de higiene o de seguridad en el lugar de trabajo, por ejemplo – surge la necesidad de vigilar su cumplimiento, para que tales normas no se conviertan en propósitos benéficos o en deseos filantrópicos»<sup>2</sup>, sino en una realidad concreta.

Precisamente, producto del desequilibrio existente entre las partes del contrato de trabajo, desigualdad material que nos conducen a situaciones de inequidad, se hace necesario el tránsito de una actitud no intervencionista del Estado Liberal a un Estado de carácter tuitivo particular. En tal sentido refiere Vázquez Vialard, «la aparición del derecho del trabajo en los

siglos XIX y XX significó un cambio fundamental en lo que se refiere a las tareas atribuidas al Estado. De una concepción fundada en el liberalismo que propicia la abstención del Estado respecto de las relaciones laborales se pasó en cierta forma a una intervencionista (...) Éste (papel) consiste en la protección del trabajador que se concreta a través de normas que limitan las facultades, hasta ese momento ejercidas por el empleador»<sup>3</sup>.

La intervención estatal en el desarrollo de las relaciones laborales se ha dado de dos formas distintas. De un lado, de manera indirecta, permitiendo y fomentando la actuación colectiva de los trabajadores<sup>4</sup> tendientes a regular de manera autónoma sus relaciones y, de otro lado, de manera directa, mediante la incorporación obligatoria de cláusulas mínimas en el contrato de trabajo constitutivas de un orden público laboral<sup>5</sup> que afectan la libertad de configuración del contrato de trabajo.

Otra de las formas de intervención estatal directa es la fiscalización de oficio del cumplimiento de las normas laborales, asegurando así su vigencia efectiva. Esta función es necesaria puesto que resultaría iluso el establecimiento de normas protectoras a favor de los trabajadores, si pretendemos que sea la propia parte débil quien las haga valer. Asimismo, la acción espontánea de las partes resulta insuficiente para asegurar la vigencia efectiva de las normas laborales. Por ello, es indispensable una acción proactiva por parte del Estado, en ejercicio de función administrativa, en el entendido que, es de interés general la observancia del ordenamiento del trabajo para la consolidación de una sociedad.

---

1 Esta limitación del campo de actuación de la función inspectiva no tiene naturaleza conceptual sino más bien normativa. Nada impediría, por el contrario sería conveniente en un estado democrático, que el ámbito de esta función se extendiera a las relaciones laborales sujetas al régimen público.

2 SUÁREZ GONZÁLES, Fernando. «La Inspección de Trabajo». En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y UNAM. 1997. p.783.

3 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. «Administración Laboral y de Seguridad Social» En: Instituciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. México: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y UNAM. 1997, p. 765.

4 En este supuesto se trata de desaparecer la situación de desequilibrio entre el trabajador, individualmente considerado, y su empleador.

5 Nos encontramos ante normas imperativas que no pueden ser desplazadas por la voluntad de las partes, bajo sanción de nulidad.



## La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía...

Al respecto Vázquez Vialard señala con bastante precisión que «tradicionalmente, esa función fue ejercida por el juez, pero se consideró que ya no bastaba, por lo que se agregó un nuevo mecanismo. El organismo administrativo asumió la función de ejercer el control del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte de los empleadores y, en su caso la facultad de sancionar la infracción que no sólo afecta al interés del trabajador, sino también al bien común<sup>6</sup>».

En el Perú, la inspección de trabajo se encuentra regulada por la Ley General de Inspección y Defensa del Trabajador<sup>7</sup> (LGIDT) y su Reglamento<sup>8</sup>. Uno de los aspectos principales que contiene la norma mencionada es la incorporación del principio de primacía de la realidad. Mediante esta norma se facilita la protección de los derechos de los trabajadores al permitir a la Autoridad Administrativa de Trabajo valorar los hechos por encima de actos formales que recubren una relación jurídica determinada, con el propósito de verificar o no la existencia de una relación laboral.

Sin embargo, pese a los evidentes beneficios de las normas antes mencionadas, es necesario hacer un análisis sobre la regulación del principio de primacía de la realidad y su aplicación en la inspección de trabajo con el propósito de hacer un correcto uso de dicho concepto.

Cabe preguntarnos si nos encontramos ante la aplicación de una sanción legal o una presunción. Del mismo modo, es preciso determinar si su aplicación corresponde a una instancia administrativa o a una jurisdiccional. Precisamente, el objeto de la presente investigación es hacer un examen sobre el principio de primacía de la realidad a través de la inspección de trabajo a fin de contestar dichas interrogantes.

### LA INSPECCIÓN DEL TRABAJO COMO EXPRESIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

En el caso peruano, el artículo 5° de la LGIDT señala que «la Inspección del Trabajo es un servicio público a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, que tiene como objeto velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y convencionales en materia laboral, de promoción y formación para el trabajo, y

de seguridad y salud en el trabajo, con la finalidad de prevenir o solucionar los conflictos o riesgos laborales entre trabajadores y empleadores».

Consideramos que la alusión a servicio público para referirse a la inspección del trabajo es inexacta, toda vez que este concepto alude a una actividad prestacional por parte del Estado, cuyo origen es convencional. Si bien es cierto dicho servicio responde a una necesidad pública, ésta puede ser desarrollada por el propio Estado o ser encargada a privados mediante un acto de concesión.

Por el contrario, el sistema inspectivo concretiza, en realidad, una función pública de naturaleza administrativa que se impone obligatoriamente a toda la sociedad, dando origen a una relación reglamentaria y que, por lo tanto, no puede ser delegada totalmente; esto es, de manera integral, a favor de terceros privados. En la inspección de trabajo no se pretende satisfacer un interés colectivo sino darle vigencia real a los derechos de los trabajadores a través de la fiscalización del correcto cumplimiento de las normas laborales<sup>9</sup>. En consecuencia, resulta más exacto referirse al sistema inspectivo como una función pública de naturaleza administrativa<sup>10</sup>.

La puntualización acotada tiene importancia, en tanto nos invita a pensar en los límites de la función administrativa y, más precisamente, sus relaciones con la función jurisdiccional, e incluso en el análisis de la función inspectiva ejecutada vía concesión por privados, aunque sea en diluidas áreas.

### LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN MATERIAL LABORAL

Los principios jurídicos son la base de todo ordenamiento jurídico, mas aun en el laboral, donde confluyen características particulares que lo diferencian de otras ramas del Derecho. Ellos son propios del Derecho del Trabajo justificando su plena autonomía.

Entendemos por principios jurídicos los pensamientos y criterios rectores de una regulación u ordenamiento jurídico particular. Inicialmente no son normas de carácter formal, pero pueden convertirse,

6 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio. Op.Cit., p. 766.

7 Decreto Legislativo No. 910, modificado por la Ley 28292.

8 Decreto Supremo No. 020-2001-TR, modificado por el Decreto Supremo No. 010-2004-TR.

9 A diferencia de lo que ocurre con los servicios públicos que son de naturaleza contraprestativa, en el Derecho Laboral las inspecciones de trabajo pretenden mantener el orden jurídico laboral vigente y, consecuentemente, se brindan sin mediar un costo «por el servicio». Por otra parte, las inspecciones no se brindan únicamente a solicitud de los sujetos «beneficiados» (trabajadores o empleadores) sino que también surgen por voluntad de la propia Administración: inspecciones programadas o de oficio o inspecciones a iniciativa del inspector.

10 Respecto a la diferencia conceptual entre servicio y función pública, vid. DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Novena Edición. Buenos Aires. 2001. pp. 695 y ss.

por su implementación, en tales. Son los fundamentos de un ordenamiento jurídico específico y pueden recibir concreción de diferente modo; ya sea incorporándolas a la Constitución o en la Ley.

Sobre esta situación en particular, Cascajo Castro señala lo siguiente, «*se entiende también, habitualmente, por normas de principio, aquel tipo de normas que prescribe la persecución de un fin o que declare solemnemente un valor (...)*»<sup>11</sup>. Podemos reconocer alguna de estas «normas de principio» en el ordenamiento laboral. Nos referimos, por ejemplo, a aquellas que recogen el contenido del principio de primacía de la realidad, como el inciso b) del artículo 3° de la LGIDT.

Entre los principios básicos del Derecho Laboral, tomando como referencia la clasificación de Plá Rodríguez<sup>12</sup>, podemos encontrar las siguientes: a) principio protector, b) principio de irrenunciabilidad, c) principio de continuidad de la relación laboral, d) principio de la primacía de la realidad, e) principio de la razonabilidad y f) principio de la buena fe.

Respecto a sus funciones o dimensiones de aplicación, podemos decir que éstas tienen una función orientadora en tanto actúan sobre el legislador al momento de dictar normas. En este sentido, los valores encarnados en ellos deben iluminar la expedición de normas.

Otra función reconocida a los principios de derecho es integrativa. Desde esta perspectiva, los principios son concebidos como instrumentos para suplir las lagunas del ordenamiento laboral, es decir, ante la existencia de un conflicto jurídico y la inexistencia de un dispositivo legal o norma específica, los principios actúan como verdaderas normas positivas de aplicación directa al caso específico<sup>13</sup>.

Por último, se reconoce a los principios una función interpretativa, en virtud de la cual, ante la duda sobre el contenido o límites de una norma éstos permiten determinar el sentido y alcance de dicha norma.

Curiosamente, el principio de primacía de la realidad no se desempeña propiamente en ninguno de los roles señalados anteriormente sino más bien

constituye una expresión del carácter tuitivo que irradia el Derecho del Trabajo, el cual, sin duda, se desarrolla en las tres dimensiones ya señaladas.

Efectivamente, la formulación del principio bajo análisis no revela en sí mismo valores trascendentes que irradian todo el ordenamiento jurídico laboral; por el contrario, constituye en realidad un mecanismo de actuación del principio tutelar o, si se quiere, una expresión del carácter de esta rama del Derecho.

### HACIA UNA DEFINICIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD

De acuerdo al artículo 3° del Reglamento, «en aplicación del principio de primacía de realidad, en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y lo que se advierte de los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados». En tal sentido la norma conceptúa que en virtud de este principio se debe privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones.

Así planteado, el principio de primacía de la realidad tiene como finalidad evitar situaciones de fraude y simulación para evadir la aplicación y garantías de las normas del derecho del trabajo; siendo así, como se ha señalado, una expresión del carácter tuitivo que irradia a todo el Derecho del Trabajo. Ello ha llevado a Plá Rodríguez a señalar que «la existencia de una relación de trabajo depende, en consecuencia, no de lo que las partes hubieren pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado y es que (...) la aplicación del derecho del trabajo depende cada vez menos de una relación jurídica subjetiva, cuanto de una situación objetiva, cuya existencia es independiente del acto que condiciona su nacimiento»<sup>14</sup>.

Respecto a su contenido y apreciación, este principio supone la existencia de dos verdades que se encuentren en discordancia, una formal o documentaria y otra material, es decir, que surge de la realidad fáctica. Es claro que, su aplicación determina el reconocimiento jurídico de la verdad material, prescindiendo de la formalidad manifestada o adoptada por las partes. De este modo, podemos afirmar que este principio es la consagración en materia laboral del conocido aforismo

11 BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derecho Constitucional General. Quinta Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, Tomo I, 1999, pp. 456 y 457. Apud. CASCAJO CASTRO, José Luis. La tutela constitucional de los derechos sociales. En: Cuadernos y Debates. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, No. 5, 1988.

12 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del Derecho Laboral. Segunda Edición. Buenos Aires: Depalma, 1978, pp. 18 y 19.

13 Esta función ha sido recogida expresamente en el artículo VII del Código Civil de 1984.

14 PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op Cit., p. 244.



## La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía...

civilista, según el cual «las cosas son lo que su naturaleza y no su denominación determina».

Ello ha sido graficado de manera clara por Plá Rodríguez cuando señala que en virtud de este principio «(...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir lo que sucede en el terreno de los hechos»<sup>15</sup>. Con la misma lucidez ha expresado Neves Mujica que en aplicación del principio de primacía de la realidad, «(...) ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto, sobre aquello»<sup>16</sup>.

En nuestro país, el principio de primacía de la realidad tiene reconocimiento jurisprudencial. De este modo la Tercera Sala Laboral de Lima señala «(...) que el contrato de trabajo constituye un contrato realidad, esto es se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio, con prescindencia de la denominación que se pudiese otorgar a dicha relación, es decir que habiendo contradicción entre la verdad real y la verdad formal, el Juez debe preferir la primera»<sup>17</sup>.

***“(...) una ficción jurídica constituye una verdad que sólo existe en la ley, mas no en la realidad.”***

Asimismo, la Tercera Sala Laboral también ha señalado «(...) el juez por el Principio de Primacía de la Realidad debe hacer prevalecer la realidad sobre la apariencia y considerar el acto de encubrimiento como inválido aun cuando en ocasiones el trabajador participe y se beneficie de él, así la existencia de un contrato excede pues la voluntad expresamente exteriorizada por las partes»<sup>18</sup>.

De acuerdo a lo anterior, la invocación del principio referido resulta inapropiada cuando no exista una situación fáctica autosuficiente para generar determinados efectos jurídicos que contradiga la realidad formal. Así, es frecuente confundir la naturaleza jurídica de este principio con el de las presunciones legales. En esta última, se verifica la existencia de

algunos de los elementos de una relación laboral y ante la incertidumbre de la concurrencia del elemento faltante, basándose en indicios razonables, el ordenamiento jurídico presume, convirtiendo la incertidumbre en una certeza a favor del trabajador. Esto es diferente.

De otro lado, se suele confundir la primacía de la realidad con la ficción legal. Esta última constituye una proposición normativa, en virtud de la cual la ley atribuye ciertas consecuencias a determinados eventos previstos en ella, aun en contra de lo que efectivamente ocurra en los hechos. Por ello, se señala que una ficción jurídica constituye una verdad que sólo existe en la ley, mas no en la realidad. Así, por ejemplo, el artículo 903° del Código Civil consagra la tradición documental, en virtud de la cual, para todo efecto legal, debe entenderse entregada la posesión del bien, por el sólo hecho de que se entreguen ciertos documentos destinados a recogerlos, aun cuando en la realidad, éste no ha sido entregado a quien se reputa como legítimo poseedor.

Es importante señalar que, la aplicación del principio en mención tiene como presupuesto que la realidad material que contradiga la formalidad se encuentre acreditada efectivamente y no sea supuesta o presunta. Es decir, no es posible la aplicación de este principio sobre la base de presunciones<sup>19</sup> o ficciones jurídicas<sup>20</sup>.

Por otra parte, se advierte que el principio bajo comentario no es una sanción legal, por consiguiente, no tiene carácter o naturaleza punitiva. No nos encontramos ante un supuesto en el cual la ley determina la conversión de una relación civil o comercial a una de carácter laboral o, en otros términos, no se trata de la constitución de una nueva relación como consecuencia de la extinción de una relación previa. Por el contrario, la aplicación de este principio implica el reconocimiento de una relación que desde un principio tuvo naturaleza laboral y, en consecuencia,

15 Ibid., p. 243.

16 NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. 2003, p. 36.

17 Expediente No. 3824-2002 IND (S).

18 Expediente No. 4728-98-BS-S.

19 Esto es la determinación de un hecho no probado en base a indicios.

20 Entendida esta por la certeza legal cuya determinación prescinde de la verdad fáctica.

las implicancias de este reconocimiento, en términos de derechos y garantías del trabajador, surten efecto de manera retroactiva a partir del momento en que materialmente se constituyó ésta.

## **LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD EN LA FUNCIÓN INSPECTIVA**

En lo que se refiere propiamente a la aplicación del principio de primacía de la realidad en la labor inspectiva, el artículo 5° de la LGIDT señala que el servicio inspectivo se ejecuta a través de una serie de acciones dentro de las cuales debe destacarse «aplicar el principio de primacía de la realidad que rige el derecho laboral, el cual determina que se deba privilegiar los hechos vinculados sustantivamente con el trabajo sobre los actos formales que difieran de la naturaleza de tales situaciones, dentro de los límites que establecidos en el Reglamento con respecto a las presunciones relativas de existencia de relación laboral».

Por su parte, el artículo 9° del Reglamento señala que en aplicación del principio de primacía de la realidad se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un vínculo de naturaleza laboral cuando, dentro de un procedimiento de inspección de trabajo, se constate una serie de situaciones previstas de manera expresa y taxativa por el propio artículo.

Una cuestión previa respecto a los artículos citados es que se hace alusión al principio de primacía de la realidad como una presunción de carácter relativo, aseveración que, ya se ha dicho, no es coherente con la naturaleza jurídica de este principio. Sin perjuicio de ello, nos parece adecuado que la norma haya determinado que su aplicación admite prueba en contrario justamente por que su invocación supone una valoración de hechos por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo, la cual, eventualmente, podría haber incurrido en error.

De lo expuesto, se desprende que las normas laborales peruanas consideran que el principio discutido opera como una presunción legal con el propósito que se pueda demostrar, sobre la base de hechos concretos, la inexistencia de una distorsión entre la forma y los hechos y, consecuentemente, se destruya dicha presunción.

En ese sentido, resulta incorrecto sostener que para desvirtuar la aplicación del principio tengamos que

referirnos a él como una presunción relativa. Debemos precisar que, la calificación jurídica que reciben los hechos por parte de la Autoridad Administrativa del Trabajo puede ser incorrecta. De este modo, se puede permitir a los particulares solicitar una correcta verificación y apreciación de los hechos a fin de evaluar la existencia de contradicción entre la verdad material y la verdad formal sin necesidad de asimilar la primacía de la realidad como una presunción relativa.

De otro lado, lo que puede ser objeto de cuestionamiento son los resultados de la aplicación del referido principio mas no su aplicación misma, por ser ésta una facultad legal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que no puede ser objetada por los particulares y ni siquiera por el trabajador beneficiado<sup>21</sup>. Ahora bien, dicho cuestionamiento puede hacerse, ya sea en sede judicial o administrativa, a través de los recursos impugnatorios previstos en la ley.

Respecto a la impugnación administrativa de la aplicación del principio debe señalarse que ello puede hacerse mediante los recursos impugnatorios previstos en el artículo 20° de la LGIDT mas no a través de un recurso de impugnación del acta de inspección contemplado en el numeral 3 del artículo 17° de la LGDIT. Ello es así, por cuanto la aplicación de este principio es una facultad de la Autoridad Inspectiva, esto es, el Sub Director de Inspecciones o el Director de Prevención de Conflictos y no del Inspector de Trabajo.

Efectivamente, como se ha señalado, la aplicación de este principio implica la declaración de la existencia de una relación laboral; es decir, se trata de un acto declarativo de un derecho que, como es obvio, sólo compete al funcionario con facultad resolutoria, cosa que no sucede con el Inspector de Trabajo, cuya función consiste únicamente en constatar y registrar hechos vinculados al cumplimiento de normas laborales y de seguridad en el trabajo.

Adviértase que, el numeral 1 del artículo 17° de la LGIDT establece que el acta de inspección, que es el único instrumento elaborado por el Inspector de Trabajo en una visita inspectiva, es el documento donde se registra las constataciones y verificaciones respecto del cumplimiento de lo establecido en el artículo 5° de la ley. Del mismo modo, el numeral 4 del artículo 17 dispone que el informe de inspección tiene como objeto dejar constancia de hechos sucedidos con motivo de la realización o no de una diligencia de inspección.

21 Es de observarse el carácter de función pública de la inspección del trabajo, la cual no puede ser considerada de forma alguna como un servicio público.



## La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía...

Adicionalmente, el artículo 7 de la LGIDT, que contiene las facultades de las cuales goza el Inspector de Trabajo, no contempla de forma alguna la aplicación del principio discutido.

En tal consideración, debe concluirse que, en la medida que el inspector no tiene facultades resolutorias, sino tan sólo de verificación, el acta inspectiva que éste elabore y menos aún una hoja informativa podrá contener la aplicación del principio de primacía de la realidad. En consecuencia, resulta improcedente cuestionar la aplicación de éste principio a través de una impugnación de acta de inspección.

Ahora bien, en todo caso resultaría de aplicación la restricción contenida en el numeral 3 del artículo 43° del Reglamento, según el cual, en ningún caso procede la impugnación (de actas inspectivas) cuando se refiere a la valoración de lo verificado o a las consecuencias jurídicas de ello; siendo que la aplicación del principio de primacía de la realidad implica definitivamente una labor de calificación, esto es, valoración de lo verificado<sup>22</sup>.

No obstante, de incurrir un inspector en el exceso de su aplicación, se podría deducir la nulidad de los actuados mediante los recursos impugnatorios señalados por Ley<sup>23</sup>.

Por otra parte, de acuerdo a nuestra legislación el principio mencionado se encuentra reducido al encubrimiento de relaciones laborales<sup>24</sup>, su ámbito de aplicación se encuentra delimitado por el mismo Reglamento. Efectivamente, como se ha indicado, el artículo 9 de la norma reglamentaria señala como única consecuencia posible de la aplicación de este principio en un procedimiento inspectivo, la determinación de la existencia de un vínculo laboral. Es decir, la Autoridad Inspectiva sólo podrá aplicar este principio para señalar

que bajo la apariencia de una relación civil o comercial, se oculta en realidad una relación de trabajo.

No obstante ello, como puede imaginarse, teóricamente este principio podría ser invocado para otras situaciones no previstas en la Ley bajo comentario; como es la existencia de conceptos remuneratorios bajo la apariencia de condiciones de trabajo, los contratos por tiempo indeterminado bajo la apariencia de contratos sujetos a modalidad, la determinación de despidos bajo la formalidad de renunciaciones, entre otras situaciones que podrían ser objeto de una visita inspectiva.

Sobre la posibilidad que tiene la autoridad inspectiva para invocar este principio para los otros supuestos señalados en el párrafo anterior, consideramos que ello no es posible debido al principio de facultades regladas que informa la actuación administrativa, que ha sido recogido bajo la denominación de principio de legalidad contenido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444<sup>25</sup>.

Sin embargo, claro está, el hecho de que estas posibilidades se encuentren vedadas en materia inspectiva, no niega que puedan ser invocadas en un proceso judicial.

### LOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA PRINCIPION DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD

Los supuestos de aplicación del principio de primacía de la realidad se encuentran previstos en el numeral 1 del artículo 9° del Reglamento. Ahora bien, dichos supuestos adolecen de una serie de imprecisiones técnicas que dificultan su aplicación como expresaremos a continuación. La norma señala que resulta de aplicación el principio referido en los siguientes casos:

22 Que mayor valoración que determinar que existe una discordancia entre la formalidad de una situación y los hechos materiales que supuestamente la sustentan, prefiriendo éstos a aquella.

23 Debe observarse que ni la LGIDT ni la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, contemplan un recurso específico de nulidad, debiendo más bien deducirse a través de los recursos impugnatorios ordinarios previstos en la ley que en este caso específico son los contemplados en el artículo 20 del Decreto Legislativo No. 910.

24 Dicho encubrimiento puede resultar de i) la intención deliberada de fingir una situación jurídica distinta a la real, ii) provenir de un error o ignorancia en la calificación del trabajador, iii) derivar de la falta de actualización de los datos del trabajador o iv) originarse por la falta de cumplimiento de los requisitos formales que establece la ley. Al respecto, vid. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Op.Cit., pp. 256 y 257.

25 Comentando este artículo, Morón Urbina, integrante de la Comisión que elaboró el Ante Proyecto de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ha señalado «si en el Derecho Privado la capacidad es la Regla General, y la incapacidad es la excepción, en el Derecho Público la relación es precisamente a la inversa, ya que en resguardo de la libertad individual y derechos de los ciudadanos, la Ley no asigna a cada sujeto de derecho, ámbito y fin predeterminado, más bien sus aptitudes se determinan por proposiciones positivas, declarativas y marginalmente limitativas. Como puede apreciarse, las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado.» MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. 2001.

**1. El trabajador realiza una labor o presta servicios en un cargo, similar o equivalente, a los de otro trabajador registrado en las planillas de pago de la empresa**

Desde nuestro punto de vista esta situación no necesariamente debe acarrear la aplicación del principio, toda vez que lo que determina que una relación tenga naturaleza laboral no es el tipo de servicio que se desarrolla sino la forma en que éste se brinda<sup>26</sup>. A este respecto, conviene recordar que los elementos esenciales que determinan que una relación tenga naturaleza laboral son la prestación personalísima del servicio, la remuneración y, lo que resulta fundamental, el carácter subordinado de esta prestación.

En ese sentido, puede darse el caso de que dos personas desarrollen la misma labor, pero que una lo haga de manera subordinada y otro lo haga autónomamente, es decir, la segunda persona no está obligada a asistir al centro de labores o puede actuar asistido por terceras personas; en tal supuesto, fácticamente, al no existir una relación de subordinación respecto a la segunda persona, no se podría concluir que nos encontramos ante una relación laboral oculta tras la apariencia de un contrato civil y, por ende no sería propia la aplicación el principio de primacía de la realidad.

En todo caso, consideramos que el supuesto planteado podría ser objeto de una presunción legal, institución diferente de la aplicación de la primacía de la realidad, sobre la existencia de una relación laboral basado en el indicio de la labor común desarrollada por ambas personas.

**2. Habiendo concluido los convenios de formación laboral juvenil, prácticas pre-profesionales o aprendizaje, o superado los límites legales, la persona continúa prestando servicios a la empresa que lo contrató**

En este supuesto tampoco nos encontramos frente a la aplicación del principio bajo análisis, toda

vez que en realidad se trata de la desnaturalización de la relación contractual.

Efectivamente, los convenios de formación para el trabajo dan origen a relaciones que contienen todos los elementos configuradores de una relación laboral; pero que, no obstante ello, por razones de política de Estado se les sustrae de la aplicación de las normas laborales, a efectos de incentivar a los empleadores a incorporarlos en su organización.

Sobre el particular señala Neves Mujica que «la presencia conjunta de los elementos esenciales de la relación laboral, como ya hemos visto, determina la existencia de un vínculo de dicha naturaleza y, por tanto, la aplicación del ordenamiento protector. Sin embargo, pueden producirse dos situaciones opuestas: que a pesar de confluir dichos elementos, la ley descalifique a la relación como laboral y le confiera otro carácter; y que aun cuando no estemos ante una relación laboral, la ley le otorgue al deudor de trabajo ciertos beneficios propios de los trabajadores. El primero es el caso en nuestro ordenamiento del Convenio de Formación Laboral Juvenil; y el segundo, el fenómeno de la llamada equiparación»<sup>27</sup>.

De esta manera, la denominada deslaborización de estas relaciones no obedecen a una simulación del empleador y del trabajador sino mas bien una opción legislativa que no pretende negar su naturaleza; antes bien privarla de sus efectos legales. No obstante, dicha opción legislativa se encuentra vinculada al cumplimiento por parte del empleador de determinados requisitos de fondo y de forma; uno de los cuales es la temporalidad y los límites porcentuales.

Así, en el supuesto que no se cumpla con estos requisitos, la ley ha previsto que se deje sin efecto la deslaborización de estas relaciones y, por el contrario surtan efecto los derechos y garantías que le corresponden como cualquier relación de trabajo. En consecuencia, esta «laboralización» de los convenios

26 Así, por ejemplo, un mismo servicio de carpintería puede ser objeto de un contrato de locación de servicios o de trabajo, dependiendo, entre otras cosas, si este es desarrollado de forma autónoma o subordinada.

27 NEVES MUJICA, Javier. Op. Cit., p. 42.



## La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía...

constituye en realidad una sanción por el incumplimiento de los requisitos previstos por ley, antes que la aplicación del principio de primacía de la realidad.

### 3. La labor realizada por el trabajador se encuentra dentro de los puestos de trabajo calificados por norma expresa como laborales o de carácter subordinado

Como puede apreciarse, el supuesto bajo análisis se trata de un mandato legal, donde la propia norma califica el servicio prestado como de naturaleza laboral o de prestación subordinada. En consecuencia, lo que prima para la «laboralización» de esta relación en realidad no es la forma en que se presta el servicio, sino la calificación legal de éste. Siendo ello así debemos concluir que en realidad nos encontramos frente a la aplicación de una ficción legal antes que ante el PPR, donde no es que existan una realidad fáctica y una realidad formal en discordancia; sino tan sólo una realidad legal cuya única fuente es la voluntad del legislador; la cual no admite ninguna prueba en contrario.

### 4. En la prestación de un servicio se comprueba las manifestaciones de los elementos esenciales del contrato de trabajo, y en el caso específico de la subordinación, manifestaciones tales como la existencia de un horario de trabajo, la reglamentación de la labor, el dictado de órdenes o la sanción en el desempeño de la misma, entre otras, conforme al Artículo 9 del TUO

Desde nuestro punto de vista, este es el único supuesto previsto por el Reglamento donde, en rigor, se puede dar lugar a la aplicación del principio de primacía de la realidad. Ciertamente, la norma parte del hecho que en la realidad se comprueba (no se presupone ni asume) las manifestaciones del contrato de trabajo, privilegiándose el carácter subordinado de la relación y, en consecuencia, nos encontraremos ante una relación laboral.

## LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD EN LOS SUPUESTOS DE INTERMEDIACIÓN LABORAL

El numeral 2 del artículo 9 del Reglamento señala que la presunción del numeral 1, referido a los supuestos de aplicación del principio de Primacía de la

Realidad, también se aplica a las empresas de servicios especiales y cooperativas de trabajadores. Adviértase que, resulta inadecuada la utilización del término presunción para referirse al principio bajo análisis, toda vez que, como se ha señalado, éste tiene una naturaleza distinta.

De otro lado, según el mencionado numeral, la aplicación de dicho principio a las empresas de intermediación laboral se encuentra supeditada al cumplimiento de los siguientes supuestos:

### 1. El personal destacado por una empresa de servicios especiales o cooperativa de trabajadores a una empresa usuaria es contratado bajo un contrato diferente al laboral o asociativo laboral, según sea el caso. En este caso, señala el Reglamento, la relación laboral se presume respecto de la empresa de servicios especiales o cooperativa de trabajadores

Nos encontramos ante la omisión de un requisito esencial para el desarrollo de actividades de intermediación laboral, esto es, que el personal destacado necesariamente se encuentre vinculado a la empresa usuaria en virtud de un contrato de trabajo. No obstante, consideramos que el efecto de la aplicación del principio objeto de estudio podría significar la declaración de la existencia de una relación laboral entre el trabajador y la empresa usuaria y no con la entidad de intermediación laboral.

Ello es así en tanto que, al no existir una relación de intermediación laboral por la omisión de un requisito esencial, lo que queda en la realidad es la prestación personal de servicios de un trabajador a favor de una empresa, esto es la usuaria, quien además es la que económicamente asume el pago de sus remuneraciones; es decir, los elementos constitutivos de una relación laboral se presentan fácticamente con la empresa usuaria.

Por el contrario, la opción de establecer el vínculo laboral con la supuesta intermediadora, implica en realidad la aplicación de una sanción a ésta, por el incumplimiento de una norma laboral, toda vez que la involucra en una relación laboral «constituida» por la voluntad del legislador<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Recordemos que, desde nuestro punto de vista, la única relación laboral existente en la realidad es la que vincula al trabajador con la empresa.



2. **El segundo supuesto previsto por el Reglamento es que la empresa usuaria no acredite la condición de trabajador destacado por una empresa de servicios especiales o cooperativa de trabajadores. En este caso, se presume la existencia de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador destacado**

Observemos que lo que en realidad ha sido sancionado por el legislador es una presunción a favor del trabajador, cuyo efecto es vincularlo laboralmente a la empresa supuestamente usuaria. Decimos esto en la medida que, el hecho de que no se pueda acreditar que una persona haya sido destacada por una entidad de intermediación laboral, determina automáticamente que ésta se encuentra unida a la usuaria por una relación de trabajo. Como ya se ha dicho, cabe la posibilidad que aún cuando exista el vínculo entre esta persona y la usuaria, éste tenga naturaleza civil.

#### **APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DE TRABAJO**

La Autoridad Administrativa del Trabajo tiene la potestad de calificar una relación jurídica contractual formalmente civil o comercial como una relación laboral si, del informe de inspección, se desprende que en los hechos nos encontramos ante un servicio que conlleva una prestación personal remunerada y subordinada, que no califique como una labor excluida.

Si bien es cierto nos encontramos ante una potestad que surge del carácter tuitivo del Derecho Laboral, su uso arbitrario o indiscriminado puede conllevar perjuicios económicos para la empresa perjudicada, mas aun, si de ello se desprende sanciones administrativas de índole pecuniario contempladas en el artículo 19° de la LGIDT.

Por ello cabe preguntarnos si nos encontramos ante una potestad propia de la Administración Pública o que correspondería exclusivamente a una instancia jurisdiccional.

Creemos que la vigencia del Derecho Laboral depende de la eficacia de sus normas. De acuerdo a esto, no podemos dejar que el Poder Judicial se encargue de resolver directamente todos los asuntos

referidos a la aplicación del principio de primacía de la realidad puesto que implicaría una demora innecesaria de dichas controversias, puesto que podrían ser resueltas de forma más célere a través de la propia Administración. Por consiguiente, de acuerdo al ordenamiento jurídico peruano el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se encuentra facultado para aplicar dicho principio allí donde la realidad difiera de la formalidad.

En doctrina se reconoce que la Administración debe preferir la realidad sobre las formas, es decir, aplicar el principio de Primacía de la Realidad. En este sentido, señala acertadamente Gordillo que «si la administración no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto está viciado. En efecto, la decisión administrativa debe ser independiente de la voluntad de las partes. Un acuerdo de parte sobre los hechos en el proceso civil es obligatorio para el juez pero no resulta para el administrador, que debe comprobarlos»<sup>29</sup>.

Ahora bien, la celeridad no puede implicar arbitrariedad en tanto nos encontramos ante una potestad exorbitante de la Administración Pública. Creemos que, la LGIDT y su Reglamento no determinan de forma correcta los límites que tiene la Autoridad Administrativa del Trabajo en la aplicación del principio en mención a raíz de una inspección laboral. Por ello, es necesario recurrir a otras normas que regulen dicha potestad.

De acuerdo al numeral 4 del artículo 3° de la Ley General del Procedimiento Administrativo General uno de los requisitos de validez de todo acto administrativo es que este debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

Por consiguiente, considerando que la primacía de la realidad no es una presunción ni una ficción legal, las resoluciones del Ministerio de Trabajo por las cuales se aplica el principio de primacía de la realidad debe encontrarse motivada sobre la base de los hechos que deben ser apreciados y verificados de forma correcta. Si no se cumple con este requisito es posible solicitar la nulidad de tal acto administrativo de conformidad con el numeral 2 del artículo 10° de la Ley 27444 que señala que el acto administrativo es nulo si adolece de un defecto u omisión de uno de sus requisitos de validez.

29 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Quinta Edición. Tomo 2. Lima: ARA Editores. 2003, pp. 141 y ss.



## La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía...

No sostenemos que el Ministerio de Trabajo no pueda aplicar el principio de Primacía de la Realidad sino por el contrario que su aplicación debe sujetarse al verdadero sentido de dicho principio y a los límites que señala la ley, esto es, la debida motivación de los actos administrativos.

### CONCLUSIONES

La inspección de trabajo es una función pública que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las normas laborales. A fin de facilitar el cumplimiento de dicha función el ordenamiento jurídico laboral peruano ha reconocido la aplicación del principio de Primacía de la Realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

El principio de Primacía de la Realidad consiste en evitar situaciones de fraude y simulación para evadir las garantías que otorga el Derecho del Trabajo, puesto que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la realidad y los acuerdos formalmente establecidos, se debe dar preferencia a esto sobre aquello. Dicho principio ha sido reconocido tanto por las normas laborales peruanas como por la propia jurisprudencia.

Debemos señalar que el principio de Primacía de la Realidad no tiene la misma naturaleza jurídica que las presunciones relativas, las ficciones jurídicas ni las sanciones administrativas. No nos encontramos ante una presunción de un vínculo laboral en virtud de ciertos indicios, ni ante la imposición legal de laboralidad a ciertos hechos y menos ante una sanción administrativa por desnaturalización. Todo lo contrario, nos encontramos efectivamente ante una relación que, desde sus inicios, ha sido laboral.

Las normas laborales peruanas equiparan la naturaleza del principio de Primacía de la Realidad a la de las presunciones relativas. Esto resulta incorrecto en tanto nos encontramos ante instituciones jurídicas distintas. La Autoridad Administrativa de Trabajo puede valorar de forma incorrecta los hechos que consten en

las actas inspectivas, razón por la cual es posible impugnar la aplicación del principio de primacía de la realidad. Ello es posible sin necesidad de equiparar dicho principio a una presunción relativa. Deben ratificarse las garantías, no sólo del debido proceso, sino también de la unidad de jurisdicción.

Creemos que es adecuado que el Ministerio de Trabajo tenga la potestad de aplicar el principio de primacía de la realidad ante una inspección de trabajo. Ahora bien, en sede administrativa tal potestad se encuentra y debe encontrarse delimitada por las propias normas. Ello debido a que nos encontramos ante facultades regladas de la Administración Pública. De este modo, la Primacía de la Realidad se encuentra reducida a la determinación básica e inicial de vínculos contractuales de naturaleza laboral, pero cuya aplicación definitiva corresponde al Poder Judicial.

Sin perjuicio de los beneficios que reporta el hecho de otorga a la Autoridad Administrativa del Trabajo la aplicación del principio aludido, en tanto nos encontremos ante una potestad exorbitante de la Administración Pública, resulta necesario que los actos administrativos que apliquen el principio de Primacía de la Realidad contengan un correcto examen y verificación de los hechos. Debemos advertir que la propia ley exige que uno de los requisitos de validez de los actos administrativos es su correcta motivación.

En atención a los antes expuesto, se hace necesaria la comprensión de todos los actores de las relaciones de trabajo o de simples servicios, a fin de actuar conforme a la ley y la verdadera naturaleza de una relación o vínculo laboral.

Nada impedirá por cierto que la modernidad que se implementa en las relaciones de trabajo, esto es, en la ejecución de nuevas actividades con enfoques diferentes, haga sufrir una revisión y limitación a los principios del derecho laboral y dar paso, mas bien, a principios y pautas diferentes. Por el momento, esa es la explicación y aplicación