

Germán Lora Álvarez^(*) y Brian Ávalos Rodríguez^(**)

Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo

«EN CUANTO A LOS SUPUESTOS QUE MOTIVAN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO, SE HA DETERMINADO QUE EL DESAJUSTE ENTRE LOS HECHOS Y LA FORMA TIENEN DIFERENTES PROCEDENCIAS, RESUMIENDO EN DOS SITUACIONES: (I) ANTE LA SIMULACIÓN ABSOLUTA O RELATIVA, QUE SE DEFINE COMO LA INTENSIÓN DELIBERADA DE FINGIR UNA SITUACIÓN JURÍDICA DISTINTA DE LA REAL; Y, (II) LA PROVENIENTE DE UN ERROR O DESCONOCIMIENTO DEL DERECHO».

1. Introducción

En los últimos años, hemos sido testigos como ha ido evolucionando la inspección de trabajo, tanto desde el ámbito normativo, económico e institucional⁽¹⁾. Dicho desarrollo no habría sido posible si es que el Estado no hubiera considerado de vital importancia dicha institución para el fortalecimiento de la democracia, cuya finalidad es la paz social, sin embargo, queda mucho por recorrer, fortalecer y mejorar. No debemos olvidar tampoco que impulso a la función inspectiva para la verificación del cumplimiento de las normas laborales tiene mucho que ver con las exigencias impuestas por los EEUU para la suscripción del Tratado de Libre Comercio (TLC).

Prueba de la importancia de ésta institución desde la perspectiva jurídica, es el múltiple tratamiento que ha tomado en la doctrina nacional, por ello en el presente artículo nos abocaremos a un punto álgido de todo el proceso, el llamado principio de primacía de la realidad y sus límites en su aplicación.

En efecto, desde la vigencia de la Ley 28806 Ley General de Inspección del Trabajo (En adelante, la Ley), norma que precisó la aplicación del

(*) Socio de Payet, Rey, Cauvi Abogados. Master en Derecho de la Empresa por la Universidad de Navarra. Abogado por la Universidad de Lima.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(1) En los últimos años, se ha incrementado el número de inspectores de trabajo, todo ello en base a un mayor presupuesto y a un interés político de fortalecer la aplicación de las normas laborales. Desde 2005 al 2009, se ha incrementado en casi 400% el número de inspectores exclusivamente dedicados a esta función.

mencionado principio a las actuaciones inspectivas, ya no como una mera presunción sino como una herramienta que, en si misma, permite al inspector determinar la existencia de alguna infracción frente al fraude o encubrimiento de algún hecho objetivo, otorgando facultades que antes se encontraban privativamente reservadas a la vía jurisdiccional, circunstancia que justifica imperativamente que dicha actuación no se encuentre regida al libre albedrío ni uso arbitrario, pues su consecuencia no derivaría en un perjuicio únicamente económico para el empleador, sino en la deslegitimación de las finalidades de dicha institución.

Como corolario de lo antes señalado, en el presente artículo citaremos algunos pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo, los cuales desarrollan de manera implícita los límites a la aplicación de dicha institución en sede administrativa, evaluando a partir de ello las consecuencias drásticas del uso desmedido de dicha institución, cuando todo se vuelve primacía y nada realidad.

El presente artículo no pretende ser una crítica acérrima de la labor del inspector de trabajo, sino más bien un reconocimiento a la labor loable que desempeña como agente social, que con escasos recursos y a la deriva de la intensión política, busca sobre todo aplicar la ley y legitimar al Estado como ente que tiene como máxima la justicia social.

En este punto, debemos insistir en que si bien es muy importante la existencia de un número de inspectores acorde con la cantidad de población económicamente activa, más importante será que los inspectores realicen un eficiente, correcta y, sobre todo, bien planificada inspección, con el objeto de lograr un «efecto rebote» en las demás empresas. Lo que sucedió por ejemplo con las visitas inspectivas que se llevaron a cabo durante los años 2007 y 2008 sobre las contratas mineras y la desnaturalización de las relaciones laborales de los supuestos trabajadores desplazados a los centros de trabajo de las empresas principales (contratantes).

Para todo ello, y como punto de partida, se requiere una permanente capacitación de los funcionarios encargados de las labores inspectivas, así como una decisión política importante.

«LAS CONSECUENCIAS DE LOS HECHOS VERIFICADOS POR EL INSPECTOR PUEDEN GENERAR SANCIONES ECONÓMICAS Y REQUERIMIENTOS DE CUMPLIMIENTO, RAZÓN POR LA CUAL SE OBLIGA QUE SUS ACTUACIONES NO SE ENCUENTREN CUESTIONADAS».

2. En torno a la idea de principio en el Derecho Laboral

Antes de pretender analizar el contenido del principio de primacía de la realidad y los límites en la aplicación del mismo, consideramos importante detenernos en la idea que antecede, es decir el principio, su vinculación con los principios generales del derecho, y finalizando con la delimitación y fundamento de los principios del Derecho Laboral. El desarrollo es breve, pues existen diversos artículos al respecto, los cuales pueden ser consultados para un mayor abundamiento.

2.1. La idea de principio

Los principios son aquellos valores que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, toda vez que informan, integran e interpretan el mismo dentro de un contexto social vigente, es por ello que los principios son las directrices máximas de toda una institución.

En ese sentido, Bueno Magano⁽²⁾, señala que los principios son proposiciones genéricas de las cuales se derivan las demás normas competentes de un sistema, es decir, los principios no son las normas mismas, sino aquellos que las inspiran, guían y configuran, determinando su propia naturaleza y sus

(2) Citado por PODETTI. p. 141.

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

propios límites, dentro de un sistema jurídico determinado. En efecto, los principios que en conjunto inspiran un sistema, se encuentran en relación entre sí, no siendo posible que su aplicación distorsione o limite en modo alguno otro principio del ordenamiento que fundamentan.

Por consiguiente, los principios son aquellos supuestos que dan sentido al ordenamiento jurídico, por lo que deben tener la suficiente flexibilidad y elasticidad como para no quedar aprisionados en formulas legislativas concretas⁽³⁾, no obstante, dicha forma flexible no supone el uso desmesurado o desmedido de dicho supuesto, toda vez que al afectar la naturaleza del principio no se afecta solo al mismo sino al sistema en su conjunto.

2.2. Los principios generales del Derecho.

En base a lo señalado, se podría desprender que los principios generales del Derecho, se aplican a cada una de las ramas específicas, sin embargo, ello no es tan cierto, debido a que los mismos mantienen un carácter supletorio o subsidiario con respecto a todo el ordenamiento jurídico en general, vale decir, no contienen un carácter exclusivo ni peculiar, como si sucede con cada rama del derecho⁽⁴⁾.

Es importante hacer este deslinde, puesto que nos permite delimitar nuestro análisis. En ese sentido, cuando hablemos de los principios que inspiran el Derecho Laboral, nos referiremos únicamente a los principios que inspiran el ordenamiento laboral y son en estos últimos, donde buscaremos la naturaleza del principio de primacía de la realidad.

2.3. Definición e importancia de los principios del Derecho Laboral.

Los principios del Derecho Laboral se definen según el autor Pla Rodríguez⁽⁵⁾ como las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos.

En efecto, como lo señala DE CASTRO⁽⁶⁾, los principios del Derecho Laboral cumplen una triple función; la función informadora o de política legislativa; normativa o integrativa; e interrogadora o interpretativa. La primera se materializa al inspirar u orientar al legislador al momento de dictar normas, sirviendo como fundamento del ordenamiento jurídico; la segunda actúa supletoriamente ante un caso de ausencia de la ley, es decir integra el Derecho; la tercera opera como criterio orientador del Juez o del intérprete, es decir determina el alcance y el sentido de una determinada norma⁽⁷⁾.

Por otro lado, ALONSO GARCÍA⁽⁸⁾ señala que el régimen aplicable obedece a unos principios inspiradores y determinantes de la orientación con arreglo a la cual se ordenan las relaciones precitadas de índole laboral que

(3) PLA RODRÍGUEZ citado por GAMARRA VILCHEZ. *Principios del Derecho Procesal del Trabajo*. En: *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. p. 17.

(4) RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. p. 307. El autor señala que los principios generales del Derecho rigen como grandes inspiradores del funcionamiento del Derecho. Sin embargo, esto último no quiere decir que se pueda explicar la naturaleza específica de cada una de sus ramas desde la base universal y supletoria de los propios principios generales del Derecho, por lo que el Derecho Laboral dependerá de sus propios principios inspiradores.

(5) PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. Buenos Aires: Depalma, 1978. p. 9.

(6) DE CASTRO, Federico. *Derecho Civil de España*. Tomo I. Madrid: 1949. p. 473.

(7) En referencia a esta última función, debemos entender que la interpretación busca comprender el contenido de una norma, ello no supone la creación del derecho, ni es su misión la de crear la norma misma, toda vez que esa función se encuentra restringida al legislador, exceder dicho límite sería contradecir su propia naturaleza. En ese sentido, podemos encontrar otro límite a la aplicación de los referidos principios del Derecho Laboral.

(8) GARCÍA, Alonso. *Op. cit.*; p. 50

son los que confieren al total sistema su sentido organizativo, en consonancia con los postulados que sirven de base a la ideología política detentadora del poder normativo y decisorio. Cuando nos referimos a la aplicación y a la importancia de los principios del Derecho Laboral, reconocemos en dicho contexto el carácter particular del ordenamiento laboral y su propia independencia como rama específica del Derecho.

Siendo ello así y de acuerdo a las definiciones dadas por los autores antes citados, la rama del Derecho Laboral, al poseer un contenido propio y diferenciado del resto del ordenamiento⁽⁹⁾, se encuentra previamente determinado por principios que le dan sentido e inspiran, por lo que estos principios se encuentran articulados entre sí, evidentemente, por lo que no cabe la posibilidad de contradicción, ni menos aún, su aplicación desborda su contenido toda vez que afectaría su propia naturaleza y la del Derecho Laboral.

Finalmente, en relación a la clasificación de los principios que inspiran el Derecho Laboral, pese a su importancia⁽¹⁰⁾, hemos creído conveniente citar la clásica clasificación del maestro Pla Rodríguez⁽¹¹⁾, quien determina los siguientes principios: (i) principio protector (in dubio pro operario, norma más favorable y condición más beneficiosa); (ii) principio de irrenunciabilidad; (iii) principio de continuidad de la relación laboral; (iv) principio de la primacía de la realidad; (v) principio de razonabilidad; y, (iv) principio de la buena fe.

Para concluir el presente extremo, debemos tener en cuenta que los principios, desde su propia naturaleza, contienen el fundamento que permite identificar las características propias del derecho específico, en este caso del Derecho Laboral, dichos principios orientan el sistema y lo integran, por tanto, el uso de los principios no puede encontrarse en contradicción con otro, al ser parte del sentido mismo del ordenamiento jurídico⁽¹²⁾.

3. Principio de primacía de la realidad

Desde los orígenes del Derecho Laboral, se ha configurado el rol protector del Estado frente al desequilibrio aparente de las relaciones laborales. En un principio, dicho rol constituía un régimen de excepción⁽¹³⁾, sin embargo, conforme se fue delimitando el campo de acción y su propia naturaleza, se fue independizando de la óptica netamente civil hasta encontrar su propia naturaleza, su importancia, su especificidad, concluyendo en la concreción de sus propios principios para determinar la rama del derecho que hoy conocemos.

(9) ARBULÚ ALVA, Luis. *La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el procedimiento de Inspección de Trabajo*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 24. p. 230. El autor resalta el carácter particular del ordenamiento laboral, por sus características peculiares, hecho que lo diferencia de otras ramas del derecho, refiriéndose a la ubicación del mismo entre el derecho privado y el público.

(10) GAMARRA VILCHEZ, Leopoldo. *Op. cit.*; p. 26. Para el autor, son tres los principios fundantes del Derecho Laboral; el principio protector, el principio de equidad y el principio de celeridad, éstos a su vez se encuentran integrados por principios operacionales del Derecho Procesal del Trabajo. El principio protector, como su propio nombre lo determina, se basa en el carácter tuitivo del derecho laboral, entendido éste, como aquel sistema que procura proteger a la parte más débil de la relación laboral, según el autor, dentro de este principio fundante tenemos al principio in dubio pro operario, gratuidad procesal e inversión de la prueba. El principio de equidad se basa en el concepto de justicia que se determina en la proporción que es entre la norma y las exigencias reales encerradas en cada caso, este principio fundante reúne al principio de primacía de la realidad, oralidad y dirección del proceso. En cuanto al tercer y último principio fundante tenemos al principio de celeridad, el cual se define como aquel que procura la rapidez a través de la simplificación sin desconocer el debido proceso y los derechos de las partes, entre los principios operacionales tenemos al de concentración, continuación y publicidad.

(11) PLA RODRIGUEZ, Américo. *Op. cit.*; p. 19.

(12) En ese sentido, como señala Alonso García, los principios del derecho del trabajo «vienen a construir el fundamento del sistema jurídico-positivo del trabajo, y no admiten contradicción posible con los preceptos legales, ya que, según hemos indicado, se hacen patentes a través de normas legales».

(13) Como fue la reacción del Estado frente a la explotación de niños y mujeres, entre los siglos XIX y XX.

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

En ese camino, 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.

En efecto, el principio tiene su origen remoto en el ideal de justicia que se fundamenta en la equidad de las partes, por tanto, este principio 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 más precisamente como la manifestación de las partes. Siguiendo nuestra posición, es evidente que el principio de primacía de la realidad, principio fundamental del derecho laboral conjuntamente con el principio de la irrenunciabilidad, no es privilegio exclusivo de los trabajadores y que por lo tanto excluiría 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.

Es importante, rescatar el sentido primigenio del principio, debido a que éste nos permitirá diferenciar su aplicación del resto, en tal sentido, la equidad como concepto de justicia, cumple un rol trascendental en cuanto a la delimitación y finalidad.

3.1. Concepto del principio de primacía de la realidad

Para el autor Pla Rodríguez⁽¹⁴⁾, el principio de primacía de la realidad se determina en caso de discordancia entre lo

que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, por lo que debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos.

Es claro que el principio busca la primacía de la realidad sobre las formas o apariencias, en tal sentido, Mascaro Nacimiento⁽¹⁵⁾ señala que el principio 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 interprete 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. Por tanto, en el presente extremo debemos preguntarnos, a qué tipo de realidad se refiere y cómo es posible alcanzarla.

Según Romero Montes⁽¹⁶⁾ la realidad tiene un carácter objetivo, que supera la versión de las partes y hasta del propio juzgador, lo importante será determinar y delimitar la verdad, para que nos permita superar la subjetividad y encontrarnos frente a ella, por tanto, la realidad son hechos objetivos, veraces, fehacientes que se producen en un lugar y en un tiempo determinado⁽¹⁷⁾.

De acuerdo a la definición del concepto de realidad propuesto, es evidente que no se determina con la sola denominación de un «hecho verificado», con la mención de un significado abstracto, ni el pronunciamiento

(14) PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Desalma, 1978. p. 243.

(15) MASCARO NACIMIENTO, Amauri. *Teoría General del Derecho del Trabajo*. Sao Paulo: LTR, 1999. p. 219.

(16) ROMERO MONTES, Francisco Javier. *El principio de veracidad o primacía de la realidad*. p. 341.

(17) La realidad se sustenta en el carácter imperativo de las normas laborales en concordancia con el principio de irrenunciabilidad de derechos, el cual crea límites a la propia voluntad de las partes por otro lado, la realidad se sustenta en la constatación objetiva de los elementos sustanciales del contrato de trabajo, por último, el carácter tuitivo de Derecho Laboral, que se sustenta en la desigualdad de las partes que celebran el contrato de trabajo, motiva la intervención del Estado en las relaciones laborales para verificar el cumplimiento del ordenamiento laboral, su verificación se entiende objetiva siempre cuando verifique los elementos antes señalados, en procura de la protección del trabajador. En ese sentido, el principio de primacía de la realidad, se sustenta en la búsqueda de la veracidad de los hechos que se constatan en la propia relación laboral, sobre lo que las partes o las apariencias determinen.

Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo

subjetivo de una de las partes o de algún tercero, ni menos de la propia autoridad administrativa o en todo caso judicial, toda vez que la realidad no es la simple apreciación de un hecho cualquiera, sino que sus límites se encuentran en la apreciación del contenido normativo del ordenamiento laboral vistos en el terreno de lo fáctico, objetivo y veraz.

En tal sentido, desde esta perspectiva, se descartaría claramente 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 el principio analizado se basa directamente en un hecho real y en la veracidad. Prueba de ello, es justamente que el Decreto Legislativo 910, norma que fuera derogada por la Ley 28806, configuraba al principio de primacía de la realidad como una mera presunción, restándole valor y significado a dicha institución. Por ejemplo, la norma en mención establecía que, en base al principio bajo análisis, se presumía la existencia de una relación laboral a plazo indefinido cuando el contrato de trabajo a plazo fijo superaba el período máximo establecido por Ley, lo que de ninguna manera representa aplicar el principio de la primacía de la realidad, sino simplemente aplicar una «sanción» normativa.

Así, la realidad no es una mera 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. Asimismo, la realidad se constata en la verificación y constatación objetiva, no en apreciaciones o suposiciones, colocando en un segundo plano las formas u acuerdos aparentes.

3.2. Origen y antecedentes del principio

Para entender el fundamento del principio de primacía de la realidad, hay que remontarnos a sus antecedentes, sin

ánimos de extender el presente trabajo pero con la intención de ahondar más en su propia naturaleza.

Pues bien, es cierto que se podría identificar al autor Pla Rodríguez como el que incluyó este principio dentro de su clasificación denominada «Principios del Derecho Laboral», sin embargo, el mencionado autor toma como origen más próximo la teoría de la relación de trabajo del autor De La Cueva, con la salvedad que no existió la intención del mencionado autor de configurar un nuevo principio, sino la de develar la fuente del Derecho Laboral en contradicción a la teoría subjetivista Contractual. En ese sentido, nuestra opinión es que si bien no se plasmó materialmente la creación del principio referido, se pudo identificar la autonomía del Derecho Laboral del ámbito civil basándose en el carácter tuitivo⁽¹⁸⁾ del mismo, fundamento que inspira el principio de primacía de la realidad.

Si bien es cierto, el trabajo como actividad del hombre se puede remontar desde sus propios orígenes, sin embargo, dicha actividad toma real preponderancia para el derecho cuando el trabajo transforma algún elemento de la realidad externa y posibilita el aprovechamiento de sus resultados por terceras personas, por lo que se convierte en una actividad económica y socialmente útil⁽¹⁹⁾.

Desde el Derecho Romano⁽²⁰⁾, la relación de trabajo, fue explicada desde la perspectiva civil,

(18) Cuando nos referimos al carácter tuitivo del Derecho Laboral, hacemos referencia al origen y a la naturaleza del régimen de protección que configura el ordenamiento laboral.

(19) ALEMAN, Francisco. *El trabajo como hecho social al contrato de trabajo como realidad normativa: un apunte histórico romancístico*. p. 3.

(20) RIZZI, Miguel. *Tratado de Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Arístides Quillet, 1936. p. 3. De acuerdo al autor citado, en Roma existieron diversos factores que decretaron que la civilización predomine sobre el individuo, se creó una idea unificada de gobierno que fue legitimada por el Derecho, es decir que se sintetizó la estructura colectiva, para tender a una organización orgánica de toda una civilización. En ese sentido, se puede explicar el predominio en el derecho romano de la cohesión social sobre el propio individuo, configurando las obligaciones como un acto aceptado por la sociedad por encima de la propia naturaleza del hombre, las cuales si bien es cierto se fueron atemperando, no dejaron de ser menos importantes (un ejemplo de lo expuesto es la propia muerte como consecuencia del no pago de alguna deuda en un inicio y la prisión por deudas posteriormente).

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

basada en el consentimiento de las partes contratantes sin que exista una diferenciación en cuanto al desequilibrio de las mismas, es así que se entendió a la relación de trabajo como aquel arrendamiento de servicios o *locatio conductio*. En mérito de este contrato se ejecuta una determinada actividad para otra persona a cambio de una contraprestación, más adelante se practicaron otras explicaciones tales como concebirla como un contrato de compra venta o uno de asociación, todas desde la perspectiva contractualista. Dichas explicaciones tuvieron siempre como centro del conflicto, entender al trabajo o a lo que se desprendía de aquel, como un bien objeto de comercio, como ilustración tenemos que la *locutio conductio* se basó en el arrendamiento del trabajo como bien materia de comercio y asimismo en la concepción de la compra venta se pensó que el bien materia de compra venta era el propio trabajo.

Es evidente, que desde los orígenes del contrato de trabajo, fue concebido desde una perspectiva netamente consensual, por lo que en aquella época predominaba la voluntad de las partes y se regía en base a las formalidades y a sus propios pactos. De esta forma, el derecho civil explicó las relaciones de trabajo hasta buena parte del siglo XIX. Sin embargo, los cambios sociales producidos por la revolución industrial y los cambios socio demográficos a lo largo del siglo XIX y principios del siglo XX, configuraron un rol interventor del Estado en las relaciones contractuales, las cuales se vieron limitadas por la propia ley, dichos cambios se debieron a la nueva concepción del trabajo y en las condiciones de la prestación del mismo. En sus inicios, se regularizaron ciertos regímenes de excepción protectores del trabajo⁽²¹⁾, no obstante, dicho cambio fue progresivo conforme se fue ampliando dicho ámbito de protección⁽²²⁾.

Como consecuencia de este avance progresivo, el derecho civil se vio amenazado e intimidado⁽²³⁾, toda vez que en esa batalla estaba en juego la esencia misma del contractualismo individualista y subjetivista tradicional, y la integración misma del derecho civil y por encima de ella la del derecho privado,

por lo que la idea nueva implicaba que el derecho regulador de uno de los aspectos más extenso e importante de las relaciones humanas fuera superado por el carácter imperativo de la ley, desconfigurando de esta forma las propias fuentes de obligaciones⁽²⁴⁾ las cuales predominaron desde Roma, es decir la introducción de un derecho nuevo, tuvo como consecuencia un replanteamiento en la configuración del Derecho Civil.

La teoría de la relación de trabajo como una situación independiente de su origen, nace desde una perspectiva objetiva, la cual, se fundamenta en la propia voluntad de la ley como mandato conferido al Estado. Dicha teoría constituye como fuente de los derechos del trabajador, la propia relación de trabajo sobre el acto o causa que le dio origen, de aquí que se señale que habrá un tránsito del subjetivismo contractualista que hace depender los derechos de un acuerdo de voluntades, al objetivismo de los hechos reales, que fundará los derechos del trabajador en su voluntad libre, ya que nadie se puede obligar a prestar un trabajo personal sin su pleno consentimiento, y en el hecho real de la prestación de su energía de trabajo⁽²⁵⁾. Es indudable en base a lo señalado y de acuerdo con el autor Perez Botija⁽²⁶⁾ que no se niega el carácter consensual de la relación laboral, sino que la misma se ha visto superada por la ley, la misma que encierra un contenido social.

Si bien es cierto, la teoría de la relación de trabajo, sirve para identificar el nacimiento y la independencia del Derecho Laboral, es

(21) Este es el caso de las mujeres trabajadoras y la situación de los trabajadores menores de edad, asimismo se puede constatar estos regímenes en la protección de las condiciones de salubridad, higiene y salud, etcétera.

(22) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Lima: Palestra, 2008. pp. 29-76.

(23) DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del trabajo*. Porrua: 1977. p. 182.

(24) Debemos recordar que desde el inicio del derecho romano, las fuentes de las obligaciones estuvo compuesta solo por el contrato y el delito, más adelante fue agregado por Gayo el Cuasicontrato y el Cuasidelito.

(25) DE LA CUEVA, Mario. *Op. cit.*; p. 183.

(26) PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Curso de Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecno: 1960. p. 125.

ésta explicación la que determina el fundamento del principio, toda vez que la naturaleza tuitiva del derecho laboral, cuya finalidad protectora se basa en el desequilibrio de las partes en la relación laboral, se configura en la prestación misma independiente del acto que la generó, sin que ello signifique desconocer el carácter consensual del mismo, el cual, queda supeditado al alcance de la ley.

En efecto, el principio nace de la finalidad misma del Derecho Laboral, el cual busca proteger primigeniamente al trabajador en base a la equidad como patrón de justicia, buscando sobreponer a la voluntad de las partes el 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.

En los últimos años se ha venido cuestionando la exigencia de aplicar este principio a las relaciones laborales de alta dirección, los trabajadores de dirección o los trabajadores altamente especializados de las empresas, pues se entendería que en estas relaciones, por la posibilidad de que aparece con mayor fuerza la autonomía contractual, se atenuaría el desequilibrio de las partes de la relación laboral, en el que se sustenta el principio bajo análisis.

3.3. La aplicación del principio

En cuanto a los supuestos que motivan la aplicación del principio, se ha determinado que el desajuste entre los hechos y la forma tienen diferentes procedencias, resumiendo en dos situaciones: (i) ante la simulación absoluta o relativa, que se define como la intensión deliberada de fingir una situación jurídica distinta de la real; y, (ii) la proveniente de un error o desconocimiento del derecho, se configura por la falta de conocimiento del ordenamiento laboral sin que sea relevante la intensión de las partes.

Teniendo en cuenta que el principio de primacía de la realidad privilegia lo que efectivamente ocurre sobre lo que los sujetos dicen que ocurre, es decir priman los hechos fácticamente comprobados sobre el dicho de las partes y los documentos

suscritos que supuestamente los sustentan, el mencionado principio no puede presumir o suponer en base a un documento o una mera manifestación, la existencia de una infracción al ordenamiento laboral⁽²⁷⁾.

Siendo ello así, el presente artículo no pretende determinar taxativamente cuales son los hechos que pueden ser tomados como realidad y en base a ellos determinar la aplicación del principio, sino delimitar cual es el alcance de dicha realidad, por lo que existen múltiples formas de llegar a ella, sin que se exceda el contenido del principio analizado.

Antes de entrar a desarrollar el aspecto de la inspección del trabajo y el principio de la primacía de la realidad consideramos oportuno mencionar que dicho principio no tiene como finalidad o 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 practica 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.

4. La inspección laboral en la aplicación del principio de primacía de la realidad

Antes de entrar al desarrollo de este punto, consideramos importante dejar sentada nuestra posición en el sentido que es muy discutible la posibilidad que la Autoridad Administrativa

(27) ARBULÚ ALVA, Luis. *Op. cit.*; p. 233. El autor señala que «(...) es frecuente confundir la naturaleza jurídica de este principio con el de las presunciones legales (...) 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 o ficciones jurídicas».

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

pueda declarar derechos, asumiendo facultades propias de la vía jurisdiccional conferidas por nuestra Constitución⁽²⁸⁾. Sin perjuicio de lo cual, pretendemos hacer un pequeño análisis de la posibilidad que la Autoridad Administrativa pudiera servir como mecanismo para la elaboración de medios probatorios que pudieran servirle al trabajador a efectos de interponer las acciones judiciales que considere pertinentes. En este orden de ideas, consideramos que la Autoridad Inspectiva podrá utilizar el principio de primacía de la realidad para comprobar hecho o situaciones reales, sin que ello concluya en una declaración de derechos propia de la vía jurisdiccional.

De acuerdo a la configuración del principio de primacía de la realidad, nos es claro que su aplicación no puede efectuarse sin límite alguno y que este límite se encuentra en su propia naturaleza y en el ordenamiento laboral. Sin embargo, existen otros factores adicionales, que si bien no se relacionan de manera directa con la aplicación del principio, nos debemos pronunciarnos previamente, pues más además del principio, su aplicación toma un carácter particular al ser aplicado en sede administrativa.

4.1. Límites en cuanto al acto administrativo

Luego de analizar la idea de principio, el origen y sus antecedentes, debemos ahora determinar su aplicación en sede administrativa, para ello tenemos que tener en cuenta previamente que el acto administrativo, es decir el Acta de Infracción, se encuentra limitado por el debido procedimiento administrativo y por el principio de debida motivación. Así, el contenido del Acta de Infracción, en principio no debe contener un enunciado genérico, vago y abstracto, pues ello limitaría el derecho de defensa de las partes, sobre todo teniendo en cuenta que estamos ante un procedimiento sancionador y que podría generar consecuencias en perjuicio de una de las partes, circunstancia que determina que el inspector de trabajo debe sustentar claramente los hechos verificados, pues da fe de los mismos y se reputa su veracidad.

En tal sentido en reiteradas sentencias, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de debido procedimiento y el derecho de defensa, el cual exige a la Autoridad Administrativa, la actuación de los medios

probatorios, el pronunciamiento sobre todos los extremos alegados, entre otros aspectos.

4.2. Límites en cuanto a la labor del inspector de trabajo

Asimismo, la actuación del inspector se encuentra limitada por los principios de equidad, imparcialidad, probidad, entre otros. Ello es así, pues las consecuencias de los hechos verificados por el inspector pueden generar sanciones económicas y requerimientos de cumplimiento, razón por la cual se obliga que sus actuaciones no se encuentren cuestionadas, pues el poder de determinar que es o no una situación, genera como contraposición que dicha facultad se encuentre claramente limitada.

4.3. Límites en cuanto a la aplicación del principio

Hasta el momento hemos hecho referencia a los límites en cuanto al acto administrativo y a la facultad del inspector de trabajo, más ahora debemos analizar cuáles son los límites de la aplicación del principio de primacía de la realidad, considerando su finalidad, su contenido y las consecuencias de dicha aplicación. Para ello, analizaremos algunos pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo, los cuales nos permitirán revisar como se viene entendiendo el principio en las diversas actuaciones inspectivas.

Antes de continuar, debemos previamente limitar la aplicación del principio al campo específico de la existencia de relación laboral, pues en una manifestación como la referida, podremos identificar el uso desmedido de dicha institución sin tener que alargar el presente artículo. Para ello se debe tener en cuenta que para verificar la existencia de un vínculo laboral, en dicha relación debe coexistir de manera objetiva los elementos esenciales

(28) Anteriormente escribimos un artículo denominado *Primacía de la Realidad e Inspección Laboral* en el cual realizamos las observaciones a dichas facultades administrativas.

Del dicho al hecho: límites a la aplicación del principio de primacía de la realidad por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo

del contrato de trabajo, es decir; la subordinación, prestación efectiva y remuneración. Si bien es cierto, en algunos casos la existencia de dichos elementos es más clara, en otros su configuración y su constatación requerirá de un mayor esfuerzo en verificarla por parte de la Autoridad de Trabajo.

Como lo hemos señalado, en el caso específico el inspector de trabajo, al expedir un acto administrativo, dicho acto debe encontrarse de conformidad con el principio de motivación, imparcialidad, equidad y probidad de acuerdo a lo estipulado en la Ley 27444 y la Ley 28806, pues de lo contrario se estaría afectando el derecho de defensa y el debido procedimiento administrativo. Con mayor razón, si la actividad del inspector ya se encuentra limitada por los principios antes mencionados, para la aplicación de la primacía de la realidad en la actuación administrativa, requiere de mayor precisión y de agotamiento de sus facultades, pues el acto que merece fe, va a ser la propia realidad.

En efecto, Arbulú Alva⁽²⁹⁾ señala que si bien es cierto nos encontramos ante una potestad que surge del carácter tuitivo del Derecho Laboral y de la propia Ley, su uso arbitrario o indiscriminado puede conllevar perjuicios económicos para la empresa materia de inspección, más aún, si de ello se desprende sanciones administrativas de índole pecuniario y determinación de derechos que suelen usarse como medios probatorios en sede judicial. Pero aún cuando dichos perjuicios sean considerables, creemos que el mayor problema en la aplicación desmesurada se encuentra en la deslegitimación del principio y en el escaso valor que tendría sus efectos cuando se declare la nulidad del Acta de Infracción, al no haber agotado sus facultades el inspector comisionado.

4.4. Algunos pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo

Como lo hemos referido previamente, nuestro análisis se ha basado en la aplicación del principio de primacía de la realidad

en sede administrativa, en cuanto a la existencia de la relación laboral, específicamente el supuesto mismo de la manifestación de la voluntad como hecho real. Consideramos apropiada dicha delimitación pues nos permite concentrarnos en supuestos concretos, los cuales ya existen pronunciamientos de la Autoridad Administrativa, sobre todo cuando dichos extremos han sido corregidos por instancias superiores.

Siendo ello así, como ilustración de cómo se puede desnaturalizar el principio, y como su uso indiscriminado puede generar un abuso de derecho para las partes, nos encontramos con últimos pronunciamientos de la Autoridad de Trabajo, los cuales han determinado que el solo dicho de las partes es un elemento suficiente para determinar la aplicación del principio de primacía de la realidad, es decir entienden a la manifestación de una parte como un hecho objetivo, veraz y sobre todo real.

Entender esto último, supone una clara desnaturalización del principio, debido a que la manifestación no se considera en el derecho un elemento objetivo sino tan solo referencial, por otro lado se afectaría claramente el principio de equidad⁽³⁰⁾, imparcialidad y probidad⁽³¹⁾ al dar valor a la sola declaración que favorece a una de las partes, máxime cuando ha preexistido una negación de la otra.

En efecto, un dicho, manifestación o declaración no equivale por si solo a un hecho objetivo, el cual se basa en la verificación fehaciente y en la apreciación veraz de lo que sucede en la

(29) ARBULÚ ALVA, Luis. *Op. cit.*; p. 238.

(30) FLORES POLO, Pedro. *Diccionario de Términos Jurídicos*. Tomo I. Lima: Importadores, 1984. p. 535. El autor define a la equidad como: «Concepto de justicia «(...) cuya base es la igualdad ante la ley, la proporcionalidad y moderación en la aplicación de las normas y el respeto a los derechos de los demás (...)».

(31) Los principios de equidad, probidad e imparcialidad se encuentran regulados en los incisos 3 y 4 del artículo 2 de la Ley, los cuales señalan expresamente lo siguiente; «(...) 3. sin que medie ningún tipo de interés directo o indirecto, personal o de terceros que pueda perjudicar a cualquiera de las partes involucradas en el conflicto o actividad inspectora. 4. debiendo dar igual tratamiento a las partes, sin conceder a ninguna de ellas ningún privilegio, aplicando las normas establecidas con equidad».

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

realidad, como sucedería en el caso que se encuentre a un sujeto laborando en una empresa cuando supuestamente no existe un documento formal que sustente su prestación o en todo caso, cuando el inspector pueda cotejar objetivamente hechos que demuestren alguno de los elementos constitutivos de la relación laboral.

Siendo ello así, entender a la simple manifestación de un testigo o de una parte como un hecho objetivo o real, sin considerar el interés implícito de dicha manifestación que puede estar mediado por un lazo amical, personal o simplemente como consecuencia de una rivalidad en contra del empleador o del propio trabajador con la finalidad de perjudicarlo, representa una clara contradicción con el fundamento del principio. Asimismo, la mencionada interpretación es absurda, por cuanto, en base al principio de equidad, bastaría utilizar dicho alcance para extender los efectos de la manifestación tanto al empleador como al propio trabajador, por ejemplo, la manifestación del propio empleador o de algún testigo que niegue el vínculo laboral con el trabajador, ¿sería suficiente para determinar la inexistencia de la relación laboral?

Siguiendo el razonamiento antes referido y partiendo del valor probatorio de la aplicación del principio, no se puede sostener que la manifestación es elemento objetivo, toda vez que la apreciación depende claramente de elementos subjetivos como son el propio interés, y medir este último representaría colocar vallas infranqueables en temas de pruebas, afectando el derecho de defensa de las partes, por lo que cabe preguntarnos ¿la sola manifestación es suficiente para dar un grado de veracidad a la información?, o ¿se podría comprobar el lazo personal o amical que determina la manifestación? o peor aún ¿cómo se podría probar que ha existido una coacción de la otra parte para tener una declaración en un sentido determinado?. En tal sentido, se puede comprobar que la sola manifestación en principio no equivale un hecho objetivo, ni veraz ni fehaciente, por otro lado, tampoco representa ningún beneficio a la aplicación del principio, toda vez que determinar que al contener elemento 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.

Por otro lado, existen otros pronunciamientos que han develado que la sola mención de la existencia de una relación laboral por parte del inspector da fe de la misma⁽³²⁾, sin que se analice previamente los elementos constitutivos del contrato de trabajo. Es aquí que más que la afectación al principio de primacía de la realidad, se afecta en principio a la motivación del acto administrativo, que ordena que dicho acto debe encontrarse adecuadamente sustentado a efectos de no limitar el derecho de defensa de la otra parte y en segundo lugar a la falta de agotamiento de las facultades conferidas a un inspector, el cual debe buscar por todos los medios develar los hechos y las circunstancias que suceden en la realidad. Es en este último punto, donde el principio analizado juega un rol vital en la validez de su aplicación.

4.5. Pronunciamientos que reorientan la aplicación del principio

Afortunadamente, en últimos pronunciamientos emitidos por la Autoridad de Trabajo, se ha intentado corregir dichos extremos. En tal sentido tenemos los siguientes pronunciamientos que declaran nula el acta de infracción, en base a lo siguiente:

«(...) los Inspectores de Trabajo comisionados (...) se limitan a determinar la obligación de su registro por la inspeccionada, fundando dicha decisión únicamente en la manifestación dada por esta persona, sin precisarse si en el presente caso se manifiestan los elementos constitutivos de una relación de carácter laboral; en consecuencia, resulta procedente que este Despacho declare nula el Acta de Infracción (...)»⁽³³⁾.

«(...)La posibilidad de aplicar en este caso el principio de primacía de la realidad, es de

(32) Así se podría citar una serie de pronunciamientos, que por suerte no son la mayoría, sin embargo, distorsionan el uso de dicho principio y generan un perjuicio al sistema.

(33) Resolución Subdirectoral 008-08-MTPE/2/12.320 de fecha 4 de enero de 2008.

precisar que ello supone que exista hechos fácticos que se encuentren en contradicción con la formalidad declarada por las partes; de tal manera que el derecho prefiere la realidad material a la formalidad aparente; que en este caso el inspector no ha señalado en el acta cuáles son los hechos fácticos que lo llevan a las conclusiones anotadas en el acta, siendo en consecuencia imposible determinar si es que se ha aplicado correctamente este principio»⁽³⁴⁾.

«(...) Analizado el acta de infracción emitida por la inspectora de trabajo, se observa que la misma determinó la existencia de un vínculo laboral, en base a la manifestación de dos trabajadores que según la documental que se presenta en el descargo y tomando en cuenta sus fechas de ingreso, no habría sido posible que los mismos conocieran a los solicitantes, debiendo haber tenido la inspectora de trabajo haber agotado sus facultades que permitan determinar la existencia y concurrencia de los elementos esenciales de una relación laboral, debiendo aplicado el principio de la primacía de la realidad, en base a un adecuado análisis y evaluación contundente para establecer una relación laboral (...)»⁽³⁵⁾.

En vista a las resoluciones antes citadas, se puede determinar que en la aplicación del principio de primacía de la realidad no sólo basta con referir la existencia de un vínculo laboral, sino que el inspector debe agotar sus facultades para determinar la existencia de un hecho constatado, así, resulta evidente que el sólo dicho de una parte no es un elemento objetivo y suficiente para determinar la existencia de un vínculo laboral.

Por otro lado, las mencionadas resoluciones se han pronunciado sobre los requisitos para la aplicación del principio de primacía de la realidad, determinando que se requiere la existencia de hechos fácticos, es decir hechos que sucedan en la realidad y que pueden ser verificados objetivamente en la misma, por lo que claramente no puede entenderse al dicho, manifestación o declaración como un supuesto hecho fáctico u objetivo, toda vez que representa una apreciación subjetiva de una de las partes.

Asimismo, se han pronunciado sobre la incorrecta aplicación del principio, pues los actos administrativos deben estar

correctamente motivados y además deben mantener una lógica jurídica entre sus pronunciamientos, es decir se requiere cierta congruencia entre los hechos verificados y las consecuencias de los mismos.

Finalmente, la Autoridad de Trabajo de Trujillo⁽³⁶⁾, 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.

4.6. Sobre la correcta aplicación del principio y sus límites constatados.

En base a lo señalado precedentemente y a los pronunciamientos antes citados, se puede concluir que el principio de primacía de la realidad contempla los siguientes elementos; (i) el principio de primacía de la realidad se fundamenta en la equidad como patrón de justicia; (ii) el principio busca la verdad real sobre la formal (contrato realidad); (iii) la verdad real se basa en los hechos, pero estos hechos son objetivos, veraces y fehacientes; (iv) el hecho objetivo se contrapone a algún elemento subjetivo o valorativo de las partes, así como de un tercero; (v) el principio de primacía de la realidad no opera como una presunción o una ficción; (vi) la labor inspectiva se encuentra enmarcada dentro de los alcances del principio de primacía de la realidad, no pudiendo

(34) Resolución de fecha 15 de noviembre de 2001, expediente 1441-2001-DRTPSL-DTPSC-DIHSO.

(35) Resolución de fecha 2 de agosto de 2007, expediente 341-07-PS-SDIISST/TRU.

(36) Resolución de fecha 18 de febrero de 2008, expediente 716-07-PS-SDILSST/TRU.

Germán Lora Álvarez y Brian Ávalos Rodríguez

desnaturalizar el contenido del principio y contradecir el fundamento de equidad que la sustenta. En consecuencia, es claro que el principio de primacía de la realidad contiene ciertos límites en cuanto su aplicación y a su propia naturaleza, por tanto, para acreditar en el caso específico la existencia de una relación laboral, no basta con la sola manifestación de una parte o de un tercero, pues ello no representa un hecho objetivo, veraz ni fehaciente que determine su veracidad, sino que dentro de sus facultades, el inspector debe agotar todos los medios que cuenta para acreditar la existencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo.

Creemos que nuestra aproximación al tema nos ha servido no sólo para determinar el alcance de la manifestación del principio de la realidad, y que ella solo ha sido una excusa para adentrarnos en el inequívoco camino del análisis de una institución que no solo es un principio rector del Derecho Laboral, sino que su fundamento se halla íntegramente ligado al propio nacimiento del ordenamiento laboral y a su propia aplicación en el campo real de los hechos objetivos.

Queda pendiente efectuar un análisis más riguroso de los alcances de la aplicación de este principio por parte de las Autoridades Administrativas, llámense Autoridad de Trabajo, Autoridad Tributaria (SUNAT) e Indecopi.