



UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
ESCUELA DE POST GRADO
PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO



**“LA DESNATURALIZACIÓN DEL
CONTRATO DE LOCACIÓN DE
SERVICIOS”**

T E S I S

PRESENTADO POR EL ABOGADO :

ALCIDES NICANOR SÁNCHEZ PARRA

PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:

MAGÍSTER EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO PRIVADO



PUNO

PERÚ

2005

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO - PUNO
BIBLIOTECA CENTRAL
Fecha Ingresada 18 SET. 2012
Nº 00044

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO DE PUNO

ESCUELA DE POST GRADO

PROGRAMA DE MAESTRIA EN DERECHO

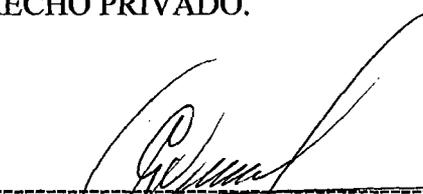
TESIS

“LA DESNATURALIZACION DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS”

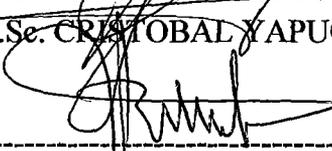
Presentado a la Dirección de Maestría en derecho de la Escuela de Post-Grado de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno, para optar el grado académico de MAGISTER SCIENTIAE EN DERECHO PRIVADO.

APROBADO POR:

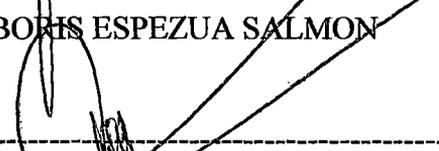
PRESIDENTE


: M.Sc. CRISTOBAL YAPUCHURA SAICO

1er MIEMBRO


: M. Sc. BORIS ESPEZUA SALMON

2do. MIEMBRO


: M. Sc. ELARD VILCA MONTEAGUDO

ASESOR DE TESIS


: M. Sc. JOSE PINEDA GONZALES

“Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita, libremente escogida o aceptada. Los estados partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias”

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR

“Uno de los grandes inconvenientes de la existencia del Contrato de Locación de servicios, en una clara referencia a la recurrencia fraudulenta. Este contrato para evadir las normas tuitivas del Derecho de Trabajo, que, en nuestro medio (no pocos empleadores), tratando tal vez de reducir sus costos laborales, emplean personal para la realización de labores propias de un contrato de trabajo, bajo la forma de un Contrato de Locación de Servicios.”

LUIS APARICIO VALDEZ

Con todo cariño y gratitud a los dos seres que me dieron la vida y así poder compartir con todos ustedes los goces de la misma. ALCIDES y FLORA con profundo sentimiento de tu hijo que los quiere.

A FELIPE, IVAN y JAIME, en señal de solidaridad, fraternidad, hermandad y por que fuimos hechos con amor.

A ANA con infinita pasión.

A mis hijas MILAGROS, KARLA y ANA GABRIELA quienes cimentaron mi fuerza en el difícil trayecto de la vida, y compartir con ellas mis aciertos y desatinos.

A mis compañeros TRABAJADORES ADMINISTRATIVOS DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL ALTIPLANO, en señal de retribución a todo el esfuerzo logrados por ellos en el devenir de las luchas gremiales.

INDICE

RESUMEN
INTRODUCCION

CAPITULO I PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACIÓN

1.1. Descripción del Problema	01
1.2. Justificación del Problema	03
1.3. Formulación de Objetivos	09

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes Investigativos	11
2.2. Conceptos Básicos	13
2.2.1. Trabajo	15
2.2.2. Empleador	19
2.2.3. Trabajador	20
2.2.4. Pago de Remuneración	21
2.2.5. Beneficios del trabajador	22
2.2.6. Contrato de Locación de Servicios.	29
2.3. Bases teóricas	33
2.3.1. El Contrato Civil-Locación de Servicios	33

CAPITULO III PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

3.1. Diseño y tipo de Investigación	70
3.1.1. Hipótesis y variable	70
3.1.2. Operacionalización de variables	70
3.1.3. Carácter del Estudio	71
3.1.4. Métodos o modelos de contrastación	71
3.1.5. Estrategia de recolección, procesamiento y análisis de la Información.	72
3.1.6. Ambito de estudio	73
3.1.7. Unidades de análisis	73
3.1.8. Población y muestra	73

**CAPITULO IV
PRESENTACION Y ESTUDIO DE LOS RESULTADOS DE LA
INVESTIGACIÓN.**

4.1. Con respecto a la desnaturalización del contrato	
De locación de servicios	74
4.1.a) Desempleo	75
4.1.b) Contrato de Locación de servicios	77
4.1.c) Contrato de Trabajo	86
4.1.d) Semejanzas y diferencias del contrato De locación de servicios y el Contrato de trabajo.	95
4.1.e) Principios propios del Derecho de Trabajo.	97
4.1.f) Uso y Abuso de la contratación civil De servicios.	99
4.1.g) Desnaturalización del Contrato de Locación de Servicios.	127
4.1.h) Causas de la desnaturalización de Contratos por Locación de Servicios.	132
4.1.i) Consecuencias de la desnaturalización De los contratos por locación de servicios.	135
4.2. Formación de una nueva relación de trabajo	137
4.2.a) Contrato Indeterminado de Trabajo	142
4.2.b) Contrato de Trabajo	143
4.2.c) Poder de dirección del empleador	144
4.2.d) Poder Disciplinario del empleador.	144
4.3. Violación de Derechos Laborales	145
4.3.a) Protección contra el despido arbitrario	146
4.3.b) Seguro de vida	147
4.3.c) Seguro Social	148
4.3.d) Compensación por tiempo de servicios	148
4.3.e) Asignación Familiar	150
4.3.f) Gratificaciones	151
4.3.g) Descansos Remunerados	154
4.3.h) Utilidades	159
4.3.i) Principales innovaciones en el régimen legal de la mujer trabajadora.	161
CONCLUSIONES	164
SUGERENCIAS	168
PROYECTO DE LEY	172
ANEXOS	174
BIBLIOGRAFIA	193

RESUMEN

La presente investigación trata sobre la desnaturalización del Contrato de Locación de Servicios en el ámbito de la Región de salud-Puno.

A través de IV Capítulos, se ha abordado el problema. El Primer Capítulo trata sobre el planteamiento de la investigación. El Segundo Capítulo destinado al Marco teórico. El Tercero dedicado al Planteamiento Metodológico y el Cuarto a los resultados de la Investigación.

El Planteamiento del problema se traduce en pretender dar respuesta a las siguientes interrogantes. ¿El Contrato de Locación de Servicios con las características expuestas podrá ser desnaturalizado?

¿Cuál es la verdadera naturaleza del Contrato de Trabajo Público en nuestro país?

¿Qué alternativas de solución se pueden plantear para dicha problemática?

Los objetivos propuestos fueron: Determinar el grado de desnaturalización de los Contratos de Locación de Servicios conducentes a la formación de una nueva relación laboral de trabajo a plazo indeterminado; además de aquellos específicos que fueron:

- Determinar las causas de la desnaturalización de los Contratos de Locación de Servicios.
- Determinar las consecuencias en la formación de nuevos contratos de trabajo de tipo permanente.
- Precisar que aspectos contractuales evidencian la desnaturalización del Contrato de Locación de Servicios.
- Establecer las ventajas y desventajas de los Contratos en la Administración Pública, bajo la modalidad de Locación de Servicios.
- Proponer modificaciones y/o innovaciones normativas que propicien la correcta contratación de servidores en el sector público y privado.

Para lograr los objetivos de la investigación, se realizaron métodos deductivos e inductivos, analíticos y de interpretación jurídica. Se ha demostrado que los contratos suscritos por la Dirección Regional de Salud-Puno, se han desnaturalizado dando origen a una nueva relación laboral, sujetos en el Sector Público, al régimen Laboral del D.S. N° 276 y en el Sector Privado de conformidad con el Art. 43° del Texto Unico Ordenado del D.Leg. N° 728- Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a un contrato de trabajo a plazo indeterminado, debiéndose para ello introducir modificaciones legislativas en el Código Civil.

SUMMARY

The present research is about the denaturation of the Contract of Lease of Services in the area of the Health Region of Puno.

The problem is treated through IV Chapters. The First Chapter treats on the exposition of the investigation. The Second Chapter is destined to theoretical framework. The third is dedicated to discuss the Methodology and the fourth chapter presents the results of the investigation.

In the exposition of the problem it is tried to give the answer to the following questions. ¿Is the Contract of Lease of Services with the exposed characteristics could be denatured?

¿Which is the true nature of the Contract of Public Work in our country?

¿What alternative of solution can be presented to solve the problem?

The proposed objectives were: To determine the degree of denaturation of Contracts of Lease of Conducive Services that lead to the formation of a new labor relationship; in addition the following specific ones that are:

- To determine the causes of the denaturation of Contracts of Lease of Services.
- To determine the consequences in the formation of new contracts of work of permanent type.
- To make specific what contractual aspects can demonstrate the denaturation of the Contract of Lease of Services.
- To establish the advantages and disadvantages of Contracts in the Public Administration, under the modality of Lease of Services.
- To propose normative modifications and/or innovations that can lead the correct hiring of employees in the public and private sector.

In order to obtain the objectives of the investigation, deductive and inductive methods were used, also analytical and legal interpretation. It has been proved that and demonstrated that the contracts subscribed by the Direction of the Health Region of Puno, have become denaturalized giving origin to a new labor relationship, under the labor regime in the Public Sector, according to the D.S. N° and in the Private Sector in accordance with the 276 Art. 43° of the Unique Text Ordered by the Leg. D. N° 728- Law of Productivity and Labor Competitiveness and a contract of undetermined time, therefore, it will necessary to introduce legislative modifications in the Civil Code.

INTRODUCCION

En nuestro país tenemos una carta Magna que rige la vida jurídica de nuestro país, así como una abultada producción de Leyes, Decretos Supremos, Decretos Legislativos, Decretos de Urgencia, Resoluciones Supremas, etcétera, buscando la defensa de los derechos del ciudadano, sin embargo, seguimos viendo y viviendo casos de injusticia.

Si analizamos lo que ocurre en nuestra sociedad, podemos ir un poco más lejos, la explotación a que somos sometidos por los capitalistas de hoy, aprovechándose de la falta de trabajo y desesperación de la masa trabajadora por llevar un pan a sus hogares.

Somos conocedores del maltrato y explotación que sufren los peruanos en las minas. Igualmente en las empresas de luz eléctrica o en la telefónica, en los SERVIS, en los grandes supermercados, e inclusive en la Administración Pública y Privada; ya no existe estabilidad laboral, pero si están vigentes las leyes de seguridad social para los trabajadores, rige aún la Jornada laboral de las ocho horas diarias, el derecho de descanso y pago dominical, vacaciones anuales, permisos por emergencia o casos justificados, etc., todos los derechos laborales conquistados con muchas luchas y muertes incluso fueron anunciadas como derechos recuperados y de plena vigencia al inicio de este Gobierno Constitucional. Pero, todo sigue igual y quizás peor.

Falta que las autoridades de nuestro país hagan respetar el derecho de los trabajadores en cuanto se refiere a salarios, seguridad social, beneficios, horarios dignos, etc.

¿Qué resultados positivos para los trabajadores han expedido? ¿Dónde quedan las Organizaciones defensoras de los Derechos humanos? Solo nos queda la impotencia de saber que no podemos hacer nada.

El Artículo 22° de nuestra Constitución establece: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”, da entrever dos aspectos: (i) acceder a un puesto de trabajo; y, (ii) conservar el puesto que se posee. Este segundo aspecto debe ser entendido como el derecho a no ser despedido, salvo por causa justa, y abarca el Artículo 27° de la Constitución que consagra el derecho de estabilidad laboral. El Trabajo, visto desde esta doble faceta, se encuentra regulado tanto en la esfera del derecho Público como en la que corresponde al Derecho Privado. El Trabajo como facultad de Derecho Público se refiere al “derecho al trabajo”, mientras, que, como facultad de Derecho Privado, constituye el derecho a ocupar y conservar un puesto en una empresa determinada. Esto nos conduce a distinguir el alcance de la *estabilidad laboral o estabilidad en el trabajo* con el que le corresponde a la estabilidad en el empleo.

La estabilidad en el trabajo, se refiere a la protección que el Estado otorga al trabajo en sus diversas modalidades. Dentro de sus caracteres, podemos señalar lo siguiente:

- A) Comprende a toda la PEA, es decir a toda persona que se encuentra en condiciones de realizar actividad productiva gozando para el efecto de la

protección del estado en forma indefinida, mientras sea capaz de desarrollar la actividad a que se dedica y observe las normas que la regulan.

- B) Es un derecho de carácter público, porque corresponde al Estado crear las condiciones orientadas a promover el empleo y combatir el desempleo y subempleo, dentro de un marco jurídico adecuado. Por ello, **Juan Pablo II, en su Encíclica *Laborem Excersens***, sostiene que el Estado es empleador indirecto.
- C) Comprende tanto a las personas que realizan trabajo autónomo o independientes, como a quienes ejecutan actividad en condiciones de subordinación o dependencia. En este sentido, los empleadores también están comprendidos dentro del marco de protección jurídica del estado, como lo están aquellas personas que habiendo cesado en una relación de trabajo subordinado, estén en condiciones de continuar laborando como trabajadores independientes.

Este tipo de estabilidad se encuentra contemplada en el Artículo 23° de la Constitución Política del Perú.

La estabilidad en el empleo es el derecho que tiene el trabajador de la actividad privada que ha superado el periodo de prueba, ha permanecer en la empresa mientras no sobrevenga causa justa para su despido. Se caracteriza porque:

- A) Es un derecho que corresponde a la esfera del derecho Privado, en la medida que importa una limitación a la libertad contractual relacionada con la extinción del vínculo Laboral, por decisión unilateral del empleador.
- B) Se adquiere después del vencimiento del periodo de prueba, es decir, cuando las partes dejan transcurrir dicho periodo sin recurrir a la disolución del vínculo laboral por decisión unilateral.
- C) Termina con la extinción del vínculo laboral.
- D) Puede ser regulada con criterio de rigidez, cuando se opta por la estabilidad propia o absoluta, la cual da lugar a reposición, o con criterio de flexibilidad, cuando el legislador elige como medio de protección el que corresponde a la estabilidad relativa o impropia, que implica el pago de una indemnización.

La estabilidad en el empleo se encuentra contemplada en el Artículo 27° de la Constitución.

Podemos evidenciar una crítica a la inclusión del Contrato de Locación de Servicios en el Código Civil. Esta circunstancia permite avizorar que su tipificación es capaz de generar graves interferencias en el terreno de la contratación laboral. Ello es así en la medida en que se da lugar a un contrato cuyo objeto es aparentemente idéntico al del trabajo, pero que se encuentra excluido de toda protección. Un contrato además, en el que, en principio, puede ser encuadrada cualquier prestación de servicios; ello supone que la evasión de la legislación laboral, siempre posible debido al carácter limitador de las potestades empresariales que la caracteriza, no requiere ya de complejas maniobras de ocultamiento, sino solo de la suscripción de un contrato de este tipo, por el que se declare que los servicios se prestarán sin subordinación. El Contrato de Locación de Servicios se sitúa, de este modo, en condiciones de operar, antes que como una herramienta útil para el tráfico jurídico, como un instrumento de evasión de la legislación laboral.

Así configurado, el contrato de locación de servicios regulado por el Código Civil tiene en común con el contrato de trabajo dos de sus elementos esenciales: la obligación del deudor de trabajo de proporcionar al acreedor su actividad laborativa y el compromiso de éste de abonarle a cambio una retribución. En consecuencia, la distinción entre ambos, de la cual derivan trascendentales consecuencias jurídicas, se establece únicamente en función de la presencia o ausencia del elemento subordinación.

Los veinte años de vigencia de nuestro Código Civil en la regulación del Contrato de Locación de Servicios en los Artículos 1764° a 1770°, son tiempo suficiente para evaluar si ha merecido incluir dicho contrato en nuestro ordenamiento civil o no, o es que ¿Ha servido dicho contrato para articular auténticas prestaciones autónomas de servicios, siendo por tanto marginal la interferencia que a través de él se ha ocasionado el contrato de trabajo, o el mismo ha operado como un puro mecanismo de huida en la Legislación Laboral?. Nos contestaremos todo ello en la presente tesis que a continuación muestro a todos ustedes con la idea de ser un aporte dentro de las muchas en la investigación jurídica.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DE LA INVESTIGACION

1.1.- DESCRIPCION DEL PROBLEMA:

Existen dos modalidades de prestación de servicios, uno es aquella que tiene la naturaleza laboral y la otra es la que tiene naturaleza civil, la prestación de servicios de naturaleza laboral se refiere a los contratos de trabajo, mientras que la prestación de servicios de naturaleza civil se refiere a contratos sujetos a las normas del Código Civil. La diferencia sustancial entre una y otra modalidad de contrato se encuentra en la subordinación, mientras que en los contratos de trabajo el trabajador está subordinado a su empleador, en el contrato de locación de servicios el que presta el servicio no se encuentra subordinado a quién se presta el servicio; en la actualidad se utiliza con frecuencia el contrato de locación de servicios, pero se ha notado que muchos de ellos se encuentran desnaturalizados en la medida que no guardan relación con la naturaleza del trabajo que realizan, en estos casos se aplica el criterio del principio de la realidad, mediante el cual un contrato de locación de servicios puede convertirse en un contrato de trabajo con todos los derechos y beneficios que esto implica.

Es principio general que los contratos responden a la naturaleza de las obligaciones que se pactan y no a la denominación que las partes le den. Por eso pese a que el

contrato celebrado se le denomina "locación de servicios" ello no es así porque responde a las características de un contrato de trabajo al haberse señalado como funciones que debía cumplir la accionante, las de un asistente, auxiliar de oficina o profesional, las mismas que tenía que desempeñar en las oficinas del banco y/o Institución, bajo una evidente subordinación y dependencia comprobada en el horario de trabajo que se desarrollaba de 6 a 8 horas diarias. Este hecho habría ocasionado la desnaturalización del contrato de locación de servicios y el surgimiento de una relación laboral a plazo indeterminado entre el servidor y la empresa; consecuentemente, el hecho de que el locador prestara servicios en forma personal y subordinado a favor de la empresa; determinó que se configurara una relación laboral a plazo indeterminado, en tal sentido desde esa fecha se adquirió el derecho a percibir y gozar de todos los beneficios que en su condición de trabajador le correspondían (C.T.S., gratificaciones legales, utilidades, vacaciones, licencias etc.). Luego desde esa fecha también comenzó a correr el periodo de prueba de tres meses estipulado en el Art. 10 del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, transcurridos los cuales el trabajador adquirió el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Se pretende dar respuesta a la interrogante:

¿La desnaturalización del contrato de locación de servicios encaminaría a la formación de un nuevo contrato de trabajo en el ámbito de la región de salud Puno?

1.2.- JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA

Ha de tenerse en cuenta que una de las consecuencias más importantes, primero de la crisis económica que golpeó la economía peruana desde mediados de los años setenta y más tarde los procesos de apertura comercial y financiera de los noventa, ha sido la de forzar a las empresas nacionales a reducir sus costos y reforzar su competitividad con el fin de poder subsistir en un mercado cada vez más inestable. Ello incluye, naturalmente, los costos de la fuerza de trabajo, cuya incidencia se ha venido buscando aminorar en los últimos años por diversas vías.

Al lado de la primera vía de abaratamiento de los costos de la fuerza de trabajo se sitúa, sin embargo, otra más radical, aunque no por ello incompatible con la anterior. Se trata de la evasión de la aplicación de la legislación laboral, mediante el empleo de una variedad de mecanismos elusivos de distinto tipo. Lo que en este caso se persigue es añadir a la mayor maniobrabilidad característica de los contratos de trabajo de duración determinada, una reducción de los costos laborales muy superior, derivada tanto del incumplimiento de las demás obligaciones de carácter laboral como el no pago de las contribuciones sociales.

El contrato de locación de servicios, es un ordenamiento jurídico, que se dio mucho énfasis a comienzos del gobierno del ex-presidente Ing. Alberto Fujimori Fujimori, en el cual se flexibilizaron las relaciones laborales, generó como balance a diez años de su vigencia el hecho que hoy en día una empresa tenga en el Perú muchas posibilidades de contratar personal que no esté a su cargo o que estándolo, no tenga garantías de permanencia en el empleo, ni perciba si quiera algunos beneficios indispensables

Siete de cada diez trabajadores son contratados temporalmente a través de terceros o fuera de registro. Más de un millón de puestos de trabajo asalariado perdidos en una década, precarización intensa y generalizada e inseguridad, es el rostro de las condiciones laborales para dos terceras partes de la fuerza de trabajo en el país.

Del manejo de estas cifras es posible extraer dos conclusiones de vital importancia para la comprensión del fenómeno que se viene estudiando. La primera de ellas es que el grado de precarización de las relaciones de trabajo en el Perú es elevadísimo, llegando a alcanzar el 61%. La segunda es que de esas mismas estimaciones cabe colegir, igualmente, que la inmensa mayoría de los empresarios que optaron por el ajuste de sus costos laborales mediante la afectación de las relaciones jurídicas existentes con su personal prefirieron instalarse en el incumplimiento abierto de la legislación vigente, sin hacer uso de ningún tipo de medida que pueda servir para “encubrir” al menos inicialmente dicha situación.

La Constitución Política del Perú, considerada como la Suprema Ley del Estado, tiene como fin supremo, la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; tal como lo prescribe el artículo 22º: “El trabajo es un deber y un derecho”. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. Asimismo, en sus Artículos 24º, 25º, 26º y 27º: Declara los Derechos del Trabajador, a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual; derechos a una jornada ordinaria de trabajo de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo; derechos a descanso semanal y anual remunerados, estableciendo al mismo tiempo los principios que regulan la relación laboral, como son: igualdad de oportunidades sin discriminación,

carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución, la Ley e interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma, para finalmente establecer a que la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario.

La **JUSTIFICACION** de la presente investigación, se sustenta en que los servidores de la Administración Pública y Privada, contratados bajo la modalidad de locación de servicios, carecen de diversos derechos y del amparo que el Derecho Laboral peruano debiera prestarles y demostrar que en esta modalidad existen los siguientes elementos: Prestación personal, Subordinación y Remuneración; los cuales hacen notar, que no obstante con la modalidad de locación de servicios, evidentemente lo que hay es una posible desnaturalización de Contrato de trabajo en los Servidores de la Administración Pública, Privada y la infracción de normas laborales garantizadas por la Constitución, por parte de la patronal; aspectos que atenían la situación de los primeros y del trabajo que realizan; dado que la modalidad de servicios no personales, no genera ningún tipo de beneficios, para la realización del trabajador como persona.

Siendo esta modalidad la mayor aplicación en la Administración Pública de nuestro país, el servidor con frecuencia como sujeto pasivo, se ve obligado a aceptar la violación de sus derechos, no solamente por desconocimiento de las normas legales, o por la impotencia de hacer prevalecer su derecho, sino también por necesidad económica para poder subsistir y fundamentalmente por la naturaleza desvirtuante del Contrato de Trabajo, que evidencia esta modalidad.

Por ello considero en actitud objetiva que es conveniente una adecuada y serena revisión de las normas que sirven como amparo legal para la contratación bajo la

modalidad de locación de servicios, con el propósito de plantear alternativas de solución y de esta forma establecer la naturaleza real de los contratos laborales en el sector público y privado; finalmente el Estado asegure, cumpla a cabalidad sus funciones esenciales de, justicia y equidad, para la realización del servidor público en su proyecto de vida, y dentro de la justa, democrática y definitiva seguridad jurídica en la Legislación Laboral en nuestro país, debe brindar al trabajador de la Administración.

La crítica a la inclusión del contrato de locación de servicios en el Código Civil no se detiene en la presente tesis, sino también, en la demostración de su inconsistencia dogmática. Antes bien, esta circunstancia permite avizorar que su tipificación es capaz de generar graves interferencias en el terreno de la contratación laboral. Ello es así en la medida en que se da lugar a un contrato cuyo objeto es aparentemente idéntico al del trabajo, pero que se encuentra excluido de toda protección. El contrato de locación de servicios se sitúa, de este modo, en condiciones de operar, antes que como una herramienta útil para el tráfico jurídico, como un instrumento de evasión de la legislación laboral. ¿Ha servido el contrato de locación de servicios para articular auténticas prestaciones autónomas de servicios, siendo por tanto marginal la interferencia que a través de él se ha ocasionado el contrato de trabajo, o el mismo ha operado como un puro mecanismo de huida de la legislación laboral? ¿El contrato de locación de servicios viene operando también como un vehículo impropio para la contratación y subcontratación de servicios por parte de empresas dedicadas a ese tipo de actividades? ¿No será acaso que el contrato de locación de servicios luego de su entrada en vigor, se ha convertido en un instrumento privilegiado de evasión de la

legislación laboral?. Si, se viene cumpliendo esa función y además en forma crecientemente relevante en relación a un específico sector de trabajadores, compuesto principalmente por profesionales y técnicos de diversas clases.

Las páginas que siguen darán respuesta a tan decisiva cuestión, haciendo uso de la información hasta el momento disponible sobre el particular.

La falta de empleo formal lleva a los trabajadores a incorporarse a la legión de quienes están en el sector informal, con baja productividad y reducida contribución al avance social.

A pesar de ello el contrato de trabajo existe y existirá; urge entonces un replanteamiento legislativo, económico y político a fin de priorizar un contrato de trabajo acorde a los nuevos tiempos, en donde se restituyan derechos a los trabajadores.

En la Ley de Productividad y Competitividad laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR) existen contratos laborales especiales y convenios extraordinarios cuyas características esenciales son un conjunto de modificaciones que varían los presupuestos normales de la contratación laboral típica. Entre estas opciones, tenemos el contrato de trabajo a tiempo parcial, el convenio de remuneración integral y por otra parte el código civil nos brinda el contrato de locación de servicios.

En este tipo de contrato existe ausencia directa de uno de los requisitos fundamentales constitutivos de la relación laboral en la legislación peruana: la prestación de servicios por no menos de cuatro horas diarias. Basta que un trabajador en el país preste servicios por no menos de 20 horas a la semana, a razón de cuatro horas

diarias, para que se configure la existencia del beneficio de percepción de derechos laborales mínimos, esto es, CTS (a razón de un sueldo anual más el promedio de gratificaciones correspondientes), vacaciones (una remuneración ordinaria anual y goce físico de 30 días), gratificaciones o bien la gratificación trunca, así como aportes sociales en materia de fondos de pensiones y por prestaciones de salud.

Una contratación a tiempo parcial genera, en forma directa, que por una jornada menor a cuatro horas diarias el empleador no abone los conceptos principales de CTS ni vacaciones. Subsisten los derechos del trabajador de gozar de gratificación,, asignación familiar, utilidades, una remuneración proporcional al ingreso mínimo vital, así como su inscripción como beneficiario de las prestaciones por seguridad social, seguro de vida, entre otros.

Constituye excepción del cumplimiento de formalidades contratar en la modalidad de locación de servicios, supuesto en que existe una contratación especializada y de otro orden, no sujeta a subordinación ni horarios de trabajo, lo que configura la autonomía del locador y otorgamiento de recibos de honorarios, entre otros aspectos regulados en el Código Civil; con ello la administración y la empresa so pretexto de contrato civil subordinan al trabajador a caprichos suyos, distorsionando totalmente el espíritu de la norma (código civil), por cuanto los hacen laborar como si estuvieran dentro del marco de la Ley laboral, sometiéndolos prácticamente a labores de carácter permanente, sin derecho a gozar de vacaciones, licencias y/o permisos, bonificaciones, gratificaciones, CTS, Seguridad Social etc, etc. Desvirtuando por completo la calidad de contrato

Razones suficientes que me han permitido desarrollar la presente tesis, con el ánimo de despertar en la empleocracia regional el espíritu de lucha constante enarbolando la vanguardia de la equidad y justicia social con el propósito de sublimar la norma constitucional de igual trabajo, igual remuneración.

1.3.- FORMULACIÓN DE OBJETIVOS:

OBJETIVO GENERAL:

Determinar el grado de desnaturalización de los contratos de locación de servicios conducentes a la formación de nueva relación laboral de trabajo a plazo indeterminado en el ámbito de la Región de salud Puno.

OBJETIVOS ESPECIFICOS:

- 1.- Determinar las causas de la desnaturalización de los contratos de locación de servicios en el ámbito de la región de Salud-Puno
- 2.- Determinar las consecuencias en la formación de nuevos contratos de tipo permanente en el ámbito de la Región de Salud-Puno.
- 3.- Precisar que aspectos contractuales evidencian la desnaturalización del contrato de locación de servicios.
- 4.- Establecer las ventajas y desventajas de los contratos en la Administración Pública, bajo la modalidad de locación de servicios.
- 5.- Proponer las modificaciones y/o innovaciones normativas que propicien la correcta contratación de servidores en el sector público y privado, corrigiendo de ser

el caso la probable desatipificación y desnaturalización en determinados tipos de contrato como el referido al trabajo temporal.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1.- ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS:

2.1.1.- El Código Civil vigente de la república de Argentina enfoca al contrato de locación de servicios en su Capítulo VIII, Artículos del 1623 al 1647, en la que sostiene la locación de servicios es un contrato consensual. Tiene lugar cuando una de las partes se obligare a prestar un servicio por tiempo determinado, y la otra a pagarle por ese servicio un precio en dinero. El servicio de las personas de uno y otro sexo que se conchabaren para servicio doméstico, será juzgado por las ordenanzas municipales o policiales de cada pueblo. Serán también juzgadas por las disposiciones especiales, las relaciones entre los artesanos y aprendices, y las entre los maestros y discípulos. El servicio de los empresarios o agentes de transportes, tanto por tierra como por agua, tanto de personas como de cosas, por las leyes del Código de Comercio y por las de este código, respecto a la responsabilidad de las cosas que se les entrega.

Lo que diferencia con nuestro código civil es la periodicidad, mientras en una no señala el plazo máximo de contrato, en la otra se puede celebrar por una duración de hasta 6 años, cuando los servicios que se prestan son de tipo profesional y hasta 3 años, cuando se trata de cualquier otro tipo de servicios.

2.1.2.- El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal 1928-México habla de la Prestación de Servicios Profesionales en los artículos 2606 al 2615; en ella, señala que el que presta y el que recibe los servicios profesionales pueden fijar, de común acuerdo, retribución debida por ellos.

Cuando no hubiere habido convenio, los honorarios se regularan atendiendo juntamente a las costumbres del lugar, a la importancia de los trabajos prestados, a la del asunto o caso en que se prestaren, a las facultades pecuniarias del que recibe el servicio y a la reputación profesional que tenga adquirida el que lo ha prestado. Si los servicios prestados estuvieren regulados por arancel, este servirá de norma para fijar el importe de los honorarios reclamados. El presente se asemeja sustancialmente a los artículos pertinentes de locación de servicios de nuestro código civil peruano.

En nuestra Ciudad de Puno que es el contexto del ámbito en el que desarrollaremos la investigación, no se cuenta con antecedentes de estudio sobre el tema a tratar; sin embargo es probable que en otras ciudades del país puedan existir investigaciones relacionados con la desnaturalización y el uso abusivo de los contratos de locación de servicios, que desde una perspectiva administrativa-jurídica puedan orientar hacia la búsqueda de su reivindicación tolerando esa suerte de insurrección laboral, por cuanto el derecho al trabajo constituye la base para el bienestar social y la realización de la persona, dejándose de lado la desprotección jurídica, social y económica aludiéndose al trabajo libre y remunerado que contempla nuestro ordenamiento civil.

2.2.- CONCEPTOS BÁSICOS:

El trabajo, como inquietud del Derecho Constitucional, encuentra presencia primigenia en las Constituciones de Querétaro (México, 1917), Weimar (Alemania, 1919), y en la bolchevique (URSS, 1918). Además es dable mencionar que la concepción del trabajo como deber no coercible, pero necesario para la vida coexistencial, tiene antecedentes en la ya citada Constitución de Weimar, la italiana de 1947 y la española de 1978.

En nuestro país su regulación constitucional se inicia tímidamente con las cartas de 1920 y 1933. Empero será en el texto de 1979 donde se le dedique todo un capítulo especial (16 artículos).

En puridad expresa un conjunto de actividades humanas organizadas en función de alcanzar el objetivo de producir algún tipo de bien o servicio tendente a ser utilizado para la vida coexistencial.

A guisa de ejemplo, son la Esparta del siglo VI a.C., el trabajo manual estaba expresamente vedado para los ciudadanos, quienes a lo sumo sólo debían prestar servicios a la polis en la calidad de soldados. En ese orden de ideas el historiador griego Jenofonte considerará al trabajo manual como “sórdido e infame”.

Este tipo de manifestación laboral será el precedente al de carácter artesanal y libre; el cual a su vez abrirá paso al de tipo industrial.

El proceso de mutación de la otrora percepción del trabajo como una actividad propia de esclavos o gentes de baja ralea, se producirá gracias a la aparición del cristianismo.

Así, a través de las prédicas de Jesús de Nazaret y de sus epígonos se elevará y se resaltará la naturaleza humana, y se identificará al trabajo con la noción de dignidad.

El trabajo ya en el mundo antiguo adoptó una forma esencialmente servil, en razón a la aparición de la condición de vencido en una confrontación bélica. De allí que se comprenda que las labores manuales fueran consideradas como actividades indignas.

A base de dichas prédicas quedarán establecidos los presupuestos para que el trabajo empiece a ser considerado como una actividad digna, necesaria, libre y que implique la realización de la persona.

Mariano Gomez (“Trabajo” en Enciclopedia Jurídica española. Barcelona, s.f. pág. 19), señala que “degradado el trabajo en las sociedades antiguas y medievales, con la instauración de la esclavitud y de la servidumbre, llegó a ser considerado denigrante”. Su rehabilitación y dignificación será resaltada por el **Papa León XIII** en su **Encíclica Rerum Novarum**- de los tiempos nuevos, 1891 al establecer que “el trabajo... lejos de ser un motivo de vergüenza, hace honor al hombre, porque le proporciona un medio noble de sustentar su vida”.

Al considerársele una actividad digna devendrá también en una responsabilidad ética, al extremo de que el apóstol San Pablo llegara a consignar:

“El que no quiere trabajar que no coma”

En ese orden de ideas, como se ha afirmado anteriormente, el trabajo cumple una función o ministerio social en razón que adicionalmente a la satisfacción de objetivos individuales y familiares acredita una finalidad general que inviste al esfuerzo

personal de un cierto matiz social, encuadrado en la necesidad común de aunar sus esfuerzos para alcanzar determinadas metas o resultados. En efecto, constituye una función social al derivarse de éste la necesidad conjunta de la satisfacción inmediata de las necesidades individuales y en orden al desarrollo de la misma sociedad.

2.2.1.- TRABAJO.-

Definición:

A) La Constitución Política del Perú de 1993, en su artículo 22° señala que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

La palabra Contrato proviene del latín *CONTRACTUS*, que significa **contraer, estrechar, unir, contrato, pacto**. Y esta voz deriva de *contraho*, que, entre otras acepciones, tiene la de juntar o reunir.

Gramaticalmente pueden definirse como acuerdos o convenios entre partes o personas que se obligan a materia o cosa determinada, y a cuyo cumplimiento pueden ser compelidas.

Sin duda el contrato es la figura estelar del Derecho privado y goza de una importancia inocultable. Las relaciones económicas en la sociedad serían imposibles sin el contrato; la economía, el mercado se dinamizan y son posibles gracias al contrato. En última instancia, desde una retina jurídica, el mercado no es otra cosa que una trama infinita de contratos.

Sin embargo el contrato es más que su concepción económica. Para LEGAZ y LACAMBRA el contrato constituye la categoría fundamental de la libertad jurídica, y siguiendo a Hegel afirma que la raíz del contrato está en el concepto de persona en sentido jurídico. Tal afirmación encuentra asidero en la medida que el hombre se realiza en relación con los demás, y en el plano económico esta vinculación sería imposible sin el contrato. De esta manera para que el hombre se desarrolle y ejerza su libertad necesita del contrato.

B) Al trabajo se le define como la aplicación o ejercicio de las fuerzas humanas, en su plexo espiritual y material, para la producción de algo útil. En ese contexto, implica la acción del hombre, con todas sus facultades morales, intelectuales y físicas, en aras de producir un bien o generar un servicio.

C) CESARINO JUNIOR señala que jurídicamente se le define como “el desenvolvimiento de la actividad humana en provecho de alguien que lo retribuye”.

D) Los profesores BALDO KRESALJA ROSELLÓ y CESAR OCHOA CARDICH señalan que el trabajo “debe ser entendido como una actividad sostenida y libre en la cual el ser humano emplea sus fuerzas físicas o mentales en orden a la obtención de un bien material o espiritual; no sólo ocupa un lugar central en la vida humana, sino que constituye una de las dimensiones fundamentales de su existencia y también un instrumento para su perfección”.

El trabajo se identifica inseparablemente con la persona misma. En toda actividad laboral queda algo de su ejecutor: el hombre.

E) El Papa JUAN PABLO II (Encíclica *laborum excercens*. Ed. Salesiana. Lima s.f.) señala:

“El trabajo es un bien del hombre, es un bien de la humanidad, porque mediante éste no sólo se transforma la naturaleza adaptándola a las propias necesidades, sino que se realiza a sí mismo como hombre; es más, en un cierto sentido se hace más hombre”.

F) Como bien refiere el Papa León XIII (Encíclica *Rerum novarum*. Ed. Salesiana. Lima, s.f.), el trabajo tiene el doble signo de lo personal y necesario. Es personal, porque la fuerza con que se trabaja es inherente a la persona y enteramente propia de aquel que con ella labora. Es necesario, porque del fruto de su trabajo el hombre se sirve para sustentar su vida, lo cual es un deber imprescindible impuesto por la misma naturaleza.

Es evidente que la verdadera dignidad del trabajador radica en su condición de sujeto y autor, y por consiguiente verdadero fin de todo proceso productivo.

La importancia del trabajo radica en tres aspectos sustantivos:

- a) Esencialidad del acto humano, destinado al mantenimiento y desarrollo de la existencia y coexistencia social.
- b) Vocación y exigencia de la naturaleza humana. En suma: el trabajo es sinónimo y expresión de vida.
- c) Carácter social de la función, ya que sólo es posible laborar verdaderamente a través de la colaboración directa o indirecta de otro ser humano, o sea, trabajando con y para los otros.

G) El profesor GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES sostiene que “el trabajo fue siempre una manifestación consciente del ser humano”. Así, la propia naturaleza exige la consagración de dicha actividad a efectos de asegurarse los elementos necesarios para su subsistencia. Por ende, el hombre primitivo en su lucha por vencer el hambre, se vio compelido a utilizar las plantas y domesticar a los animales.

Ahora bien, desde una perspectiva estrictamente económica debe indicarse que el trabajo es la causa que aumenta la cantidad de bienes útiles para la satisfacción de las necesidades e intereses humanos. Tras la exteriorización consiente y deliberada del esfuerzo físico e intelectual aplicado a un sistema de producción se genera la existencia de nuevos bienes y la obtención de una compensación cuantificable en dinero.

La mera visión del mercado y las reglas del individualismo y el pragmatismo añejo, obligaron a que desde posiciones anarquistas, socialistas, marxistas, y hasta desde la doctrina social de la iglesia, se fuera afirmando la necesidad de defender al trabajador de los embates de la explotación y la humillación.

Debe recordarse que hasta el propio ADAM SMITH se atrevió a afirmar lo siguiente:

“El hombre productivo, el obrero, es un instrumento, más no un fin de aquél, y por lo tanto, cuenta como productor, pero no como hombre”.

No menos lejano IVES GEUYET señalaba:

“Cada cual vende su trabajo como el despensero vende su sal, su café o su azúcar, como lo hace el panadero con su pan o el carnicero con su carne”.

A nuestro criterio, es imbatible el *principio rector de la prioridad del trabajo frente al capital*.

Esta prioridad apunta al proceso mismo de producción, respecto del cual el trabajo opera como *primera causa eficiente*, mientras que el capital, siendo el conjunto de los medios de producción, es sólo un instrumento o la causa instrumental.

El Papa Juan Pablo II deja constancia de que dicho *principio de prioridad* es un postulado que pertenece al orden de la moral social. Al respecto, sin aceptar antinomias irreductibles entre el trabajo y el capital, es obvio que cuando el hombre labora sirviéndose del conjunto de los medios de producción, desea a la vez que los frutos de esa actividad estén a su servicio y los de su familia, y que en dicho proceso tenga la posibilidad de aparecer como corresponsable o coartífice de su gestación.

Es aspirable a que, en el futuro los epígonos del mercado comprendan que trabajo y capital no pueden ni deben ser opuestos. **Ello porque el trabajo genera capital, el capital invertido genera más trabajo, y el trabajo prestado genera a su vez capital.**

2.2.2.- EMPLEADOR:

Definición:

Para Rafael Caldera, empleador “ es la persona por cuya cuenta y bajo cuya dependencia presta el trabajador sus servicios”. Agrega el autor Venezolano que por pagar la remuneración está obligado a dirigirla por cuenta propia o ajena.

Para Jorge Rendón Vasquez, empleador es la persona natural o jurídica a quién el trabajador entrega su fuerza de trabajo, quien paga la remuneración y responde por las demás obligaciones laborales.

Para **Gerard Lyon-Caen**, es empleador quien emplea, ejerce una dirección, contrata a un trabajador, remunera y despide.

Para **Isabelle Vacarie**, empleador, parte dominante del contrato de trabajo, es toda persona (natural o jurídica) que dispone de la actividad de otro a cambio de una remuneración.

Para **Manuel Alonso García** empleador es toda persona natural o jurídica que se obliga a remunerar el trabajo prestado por su cuenta haciendo suyos los frutos o productos obtenidos de la mencionada prestación.

Empleador puede tener los sinónimos de dueño, (marca un sentido de propiedad, de tenencia, de posesión y que se compromete con la otra parte que puede ser un trabajador, un proveedor, un cliente, el Estado, etc); de principal

2.2.3.- TRABAJADOR:

Definición:

Para **Juan Carlos Coria** “trabajador es la persona física que, en principio directamente, se encuentra voluntariamente obligado a prestar servicios lícitos a través de una organización empresarial total o preponderantemente ajena, que realiza sus fines usufructuando dichas prestaciones, las que pueden dirigir o hacer cesar, correspondiéndole por ello una remuneración”.

Para **Guillermo Guerrero Figueroa** “trabajador es la persona física que presta un trabajo bajo dependencia o subordinación de otra persona”.

Cabanellas y Krotoschin convergen, igualmente, que es trabajador quien en forma personal realiza una labor manual, intelectual o ambas a la vez, dependiente y remunerado por el patrono que se beneficia de su labor personal.

Para **Alonso García** trabajador “sería aquél sujeto del contrato de trabajo que se obliga a prestar un servicio (o ejecutar una obra) por cuenta de uno o varios empresarios o de una persona jurídica de tal carácter, bajo la dependencia de éstos, mediante una remuneración”.

2.2.4.- PAGO DE REMUNERACIÓN:

El trabajador abdica su independencia como trabajador para, dependientemente, y por la jornada de trabajo que le impone el contrato de trabajo, colocarse a disposición del empleador. En tal sentido, todo cuanto espera el trabajador de su empleador por su permanencia en el trabajo, es el pago de su remuneración convenida, pues con ella tendrá que resolver sus problemas materiales y espirituales de subsistencia, compromiso que si el trabajador tiene carga de familia, igualmente le alcanza por el carácter alimentario de dicha retribución.

El carácter oneroso del contrato, asimismo, deberá tomarse en cuenta para la justedad y justificación del pago de la retribución por parte del empleador. En efecto, dentro del salario existe una inversión vital de las posiciones de las partes contratantes, por cuanto el empleador por primera vez se convierte en deudor de una obligación en la que el trabajador, por ser su contraparte, deviene en su acreedor, acreencia que tiene características de valor pleno: es alimentario, de preferente pago y de efecto

persecutorio sobre los bienes de la empresa, condiciones que atenazan, además por su condición de derecho fundamental (Art. 24 de la vigente constitución).

Las disposiciones legales señalan la periodicidad del pago de la remuneración, el lugar adecuado para hacerlo, las condiciones fiduciarias del pago, así como la determinación de que ésta se realice en moneda de libre circulación. Asimismo, la normatividad ha dictado las formalidades a cumplir para honrar el abono (entrega de boleta de pago: Art. 7 del D.S.001-98-TR de 20/01/1998). A la inversa, esta normatividad ha enumerado las sanciones por su incumplimiento por tratarse de normas de orden público.

2.2.5.- BENEFICIOS DEL TRABAJADOR:

2.2.5.A) COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS (CTS).

Es un beneficio social de previsión de las contingencias que origine el cese en el trabajo del trabajador y su familia. El trabajador (obrero o empleado) tiene derecho a la CTS luego de haber cumplido un mes de prestación de servicios o de iniciado el vínculo laboral. El monto correspondiente es calculado desde el primer día en el cual el trabajador empezó a laborar. No tiene derecho a percibir la CTS los participantes

en convenios de Formación Laboral Juvenil, pues estos no generan ningún vínculo laboral.

Para calcular el monto de la CTS hay que tener presente que toda fracción de mes se calcula por treintavos (30 días).

Base Legal: Arts. 1º y 2º del TUO del Dec. Leg. N° 650 aprobado por D.S.N° 001-97-TR.

2.2.5.B) BONIFICACION POR TIEMPO DE SERVICIOS.

Se denomina bonificación por tiempo de servicios a la remuneración complementaria otorgada a los trabajadores como reconocimiento a los años de servicios que vienen laborando en la empresa.

Nota.- No se debe confundir la bonificación por tiempo de servicios con la “liquidación de beneficios sociales” pues son conceptos diferentes.

Poseen derecho a la bonificación por tiempo de servicios los trabajadores, empleados y obreros que se encuentran comprendidos dentro del régimen laboral de la actividad privada y que cumplieron los siguientes años de servicios.

- 30 años para un mismo empleador, en el caso de los varones.
- 25 años para un mismo empleador, en el caso de las mujeres con contrato vigente al 5 de diciembre de 1991. Todas aquellas trabajadoras que vienen percibiendo la respectiva bonificación del 25% al amparo de la Ley N° 24504 continuarán percibiéndolo; en ambos casos se elevará a 30% cuando cumplan 30 años de servicio al mismo empleador.

2.2.5.C) LA INVALIDEZ TEMPORAL.

Ocasionada a consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad que obliga al trabajador a apartarse de su empleo por un tiempo determinado, que no puede excederse de 11 meses y 10 días. Conforme el Art. 13 del TUO-LP-CL-728 se requiere que el grado de invalidez temporal sea declarado por ESSALUD o el Ministerio de Salud o una Junta Médica designada por el Colegio Médico del Perú a solicitud del empleador, quienes, luego de estatuir el grado de incapacidad del trabajador, establecerán las condiciones requeridas por éste para gozar del status laboral de incapacitado temporal y por el tiempo diagnosticado por los facultativos.

Al vencimiento del plazo, si la invalidez persiste, puede convertirse en absoluta, y será entonces que los beneficios percibidos por parte de ESSALUD cesarán, sea para que el trabajador se jubile, u obtenga la condición de inválido definitivo.

Asimismo, hay la posibilidad de que el trabajador calificado de incapacitado físico lo sea parcialmente, en cuyo caso los médicos prescribirán que el trabajador puede realizar en el interior de su empresa, trabajos acordes a su grado de incapacidad comprobada.

En cuanto a la prestación de esta contingencia, conforme al Art. 12,a, de la L. N° 26790 de 15/07/1997, la incapacidad temporal brinda al afectado un “subsidio por incapacidad temporal equivalente al promedio diario de las remuneraciones de los últimos 4 meses calendarios inmediatamente anteriores al mes en que se inicia la contingencia... o en función a los que tenga el afectado”.

Durante los primeros 20 días, la prestación será abonada directamente por el empleador. A partir del 21 día y durante 11 meses y 20 días, corresponderá su pago al ESSALUD. De esta forma, el máximo de la prestación será de 1 año.

2.2.5.D) LA ENFERMEDAD.

La Enfermedad, puede devenir de la propia relación laboral provocando un desequilibrio personal, psíquico o corporal (contingencias patológicas); pero nada impide que las contingencias sean extrañas a la relación laboral o no profesionales (cualquier enfermedad crónica o pasajera, hereditaria o adquirida sin conexión con la prestación efectiva de trabajo). En todo caso, este estado de anormalidad en la salud del trabajador impide que la regular prestación del trabajo se dé conforme a las pautas contractuales establecidas y permanecerá en esta situación por tiempo diagnosticado por los facultativos.

De acuerdo con el Art. 12, a.3, de la L. N° 26790 son 20 días al año que el empleador está obligado a cubrir remunerativamente a sus trabajadores cuando tales eventualidades se presenten; pospuesto dicho período, ESSALUD será el encargado de afrontarlos, igual como lo ocurrido para la suspensión por invalidez.

Es necesario comunicar el hecho al empleador dentro de los 3 días de producida la enfermedad, única garantía para mantener válidamente la suspensión del contrato. Asimismo, durante la pausa ocasionada por esta contingencia, el trabajador beneficiado por la suspensión no puede realizar labores independientes como tampoco dependientes, ya que ellas son incompatibles con el status calificado de enfermedad de éste. Es más el trabajador deberá someterse a las exigencias

comprobatorias que las empresas han diseñado para establecer la veracidad de la contingencia. Finalmente, el trabajador deberá justificar ante el empleador la enfermedad incurrida y diagnosticada con documento idóneo que así lo justifique (certificado médico etc.).

La inobservancia de estas obligaciones tiene distintas repercusiones. Así podrían producir el despido justificado del trabajador en el primer caso, y, sanciones disciplinarias de menor orden y económicas (pérdida de la remuneración durante estos días de descanso) para los otros.

2.2.5.E) LA DE MATERNIDAD DURANTE EL DESCANSO PRE Y POST NATAL.

La contingencia del descanso pre y post natal sigue constituyendo un derecho reservado exclusivamente a la mujer trabajadora durante el período puerperal. Se trata de proteger a la mujer antes, durante y después del proceso fisiológico relacionado con la formación final y parto del ser humano. Conforme a nuestra legislación, los periodos en mención son de 45 días antes del parto y 45 después de él y ambos periodos pueden coligarse para obtener un beneficio continuo. Incluso, conforme a los Arts. 10 y 14 del D.L.713, si existen vacaciones pendientes de beneficio, la trabajadora podrá solicitar su goce para empalmar este descanso con los otros dos ya concedidos.

De todas las reglas relacionadas con la protección del trabajo, con ocasión de las suspensiones, la referida al de la maternidad es la más completa, pues permite una serie de beneficios y de protecciones extremas que, de llegarse a rupturar el contrato

de trabajo en este estado fisiológico, permite a la afectada demandar su nulidad y obtener la reincorporación al trabajo conforme al Art. 29º, e, del TUO-LP-CL-728. De esta manera está garantizada la *restitutio in integrum* para la trabajadora despedida por esta causa. De esta manera, los derechos relacionados con esta suspensión se hallan debidamente reglamentadas por normas puntuales de trabajo.

Los subsidios por esta contingencia, equivalentes a 90 días que pueden ser distribuidos en los periodos inmediatamente anteriores o posteriores al parto conforme lo elija la madre, provienen exclusivamente de ESSALUD, a condición de que la madre durante estos periodos (pre y post natal) no realice trabajo remunerado. El subsidio, corresponde al 100% de las remuneraciones de la trabajadora siempre y cuando no superen el monto máximo de las cotizaciones asegurables (Art. 28 y 29 del D.L.Nº 22482 de 27/03/1979).

2.2.5.F) EL DESCANSO VACACIONAL.

Es el período de 30 días retribuidos exclusivamente por el empleador y que el trabajador deberá obtener luego de un año de servicios prestados a aquél. Este derecho está reglamentado por el D.Leg. Nº 713 de 07/11/1991.

Las vacaciones constituyen un pago diferido, un elemento del salario mismo; por lo tanto, como tal corresponde su abono trunco en caso de renuncia, despido o muerte del trabajador. Las vacaciones representan un pago “compensatorio”; por eso, está sujeto a las cargas sociales y su gestación es de mes a mes, lo que hace que el derecho nazca antes de su entrega efectiva o que tenga que efectuarse al término del contrato de trabajo si no fue usufructuado en su momento. Es una suerte de derecho adquirido

que se va reafirmando en el tiempo hasta llegar el momento de su plena satisfacción y que se consolida al término de un año de referencia laboral.

El pago del derecho vacacional mensualizado corre a cargo exclusivo del empleador, y por tratarse de un salario de inactividad está sujeto a los descuentos sociales. La remuneración de referencia es igual a la percibida en forma habitual.

2.2.5.G) IMPORTE AL TRABAJADOR POR SU OCASIONALIDAD.

1. Gratificaciones extraordinarias u otros pagos que perciba el trabajador ocasionalmente a título de liberalidad del empleador que hayan sido materia de convención colectiva, o aceptadas en los procedimientos de conciliación o mediación, o establecidas por Resolución de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o por laudo arbitral.
2. La participación en las utilidades de la empresa o la asignación sustitutoria, cualquiera sea su forma.
3. La canasta navideña o similares.
4. El valor del transporte o de los pasajes, siempre que esté supeditado a la asistencia al centro de trabajo y que razonablemente cubra el respectivo traslado
5. La asignación escolar anual o bonificación por educación siempre que sea por un monto razonable y se encuentre debidamente sustentada.
6. La asignación por matrimonio, nacimiento de hijos, fallecimiento y aquellos de semejante naturaleza. Igualmente, las asignaciones que se abonen con

motivo de determinadas festividades siempre que sean consecuencia de una negociación colectiva.

7. Los bienes que la empresa otorgue a sus trabajadores, de su propia producción, en cantidad razonable para el consumo directo del trabajador y su familia y se encuentre debidamente sustentada.
8. Todos aquellos montos que se otorgan al trabajador para el cabal desempeño de su labor, o con ocasión de sus funciones, tales como movilidad, viáticos, gastos de representación, vestuarios y en general todo lo que razonablemente cumpla tal objeto y no constituya beneficio o ventaja patrimonial para el trabajador; y,
9. La alimentación proporcionada directamente por el empleador que tenga la calidad de condición de trabajo por ser indispensable para la prestación de los servicios, o cuando se derive de mandato legal.

2.2.6.- CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS:

Definición.

2.2.6.A) AUGUSTO BARRETO MUGA entiende por locación de servicios, “la prestación de servicios por cierto tiempo y para un trabajo determinado ya sea material o intelectual y sin estar subordinado al comitente (empleador) consistente en una obligación de hacer por una sola vez”.(V., Barreto Muga, Augusto, “Manual Teórico Práctico del Derecho de los Contratos Civiles y Mercantiles”, Ed. Fecat, Lima, 7ma. Ed., 1966, p. 259.

2.2.6.B) Para el Profesor **RENDON VASQUEZ**, “la locación de servicios tiene por objeto la realización de un servicio, es decir, de una actividad sin sujetarse a las órdenes de quien la encarga. El ejecutante del servicio debe efectuarlo según sus conocimientos, experiencia y habilidad, pero sin asegurar un resultado, aunque se entiende que debe hacerlo ajustándose a un término medio de eficiencia o a nivel de eficiencia y especialidad que se pacte”. (V., Rendón Vasquez, Jorge, op. Cit., p. 45.

2.2.6.C) Para los **hermanos Mazeuad**, se trata de un “ contrato por el cual una persona, el locador, se compromete con otro (maestro o cliente) a ejecutar un trabajo independiente y sin representación, a cambio de una remuneración”. (V., Mazeuad, Henry León y Jean, op. Cit., p, 540).

Entonces, a través de la locación de servicios se trata de prestar servicios que, por su variedad, pueden abarcar aspectos genéricos (servicio profesional de un médico, de un abogado, de un taxista, etc.), pero puede ser específico o determinado (servicio de estiba, desestiba, etc.), por un tiempo determinado (una consulta profesional ocasional), pero puede ser sucesiva (un contrato de locación de servicios de un abogado para defender a un reo o prestar consejería legal a un consorcio empresarial por un tiempo determinado o prolongado o de duración indeterminada). Encontramos, en condiciones mucho más vastas el de fabricación de cosas diversas, de servicios diversos (pintura, reparaciones, mantenimiento, limpieza, etc.).

Bien que sean trabajos independientes o sin dependencia jurídica, no quiere decir que la labor emprendida por el locador sea realizada en función de su libre albedrío, ya que el comitente puede establecer ciertas condiciones, planes de trabajo, indicaciones, dirección, etc. En la que deberá transcurrir la prestación propuesta; sin embargo, la

libertad en el modo de ejecutar la prestación sí es la característica indiscutible de ese tipo de labores, aún cuando exista un dirigismo del comitente empleador. Pero se trata de una libertad reconocida desde el punto de vista profesional, por la experiencia o bien hacer las cosas del locador. La libertad de la misma manera operará si es que no existe la condición personal de realizar la labor encomendada; empero, si la prestación es *intuitu personae*, el locador no tiene mas alternativa que ejecutarla personalmente, con el natural apoyo de su personal auxiliar. Son entonces, las necesidades del titular que llevan a la suscripción de estos contratos.

Aunando la definición legal con la doctrina, sale a relucir que en la prestación de servicios es la autonomía de la prestación del locador la que importa, caracterizada, además, por la promesa de la propia actividad personal o aunada con terceros, brindada al comitente por un tiempo bien preciso equivalente al de la duración de la prestación, a cambio de una retribución. Wilfredo Sanguineti grafica con los siguientes ejemplos la existencia de una locación de servicios: el caso de un contrato celebrado por una empresa de confecciones con un mecánico para que instale una maquinaria o con un gasfitero para el arreglo de una gotera, o con un carpintero para la confección e instalación de estantería, etc.

2.2.6.D) Define el Código civil al contrato de locación de servicios como aquél en la que el Locador se obliga sin estar subordinado al Comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución. Podemos descomponer esta definición en su siguiente forma:

1. La existencia de un contrato de locación de servicios.
2. La no subordinación del locador al comitente.
3. El plazo puede ser por un plazo determinado celebrado o por un trabajo concreto.
4. Retribución que debe pagarse al servidor.

En el contrato de locación de servicios, **tiene que existir necesariamente un contrato**. No podrían nacer obligaciones para uno o para otro, si no existiese contrato de servicios. Caracteriza este contrato en que el servidor (a quién llama nuestro código el locador) no está sometido al comitente. Esto es que actúa libremente.

La retribución que debe pagarse al servidor puede consistir en dinero o en otras prestaciones de dar y puede estipularse a precio alzado por todos los servicios, o por periodos de tiempo. El artículo 1766 establece que el servidor está obligado a prestar personalmente los servicios; sin embargo, si el contrato los usos y la naturaleza de los servicios lo permiten, puede valerse de auxiliares o sustitutos. Además el Art. 1768 determina los plazos máximos por los cuales puede celebrarse el contrato de servicios. Serán seis años si son trabajos profesionales y en tres años para otra clase de servicios, porque podría significar una “esclavización convencional” un contrato por mayor tiempo.

2.2.6.E) Propongo la siguiente definición sustitutoria: “ Por el contrato de locación de servicios una persona presta a otro un servicio determinado que por su naturaleza debe efectuarse sin subordinación, a cambio de un precio. Entendiendo como subordinación aquella concepción restringida, según la cual el locador es un trabajador autónomo pese a que es el comitente quien le indica las tareas a realizar. El locador que se pretenda contratar no debe realizar actividades o

funciones equivalentes a las que desempeñe el personal estable de la entidad, debiendo efectuar funciones de carácter temporal y eventual.

La prestación de servicios, cualquiera que sea su forma, sujeta a la legislación laboral, no está regulada en el presente Código”.

2.3. BASES TEÓRICAS:

2.3.1. EL CONTRATO CIVIL- LOCACIÓN DE SERVICIOS.

2.3.1.A) ORIGEN Y DESENVOLVIMIENTO:

Desde la clásica definición de SAVIGNY, según la cual *constituye el contrato el concierto de dos o más voluntades sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar las relaciones jurídicas*, son numerosas las definiciones que la doctrina y la legislación han dado acerca del contrato civil. El origen y desenvolvimiento del contrato civil se remonta a la antigüedad clásica. Su desarrollo y evolución han sido marcados por el progreso de las relaciones humanas, cada vez más frecuentes. En el antiguo derecho romano estaba sujeto a un criterio singularmente estrecho. El acto jurídico no constituía por sí mismo un contrato, sino cuando su contenido era susceptible de entrar en el cuadro de una o de varias estipulaciones, es decir, si se descubrían en él dos declaraciones simétricas y se servían respectivamente de réplica, afirmando la una, la voluntad de convertirse en acreedor, y la otra de convertirse en deudor; la operación era esencialmente individual, a base de colaboración, y su objetivo era muy limitado (venta, arrendamiento, préstamo, etc.).

Posteriormente se modificó la concepción, desplazando los elementos que parecían rituales e invariables: se concibió, en efecto, la existencia de contrato, en todo acto plurilateral capaz de crear obligaciones y derechos, con prescindencia de las declaraciones simétricas y antitéticas, aunque no se amoldara estrictamente a la estipulación romana. En el derecho moderno terminó por imponerse la tendencia civilista que asigna al contrato una máxima elasticidad y de la rigidez de las dos declaraciones, se pasó al contrato unilateral, con la serie infinita de combinaciones, que el derecho civil actual reconoce y ampara.

2.3.1.B) RELACIONES DE TRABAJO:

Antecedentes:

En la Roma antigua, la primera forma de aprovechamiento del trabajo humano fue la esclavitud. La característica fundamental de éste régimen radicó en que el poder del amo sobre el esclavo era absoluto. Este no era considerado persona, susceptible de ser titular de derechos, sino cosa, sujeto pasivo de una relación de dominio o propiedad, cuyo objeto no era la prestación o trabajo que desarrollaba, sino la persona misma del esclavo. De esta forma, el esclavo era una especie de mercancía viva, de la cual podía el señor servirse directamente, ceder ese derecho temporalmente a otros o transferirla (Alonso García 1975: pp. 52-54). Para la regulación de estas relaciones, a los romanos les bastaba el Derecho Civil, estatuto que regulaba la compra venta y el arrendamiento de los bienes en general, incluidos los esclavos, los caballos y las demás bestias de carga y de trabajo (De la Cueva 1977: T.1,p.5).

En Roma el número de contratos reconocidos por el Derecho Civil era limitado, haciéndose preciso, por lo tanto, que para beneficio y comodidad del comercio se ubicaron las nuevas relaciones dentro de los cuadros de contratos ya existentes (Cápitan y Colín 1945: T.IV, p.65). Sin embargo, la razón de fondo la hallamos en la influencia de la concepción esclavista, que fue extrapolada a la prestación de trabajo de la plebe y esclavos manumitidos, en razón de la semejanza entre las labores que ejecutan los hombres libres que se veían obligados a vender su trabajo, y las tareas que ejecutaban los esclavos. En ambos casos, el trabajo tenía un carácter predominantemente físico o manual, el cual era conceptualizado en la época como servil, despreciable e indigno de los hombres libres, por ser propios de esclavos. En cambio, las tareas de orden intelectual eran consideradas más elevadas (inestimables) por ser las propias de los hombres libres. Sólo el “despreciable” trabajo manual era, por ello, objeto de comercio y susceptible de ser estimado y pagado. En este contexto, se asimiló al arrendamiento de los esclavos la situación de degradación de estos hombres libres, en razón de su labor. Se llegó así a admitir el arrendamiento del hombre libre. El salario que se pagaba (merces), convertía al que lo recibía en una mercadería (merx) que se alquilaba. En palabras de Ihering: *“el servidor o artesano es un esclavo temporal, su servicio le imprime una degradación social (ministerium), le somete a prestaciones a que debe sustraerse el hombre libre, abandonándolas al esclavo (operae illiveralles)”* (citado en Cabanellas 1968: T.I. p. 170).

1.- Locatio conductio operarum y locatio conductio operis:

Inicialmente las expresiones que designaban el arrendamiento eran idénticas, tanto al referirse a las cosas como a los esclavos o los hombres libres (*locatio*); se hizo luego necesario distinguir el arrendamiento de los esclavos, considerados cosas, del de los hombres libres, que pese a su “degradación” poseían un *status* personal y eran sólo temporalmente objeto de comercio. De esta forma surge la *locatio conductio operarum*, como un inicial desgajamiento del arrendamiento de cosas (*locatio conductio rei*), que designa el arrendamiento del hombre libre.

Posteriormente, se dejó sentir la necesidad de establecer una nueva distinción, esta vez al interior de la *locatio conductio operarum*, entre aquellas relaciones en las que el acreedor requería aprovechar la actividad misma, los servicios, del deudor de trabajo (*operae*), de aquellas en las que lo querido era la ejecución de un obra determinada (*opus*), un resultado de trabajo. De esta manera, hizo su aparición la *locatio conductio operis*, para tipificar esta última modalidad. Los términos usados por los romanos para designar a las prestaciones debidas en cada caso, eran bastante claros: “*operae* indica una actividad de trabajo, considerada en sí y no exclusivamente por un determinado resultado; *opus*, por el contrario, es típicamente el resultado de un trabajo” (Baella, citado en Cabanellas 1968: T.I, p. 108).

La *locatio conductio operarum*, por la cual se ofrece la propia actividad, permite que la energía laborativa del deudor de trabajo sea puesta a disposición de otro, para que éste se aproveche de ella, organizando dicha labor (generalmente mediante su inclusión dentro de un conjunto que combina prestaciones similares) y dirigiéndola hacia la obtención de una utilidad. Dado que lo adeudado es un “efecto” indesligable

de la personalidad del deudor de trabajo (la actividad de éste), el cumplimiento de su prestación lo constituye en una situación de dependencia o subordinación respecto de su acreedor (Von Gierke 1982: p. 29. nota 41). En cambio, la *locatio conductio operis*, por la cual se ofrece un opus o resultado del trabajo, no hace necesaria la inclusión del deudor dentro de la organización y dirección del acreedor, ya que el prestador de obra asume él la obligación de organizar y dirigir el trabajo para proporcionar el resultado esperado. Como lo adeudado es una obra, separable de la persona de dicho deudor, no se genera relación de obediencia de éste respecto de su acreedor (loc.cit).

De esta forma, la promesa de las operae constituye al deudor en una situación de subordinación, mientras que la de un opus le permite conservar su autonomía. Por ello, la doctrina italiana, particularmente a través de Barassi (1953: T.I.,pp. 332-333) y Riva Sanseverino (citada en Ortega 1978: pp. 53 y 69), resalta que la distinción entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, que actualmente conserva vigencia, tiene su origen en el Derecho Romano y se encuentra, ligada a la promesa de la operae o de un opus, respectivamente. Así Riva Sanseverino manifiesta que “el criterio distinto generalmente adoptado es el siguiente: en el trabajo subordinado, el trabajador pone a disposición de la otra una cantidad dada de energía; en el trabajo autónomo, el trabajador promete un resultado dado” (citada en Ortega 1978: 53). Por ello, si bien ambos contratos fueron calificados como arrendamiento, el objeto de cada uno fue distinto: mientras la *locatio conductio operarum* fue el arrendamiento del hombre cuya actividad se sometía a la voluntad de otro, en cambio, la *locatio conductio operis* fue el arrendamiento de las obras que se elaboraron con el trabajo.

En atención a esto, como resalta Puig Peña, la *locatio conductio operis* fue vista en Roma “con particular estimación, pues nunca se le consideró impropia de un hombre libre la diferencia de la *locatio operarum* toda vez que si se adoptaba la tarea no se comprometía el locador a ejecutarla personalmente, sino de ordinario la realizaba valiéndose, a su vez, del trabajo servil”. (1977: T.IV, Vol.II.p.351).

En la *locatio conductio operarum*, una persona (el locador) ponía su actividad al servicio de otra (el locatario o conductor), a cuya voluntad se subordinaba, a cambio de una remuneración (Cápitan y Colín 1945: T.IV, p.229). Lo contratado eran los servicios o la actividad (*operae*), no su resultado. Por esta razón, la remuneración era fijada, no tomando en cuenta el resultado final globalmente valorado, sino en función del tiempo de prestación. Por ello, también, no era el locador responsable de alcanzar el resultado que el locatario esperaba obtener en base a la actividad, de tal forma que, aun si por caso fortuito o fuerza mayor el trabajo del locador no conduce a éste, la *merces* era debida igualmente (Petit 1980: p. 505).

De particular relevancia para caracterizar este contrato, es de destacar la obligación de obediencia o subordinación del prestador del servicio o locador y sus dimensiones. En este marco, el origen de la *locatio conductio operarum* en el arrendamiento de esclavos imprimió al trabajo libre asalariado también el sello de la falta de libertad. Este contrato, basado en la idea de arrendamiento y tomando en cuenta que lo ofrecido eran los servicios en general del locador, como materia prima para ser utilizada por el locatario en su beneficio, facultó a éste último para dar órdenes que aquél debía obedecer sin limitaciones. La intensidad de este poder era de tal magnitud que se puede decir que este contrato “concedía a una parte el goce discrecional de la actividad o de la persona de la otra parte” (De Ferrari 1968: T.II. p.56) y que sólo se

diferenciaba del régimen de la esclavitud en que “la compra de la persona humana concedía el uso de la misma por toda la vida, mientras el arrendamiento, por ser precisamente arrendamiento creaba entre las partes un estado temporario de sumisión” (Ibid. P. 57).

La *locatio conductio operis* (también llamada *locatio operis faciendi*) era un contrato por la cual una persona se comprometía a ejecutar para otro una obra (*opus*), a cambio de una remuneración. La obra era un resultado del trabajo, pero referido a la fabricación, transformación o mejora de cosas materiales; nunca estaba referida a resultados del trabajo intelectual, debido a que estas labores eran objeto de especial estimación, por lo que les estaba reservado un régimen especial.

Los materiales a los que se tenía que aplicar el trabajo debían ser entregados al ejecutor de la obra por quién la encargó, de lo contrario se consideraba el contrato como una compra-venta. El que en la *locatio conductio operis* el objeto del arrendamiento sea una obra y no el trabajo y quien encarga la obra el que debe proporcionar los materiales al ejecutor, el cual debe conservarlos y devolverlos luego de realizado en ellos el encargo, hizo que los juristas romanos denominaran locador a quien entrega el material para la obra y conductor o locatario a quien ejecuta el trabajo en ella y luego la devuelve, invirtiendo la denominación que recibían las partes en la locación de servicios. En el caso de la locación de obra, los términos locador y locatario o conductor están referidos, pues, a la cosa a la que se aplica el trabajo; en la locación de servicios están referidos al trabajo que se arrienda.

En este contrato a diferencia del anterior, se prometía un resultado del trabajo, una obra, no la actividad. Por esta razón la remuneración era fijada, no en razón del

tiempo de prestación, sino tomando en cuenta el resultado final globalmente valorado, y no le era debido al locatario o ejecutor de la obra sino luego de que esta hubiese sido terminada y aprobada por el locador.

Podemos concluir entonces señalando que, en el Derecho Romano, como ha podido apreciarse, se cualificó por primera vez la distinción, tanto entre prestación de servicios y ejecución de obra, como entre trabajo subordinado y trabajo autónomo; donde la prestación de servicios, por su naturaleza conlleva la subordinación del prestador de servicios, y la ejecución de una obra presupone la autonomía en el cumplimiento de la obligación.

2.- El mandato:

Los romanos no consideraban a las labores intelectuales como trabajo y pensaban que únicamente el despreciado trabajo corporal merecía retribución. En las ocupaciones de orden elevado (tareas de los médicos, abogados, gramáticos, etc), ellos veían, no un arrendamiento sino un mandato, el cual era esencialmente gratuito. Esta gratuidad se debía a la consideración de “inestimables” que tenían dichas tareas, lo que las convertía en *munis*, es decir, dones, presentes o regalos que no imponían a la otra parte más que un deber de reconocimiento. Ahora, ese don o regalo podía ser retribuido, aun con dinero, pero tal retribución no era considerada un salario, sino un “regalo honorífico” un “honorario” (*honorarium*), que no ofende la dignidad de las partes, pudiendo consistir también en otro presente, o en el honor, la popularidad, el poder, etc. (Rezzónico 1969: T.II,p. 627).

No está demás anotar que en Roma estas labores fueron monopolizadas por los hombres ricos, y que, en el desprecio del trabajo manual y en la especial

consideración del intelectual, debemos ver también un prejuicio, fundado en una clara actitud de clase.

Posteriormente, fenómenos tales como la llamada “helenización de Roma” llevaron a los romanos a admitir la posibilidad de mandatos remunerados, pero aún así estas labores permanecieron fuera del derecho de locación. (Von Gierke 1982: p.).

No estando unido el mandato a la idea de representación y pudiendo este contrato tener por objeto tantos actos materiales como jurídicos, la diferencia entre el mandato y los contratos de arrendamiento de trabajos se fundó principalmente en la naturaleza del trabajo prestado, pues el arrendamiento sólo podía referirse al ejercicio de profesiones no liberales. La gratuidad del mandato, frente al carácter oneroso del arrendamiento, aportó un criterio adicional, que fue perdiendo relevancia conforme se fue admitiendo la posibilidad del mandato oneroso.

Respecto de la *locatio conductio operarum* existió un criterio de distinción adicional. A diferencia de la sumisión que implicaba este contrato, el mandato “no establecía entre mandante y mandatario relación alguna de obediencia” (De la Cueva 1969: T.I. p. 522). Una vez delimitado el encargo, el mandatario lo ejecutaba según sus conocimientos y criterio, siendo semejante en ello a la *locatio conductio operis*, de la cual sí, sólo se diferenciaba por la naturaleza intelectual o material de la labor, ya que en ambos casos nos encontramos frente a lo que hemos llamado trabajo autónomo.

2.3.1.c) EL SURGIMIENTO DEL RÉGIMEN LABORAL:

Con el surgimiento de la Organización corporativa, las Instituciones Romanas alcanzaron un inicial renacimiento. En efecto, como señala De la Cueva, el régimen corporativo tuvo a la *locatio conductio operis* como forma fundamental de

contratación. La *locatio conductio operarum* en cambio, mantuvo solamente una vigencia reducida, a propósito de los domésticos y de trabajos de menor importancia.

El verdadero renacimiento de las figuras romanas y de la teoría que las adscribía al régimen del arrendamiento se verificó, paradójicamente, con la formación de la sociedad capitalista en reemplazo del orden feudal.

La formación del capitalismo industrial, basado en la producción mercantil mediante la explotación del trabajo asalariado, dio lugar al surgimiento del *liberalismo*, corriente ideológica que expresa la aspiración de los dueños del capital de disponer de una organización jurídica que les permita dar curso libre al intercambio de mercancías y a la contratación de fuerza de trabajo (Rendón 1981: p. 39).

Debido a que la teoría y el régimen del arrendamiento de servicios resultaban funcionales a estos intereses, los códigos civiles del siglo XIX retomaron la figura de la *locatio conductio operarum* y *locatio conductio operis*.

De la Cueva afirma que: “las relaciones entre los hombres se regirían por el Derecho Civil, un ordenamiento que partía de una igualdad y libertad teóricas, una reglamentación formal de la coexistencia de las libertades, impersonal y abstracta... a la que faltaba únicamente un elemento: el hombre real”. (1977: T.I, p. 9).

2.3.1.d) EL CODIGO CIVIL FRANCES DE 1804:

El más importante ejemplo de la plasmación jurídica de los postulados liberales es el francés. La Revolución Francesa, cuya herencia es recogida por el régimen napoleónico en el Código Civil de 1804, los aplicó a la regulación de las relaciones de trabajo, estableciendo sobre el particular:

1. La supresión del régimen corporativo, que por su rígido sistema de control de la producción y de la fuerza de trabajo se había convertido en un obstáculo

para la creación de nuevas empresas y la libre contratación de la fuerza que éstas requerían. Así, se sentó el principio de *Libertad de Trabajo*. Todo trabajador era formalmente libre para enfrentarse o permanecer inactivo y todo empresario era libre, también, para contratar a quien le plazca.

2. La prohibición de las agrupaciones profesionales y de las coaliciones (Ley de Chapelier de 1791), cuya formación se convirtió en delito. Con esta norma se pretendió, tanto impedir cualquier reconstitución del monopolio de las corporaciones como, y fundamentalmente, imposibilitar la organización sindical de los trabajadores, para evitar cualquier tipo de contratación colectiva que distorsione el libre juego de la oferta y la demanda en la contratación de la fuerza de trabajo. De esta forma, “nadie podía exigir de otro, menos aún ejercer presión sobre él mediante la acción sindical o la huelga para que celebre contratos o acepte determinadas cláusulas o condiciones, y cuando estos imperativos se violan intervendrá el Estado para restablecer el reino de la libertad de la economía” (De la Cueva 1977: T.I.p.9).
3. La regulación de las relaciones laborales por el Código Civil, como un contrato de arrendamiento, abandonándolas al imperio de la autonomía de la voluntad.

Las necesidades del naciente capitalismo industrial y las aspiraciones de la burguesía, exigían que se dé curso libre a la contratación de la fuerza de trabajo. Por ello, dentro de la concepción individualista y liberal del Code, el trabajo humano es considerado una mercancía que está en el comercio y cuyo precio se fija de acuerdo a la ley de la oferta y de la demanda (Ripert y Boulanger 1964: T. VIII, p. 374). *Para estos efectos,*

los codificadores concibieron a las relaciones de trabajo como una forma de arrendamiento, retomando las concepciones romanas, que les resultaban funcionales en la medida que permitían, bajo un aparente tecnicismo, la libre explotación del hombre. Ahora, para no entrar en contradicción con los ideales del liberalismo, era necesario hacer una precisión: lo arrendado no podía ser el hombre, libre e igual a sus semejantes. Es así como se separó dos cosas que son inseparables: el hombre de su capacidad laborativa; estableciéndose que el bien arrendado, la mercancía, era la energía de trabajo, no la persona. Al respecto, De la Cueva explica que “una de las tantas distinciones diabólicas estableció que en las relaciones de trabajo la cosa arrendada no era la persona como tal sino su energía de trabajo; así se salvaban teóricamente la libertad y la dignidad del hombre trabajador y se abría la posibilidad, ya sin menoscabo de su personalidad, para que su energía de trabajo quedar regulada por las normas que regían los contratos y las obligaciones. Según estos razonamientos, la energía humana de trabajo quedó reducida a una cosa, que en nada se distinguía de los vehículos o de los animales (1977: T.I, p. 10).

Considerada la fuerza de trabajo como una mercancía susceptible de ser arrendada, cuyo intercambio se regía por las reglas de las obligaciones y los contratos; y prohibida toda acción colectiva, la voluntad del empleador y la del trabajador, individualmente consideradas, eran “libres” de concertar todas las condiciones que creyeran convenientes: el contrato se forma “libremente” y “libremente” también se fija su contenido. Primaba la autonomía de la voluntad, olvidando que “no existe autonomía verdadera cuando las decisiones de la voluntad se hallan condicionadas por una diferente situación social y económica entre quienes son partes o sujetos de la relación” (Alonso García 1975: p. 73). De este forma, fueron siempre los

empleadores quienes haciendo uso de su superioridad económica, establecieron las condiciones de trabajo: “la libertad de contratación no existió nunca, porque el trabajador apremiado por la miseria tenía que someterse a la voluntad del patrono, quien si podía esperar que viniera otra persona a solicitar el empleo; y usó del poder de su voluntad en sentido utilitario y con refinada crueldad: se valió del trabajo de los niños, estableció jornadas de catorce o más horas y fijó como salario la cantidad de dinero estrictamente indispensable para la subsistencia del obrero en una vida más animal que humana, y como si no fuera suficiente, mantenía al trabajador en la angustia del mañana con la espada del despido libre” (De la Cueva 1977: T. I, p. 10).

De acuerdo con las condiciones esbozadas, el Código Civil francés de 1804 reglamentó la prestación voluntaria de trabajo en el título del contrato de arrendamiento. Según el Art. 1708, existen dos clases de arrendamiento: el de cosas y el de obras y de industria. Por esta última modalidad, de conformidad con el Art. 1710, “una de las partes se compromete a hacer una cosa para la otra, mediante un precio convenido entre ellas”. El capítulo que se ocupa específicamente del arrendamiento de obras y de industria, distingue, en el Art. 1776, tres subespecies del mismo: el arrendamiento de los domésticos y obreros (“arrendamiento de la gente de trabajo que se engancha al servicio de alguien”), el de los contratistas de obra como resultado de presupuestos o tratos por ajuste o precio alzado y, finalmente, el de los *porteadores* que se encargan del transporte de personas o de mercaderías (contrato de transporte). En sucesivas secciones, el Code se ocupa de cada una de estas modalidades.

Como hacen notar los autores franceses, el esquema antes descrito es, en esencia, similar a la división tripartita del arrendamiento que desarrollaron los romanos y está

informado por similares criterios. De esta forma, el arrendamiento de cosas equivale a la antigua *locatio conductio rei* y el llamado arrendamiento de obras y de industria, aunque su denominación y la inicial definición del Art. 1710 pueden generar cierta confusión, comprende las dos modalidades del arrendamiento de trabajo romano: la locación de servicios y la locación de obra. El arrendamiento de los domésticos y obreros equivale a la *locatio conductio operarum*, y el arrendamiento, tanto de los contratistas de obra como de los portadores, equivale a la *locatio conductio operis*.

Antes de pasar a desarrollar lo referente al tratamiento que dio el Código Civil Francés a la *locatio conductio operis* y a la *locatio conductio operarum*, creemos importante hacer referencia a las razones por las cuales los juristas franceses retomaron dicha distinción.

Como hemos precisado, las figuras romanas agrupan, de un lado la promesa de la propia actividad con la subordinación en su ejecución (locación de servicios) y, del otro, la promesa de un resultado del trabajo con la autonomía en su ejecución (locación de obra). Cada una de estas figuras típicas una manera distinta de beneficiarse del trabajo por cuenta ajena: mientras la locación de servicios es *un negocio de organización y de dirección de la actividad humana* (Von Gierke 1982: p. 29, nota 41), la locación de obra es un negocio de intercambio de productos del trabajo (loc.cit). El capitalismo industrial, como forma de organización social de la producción, se basa en la explotación del trabajo subordinado en grandes unidades productivas, financiadas, organizadas y dirigidas por los empresarios, razón por el cual se hacía indispensable tipificar expresamente esta forma de prestación de trabajo por cuenta ajena (ejecución subordinada de servicios) y distinguirla de la ejecución de

obra, que cumple un rol distinto y secundario frente a la primera, y puede valerse, a su vez, del trabajo subordinado. Para estos efectos, las figuras romanas eran adecuadas, razón por la cual fueron retomadas.

Pasaremos, ahora sí, a ocuparnos del tratamiento que el Código Napoleón dio a la prestación voluntaria de trabajo por cuenta ajena, ocupándonos de la locación de servicios.

2.3.1.e) EL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS, SEGÚN EL CODIGO NAPOLEÓNICO:

El contrato de locación de servicios (al que los autores suelen denominar frecuentemente “arrendamiento de servicios”) o locación de criados u obreros, como lo llama el Código Napoleón es un contrato por el cual una persona (el locador, servidor, trabajador, criado u obrero) pone su actividad o trabajo personal al servicio de otra (el locatario, amo, patrón y, más modernamente, empleador), frente a cuya voluntad se subordina, a cambio de una remuneración.

Este contrato reguló todas las relaciones que tuvieran por objeto una prestación de servicios. Se aplicó así tanto al servicio doméstico y al trabajo fabril, como al trabajo de los empleados, preceptores, enfermeros privados, institutrices, cajeros, etc. (Rezzónico 1969: T. II, p.537, nota 4).

Para regular estas relaciones, apenas el Code contiene dos artículos.

El primero de ellos, el 1780, señala que “no se puede contratar los servicios más que por cierto tiempo o para una empresa determinada”.

Esta norma, limitativa de la libertad contractual, se explica por el temor del legislador a que la esclavitud o servidumbre reviviesen mediante la celebración de contratos que

ligasen ad vitam los servicios de una persona a la voluntad de otra, resultado incompatible con los postulados de la Revolución (Carvacallo 1966: p. 115).

Por su parte, el Art. 1781, afirmando la supremacía del locatario o empleador, disponía:

“El amo será creído, por su sola afirmación:

- acerca de la cantidad de los jornales;
- sobre el pago del salario del año transcurrido;
- y en cuanto a las sumas abonadas en el año en curso”.

Esta norma manifiesta una clara opción de clase del legislador, inclusive en desmedro del principio de la igualdad, que es quebrantado en beneficio de los patronos.

La excesiva parquedad del legislador expresa la influencia que sobre él ejercieron las concepciones romanas y los postulados del liberalismo, que coincidían en conceptualizar (de acuerdo con los intereses a los que expresaban) al trabajo humano como una mercancía objeto de comercio, razón por la cual, para ellos, la mejor regulación que puede tener este contrato es la que le imprime la voluntad del patrono.

No existen, pues, normas que limiten las potestades de los patronos, como no las hubo tampoco en la Ley de 22 Germinal del año XI que reglamentó el trabajo industrial antes de la entrada en vigor del Código y cuya presencia explicaría, según Colin y Cápitant, el silencio del legislador.

En ambos casos, las relaciones laborales son vistas como un asunto eminentemente privado. El estado sólo intervendrá en su regulación para impedir que los trabajadores “distorsionen” la “libertad” de contratación, mediante la formación de asociaciones y la realización de huelgas. La regulación de las relaciones laborales, pues, es concebida como un asunto de policía. Todo esto ha llevado a Planiol y Ripert a

sostener terminantemente que “el Código Civil es un Código de los intereses burgueses y no se preocupó de proteger al obrero de los abusos de que pudiera ser víctima” (1946: T.XI, p. 1).

Estas normas protectoras eran particularmente necesarias para la regulación de la locación de servicios, dado que el empleador reunía en este contrato, además de su natural superioridad económica (que le permitía imponer su voluntad en la celebración del contrato), *supremacía jurídica* sobre el servidor en el desenvolvimiento mismo de la relación. En efecto, la celebración del contrato de locación de servicios, al igual que su antecedente romano, implica comprometer la actividad misma, para que quien la contrata goce de ella conforme al régimen del arrendamiento, pudiendo, con ese fin, dar todas las órdenes que sean necesarias para hacer efectivo ese aprovechamiento, que el locador debe obedecer. Como hacen notar Ripert y Boulanger, el trabajador “se coloca voluntariamente bajo la autoridad de otra persona. Quien ha arrendado sus servicios no es solamente su acreedor por tantas horas de trabajo, sino que es su patrón o su amo, y el idioma corriente traduce bien, por medio de estas expresiones, el necesario dominio ejercido por el empleador sobre el obrero y el doméstico”(1964: T.VIII, p.374). Es que, en la locación de servicios, “al mismo tiempo que la persona humana es el sujeto del contrato, es en realidad también su objeto” (Ripert, citado en Javilier 1982: p. 58).

Al no establecer el Code ninguna norma que regule o limite el poder que el contrato concede al empleador, éste se manifestó absoluto e implacable. Los asalariados se vieron sometidos a “un estado temporario de sumisión”, explicándose así la regla del Art. 1780 que prohibía arrendar los servicios de por vida, ya que como expresan Camerlynck y Lyon-Caen, “una obligación vitalicia no sería sino una reaparición de

la esclavitud o de la servidumbre” (1974: p.7), dado el estado de sometimiento que el contrato suponía.

Por estas razones, De la Cueva afirma contundentemente que “la célebre *locatio conductio operarum* de los jurisconsultos romanos sirvió en el Derecho Civil del siglo XIX, como contrato de arrendamiento de servicios, para facilitar la explotación del hombre por el hombre y en manera alguna para procurar su beneficio” (1977: T.I, p. 5).

2.3.1.F) EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1852:

Este Código reprodujo el esquema francés de regulación de la prestación voluntaria de trabajo por cuenta ajena enmarcada dentro del régimen de arrendamiento.

Desde un inicio, el Art. 1540 estableció:

“La locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede a otra el uso de alguna cosa, o se obliga a prestarle un servicio o trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida”

La prestación misma de trabajo fue regulada bajo la general denominación de *locación de servicios*. El art. 1632 reprodujo como regla común el Art. 1780 del Código Civil Francés:

“Puede una persona obligarse a prestar a otra su servicio personal o de industria, durante cierto tiempo o para una empresa determinada”.

Por su parte, los artículos 1634 y 1635 consignan, respectivamente, el derecho al despido libre por parte del patrono y el derecho de los “criados” a “despedirse cuando quieran si no han recibido anticipaciones de vestido o de dinero”.

Finalmente, el art. 1636, reiterando la concepción francesa según la cual la regulación de las relaciones laborales es un asunto de policía establece:

“Se observará además lo dispuesto en las leyes y reglamentos de policía, sobre criados y obreros”.

Al amparo de este artículo, fueron expedidos un conjunto de dispositivos legales, reglamentarios de la “*locación de servicios*” de los domésticos y de los obreros. Así, mediante Resolución Suprema de 30 de mayo de 1901, fue aprobado el Decreto Sub-Prefectural del 7 del mismo mes y año, denominado “Reglamento del Servicio Doméstico”. Esta norma de ocupa de la relación entre “patrones” y “sirvientes”, calificándola reiteradamente de “*locación de servicios*” (así, el 1º y 2º considerando y los arts. 1º, 5º, 9º, 10º, etc) y concede algunos derechos a los domésticos (por ejemplo, el art. 5º exige que el despido, salvo causa grave o enfermedad, se haga “dándoles un aviso anticipado de quince días”) (De la Lama 1913: pp, 994-998).

De lo hasta aquí expuesto queremos resaltar que la *locación de servicios* (en sentido estricto: la *locatio conductio operarum*, regulada por los artículos 1633 a 1636 del Código Civil de 1852, en la sección “Domésticos”) fue un contrato por el cual se reguló la prestación subordinada de servicios, la cual incluyó modalidades tales como el servicio doméstico, el trabajo de los obreros mineros, el “engache” de los trabajadores agrícolas, etc., y no relación alguna de “trabajo autónomo”.

La emblemática y hasta hace poco vigente Ley N° 4916 o Ley del Empleado (de 7 de febrero de 1924), expedida durante la vigencia del Código de 1852, califica a las relaciones que por ella se encuentran reguladas como locaciones de servicios, conforme se aprecia en su art. 1º:

“Modifícase el artículo 296 del Código de Comercio en los siguientes términos:

- a) En el caso en que el desempeño o locación de servicios no tuviese tiempo de duración determinada (...).
- b) En caso de que la cesación del empeño o locación de servicios, se realizará porque el principal o patrón lo determine así, notificando la despedida al dependiente o empleado con sujeción al procedimiento anterior (...)"

La Resolución Suprema de 22 de junio de 1928, *Reglamento de la Ley N° 4916*, emplea similar denominación para referirse a la relación entre el "principal o patrón" y el "dependiente o empleado" en su art. 25°:

"Terminando cualquier contrato de locación de servicios, ya sea por despedida del principal o por renuncia voluntaria del auxiliar de comercio, el patrón estará obligado a entregar a su empleado un certificado (...).

El trabajo prestado con autonomía fue regulado por el Código Civil de 1852. Finalmente, el trabajo de los profesionales liberales, que entonces operaba mediante el "sistema de clientela", se rigió por las reglas del mandato, de acuerdo con la tradición romana.

2.3.1.G) LOCACION DE SERVICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1936:

Bajo el nombre común de locación y conducción, nuestro Código ha dado cobijo a tres relaciones jurídicas. La de la locación de cosa (*locatio rerum*), la de locación de servicios (*locatio operarum*) y la de locación de obra (*locatio operis*). De la primera se ocupan los números 1490 á 1576 (arts. 1666 al 1712 del C.C. 1984); de la segunda,

los números 1547 á 1552 (arts.1764 al 1770 del C.C.1984); de la tercera, los números 1553 á 1570 (arts. 1771 al 1789 del C.C. 1984).

La llamada locación de servicios, es decir, la prestación de servicio, el contrato de servicios (Dienstvertrag), como la llamada locación de obra, es decir, el contrato de empresa, de construcción, el contrato de obra (Werfvertrag), así como lo que hoy se conoce con el nombre de contrato de trabajo, tienen de común dentro de la relación jurídica respectiva, el que conciernen a la actividad humana, que actúa para hacer algo o producir, en una relación bilateral en cuanto un sujeto realiza ese quehacer o lleva a cabo esa producción a favor de otro sujeto, mediante una determinada remuneración.

El autoservicio que una persona se preste así mismo, como la producción que para sí mismo realice una persona, o todo trabajo que revierta para sí y en su beneficio, están pues, fuera de la antes aludida relación jurídica. Y también está fuera de tal relación el servicio, obra o trabajo que desinteresadamente, en forma gratuita, realice una persona a favor de otra, viniendo a corresponderles una figura jurídica distinta, como es el caso de mandato gratuito, de liberalidad.

La llamada locación de servicios, como la llamada locación de obra, aparecen dentro de la estructura de nuestro Código (1936) como relaciones contractuales distinguidas; y se presentan bajo esas denominaciones. Y como dentro de nuestro Código a las dos figuras se les sigue considerando englobadas dentro del continente genérico de locación, se utiliza o se puede utilizar expresiones de locador y conductor, para significar a uno y otro contratante vinculados en la relación jurídica. Así, en el art. 1551 se habla del "locador" refiriéndose al prestador del servicio, en un contrato de servicio; de modo que aquél para quién se hace el servicio y paga una remuneración

por ello, viene a ser llamado el locatario. Más, en toda área legal correspondiente al contrato de obra son utilizadas las expresiones más apropiadas de “empresario” (el locador) y “dueño de la obra” (el conductor). *(De acuerdo al Código Civil de 1984, las partes en el contrato de locación de servicios se denominan locador y comitente, art. 1764; y en el contrato de obra se denominan contratista y comitente, art. 1771).*

El Código Civil de 1936 legisla sobre la locación de servicios en el título V y sobre contrato en el VI, artículos 1571 y 1572, pero lo que es grave es que las normas del proyecto sobre locación de servicios permanecieron intactas. Así, se llegó a establecer una incomprensible duplicidad de regulaciones para un mismo objeto, ya que el Código legisló la locación de servicios comprendiendo en ella el contrato de trabajo y haciéndole aplicable la legislación laboral y a la vez estableció un título especial sobre contrato de trabajo, cuyos dos artículos son imperfectos y carecen de finalidad práctica (Valdés Tudela 1937 p. 64; Castañeda 1964; p. 14).

¿Cómo explicó el legislador esta situación?

La Comisión Reformadora, en la Exposición de Motivos, sustentó las razones que la llevaron a incluir el contrato de trabajo en el Código Civil y expuso los criterios que a su concepto distinguen al contrato de locación de servicios del de trabajo.

Sobre el primero de los asuntos, la Comisión expresa que “estrictamente el contrato de trabajo debe ser un capítulo esencial de la legislación específica social destinada por su naturaleza a formulaciones, que, en general, no pueden ser fijadas en los preceptos permanentes de un Código Civil, porque su contenido es un orden de relaciones que varían en el espacio y en el tiempo (...). Pero así y todo, hemos considerado que hay Códigos modernos, como el suizo y el polonés, que no obstante estas razones, han legislado sobre el contrato de trabajo.

El contrato de trabajo fue entonces introducido en el Código Civil, pese a la naturaleza especial de su objeto y las normas que lo rigen, a fin de establecer en él las bases sobre las que debe reposar la legislación laboral. Este contrato se distinguiría de la locación de servicios en que ésta tiene por objeto la prestación de servicios, conceptuada como “objeto de comercio”, mientras que aquél tiene por objeto el “trabajo” que no es “objeto de comercio”.

La distinción es inadecuado y equívoco porque, como expresa Valdez Tudela “no se puede diferenciar la prestación de servicios de la prestación de trabajo, ya que ambas prestaciones son la misma cosa. En ambos casos existe la obligación de poner a disposición de otro la propia y personal actividad. Por ello, ningún Código Civil había hecho hasta entonces tal distinción. Es cierto que el Código suizo de las obligaciones, al cual citan los legisladores como modelo, legisla el contrato de trabajo en forma autónoma, pero también es verdad que no trata dentro de la locación conducción de la locación de servicios. A lo más, la doctrina alemana distinguió la prestación de servicios “dependientes” de la prestación de servicios “no dependientes”, pero enmarcando ambas figuras dentro del género del “contrato de servicios”.

Es más, aparte de que es artificial efectuar dicha distinción, el criterio mismo adoptado para hacerla es inadecuado, *toda vez que la prestación de servicios en general no puede ser conceptuada como objeto de comercio*. En ella está comprometida siempre la actividad humana, que es inseparable del hombre que se obliga a prestarla, el cual no puede ser equiparado jurídicamente con una mercancía. El criterio podría funcionar, en todo caso, como expresa Valdez Tudela, respecto de la distinción entre prestación de servicios y ejecución de obras, ya que en esta última

lo debido no es la actividad personal sino una obra, pero nunca al interior de la prestación de servicios.

Además el criterio es equívoco. Si bien nos permite constatar que el legislador valora de manera distinta la “prestación de servicios” frente al trabajo, no nos permite dilucidar cuándo una relación concreta tiene por objeto “servicios” y cuándo “trabajo”. Ciertamente es que en la Exposición de Motivos se denomina a los prestadores de “trabajo” como “trabajadores” u “obreros manuales o intelectuales”, pero aún así no se expresa con claridad un criterio para saber cuándo estamos frente a éstos últimos. Se podría argumentar que el legislador extendió como “trabajadores” a quienes “contribuyeron a la producción con su trabajo personal” y así lo expresó en el art. 1571, empero, la confusión subsiste, ya que, como hemos visto, a estos términos se refieren solo al trabajo fabril, o abarcan a todas las prestaciones de servicios, incluyendo a las propias de las profesiones liberales.

Por último, la distinción es innecesaria porque tanto al contrato de trabajo como al de locación de servicios le son aplicables las normas laborales, según los arts. 1572 y 1552 respectivamente, de tal forma que realmente en el Código toda prestación de servicios sería objeto de protección y ninguna “objeto de comercio”, aún contra la opinión de la Comisión.

Ahora bien, dada la identidad esencial que advertimos entre el contrato de trabajo y la locación de servicios y teniendo en cuenta las transformaciones que habían operado en nuestro derecho, coincidimos con CASTAÑADA en manifestar que “debió suprimirse del contrato de locación-conducción lo que se refiere a la locación de servicios; y, en todo caso, trasladar dos disposiciones al título que regula el contrato de trabajo”.

Desde un principio, la jurisprudencia administrativa creyó conveniente mantener la artificial distinción entre ambos contratos. Inicialmente, intentó inclusive fundarla en las prescripciones del Código. Así, mediante Resolución de la Dirección de Trabajo de 4 de agosto de 1939, se resolvió lo siguiente:

“El contrato de trabajo y el de locación de servicios son esencialmente diversos, conforme lo establece el Código Civil. El primero, en lo fundamental, es el que se celebra entre obreros o empleados y empresas productoras, implica el interés social y admite para su celebración la intervención de la colectividad, de los servidores y la del Estado para cautelar dicho interés social y en lo accesorio, permite por su esencia que el plazo por el que se celebra puede ser indefinido; mientras el contrato de locación de servicios, en lo fundamental puede ser celebrado por las partes con independencia de su condición personal y de las actividades que ejerzan, es de carácter singular y afecta solamente el interés individual de las partes, y en lo accesorio, debe tener plazo previamente señalado o inferible”.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema pareció inclinarse por considerar como locación de servicios el contrato que celebran los empleados, aplicándoles, en virtud del art. 1552, los preceptos de la Ley N° 4916, conforme se aprecia en dos ejecutorias, de 1941 y 1948, respectivamente, que cita Guzmán Ferrer:

“Cuando el contrato de locación de servicios termina por mutuo acuerdo entre el empleador y el empleado, éste sólo tiene derecho a la correspondiente indemnización por tiempo de servicios” (1982: T.III, p. 1765).

“En el contrato de locación de servicios a tiempo fijo, procede solamente el abono de compensación por tiempo de servicios al empleado de comercio y no de indemnizarlo por falta de aviso de despedida”.

En estas circunstancias, cupo a la jurisprudencia laboral la tarea de clarificar cuál era el ámbito de aplicación del estatuto protector. Para ello, ésta debió apartarse de las prescripciones del Código Civil y construir un concepto nuevo de contrato de trabajo, tuvo que “crear derecho” y no sólo declararlo.

En ello se principió por precisar el elemento distintivo del contrato de trabajo, mediante Resolución de la Dirección de Trabajo de 20 de junio de 1940, en la cuál se declaró:

“La relación de dependencia es el elemento característico del contrato de trabajo”.

Más adelante, los jueces del trabajo se aventuraron a dar una definición jurisprudencial del contrato de trabajo, sustitutoria de la contenida en el art. 1571 del Código Civil, mediante Ejecutoria del Tribunal de Trabajo de 29 de diciembre de 1943, la cual, dada su importancia histórica, fue citada en la Memoria del Presidente del Tribunal de Trabajo del año siguiente. En ella se estableció:

“Contrato de trabajo es todo convenio en virtud del cual una persona se obliga a prestar a otro, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal mediante una retribución determinada. El contrato de trabajo tiene por objeto la prestación de un trabajo como hecho personal del contratante. El trabajador es retribuido en proporción al trabajo, con prescindencia de la ventaja económica que perciba la empresa” (Ramírez Otárola 1963: p. 11).

La Dirección de Trabajo, en aplicación del Art. 1549 del Código Civil, resolvió lo siguiente:

“Procede reducir al máximo de 6 años el plazo de los contratos de trabajo que consignent el término de duración mayor” (Ministerio de Justicia y Trabajo 1949: p. 59).

En consecuencia, se había definido al contrato de trabajo y se habían configurado sus elementos esenciales, pero no se había delimitado claramente si la locación de servicios en cuya amplitud podían también comprenderse las prestaciones de los obreros, empleados, profesionales, domésticos y técnicos, era un contrato distinto o similar al del trabajo.

En esto, estimamos que la doctrina jugó un papel fundamental.

De un lado encontramos la opinión de CASTAÑEDA, que consideraba a ambos contratos como uno solo, por entender que en ambos existe prestación de servicios subordinados a cambio de una remuneración, razón por la cual el contrato de trabajo estaría regulado tanto por los artículos 1547 y 1552 del Código Civil (sobre locación de servicios), como por los artículos 1571 y 1572 (contrato de trabajo), además de las leyes especiales de trabajo.

En primer lugar, dicho contrato fue conceptualizado como una de naturaleza civil, regido por el principio de la “autonomía de la voluntad”, al cual no le son aplicables las normas laborales, ni siquiera supletoriamente, pese a lo dispuesto por el art. 1552. Esta posición tiene su antecedente en la ejecutoria de 4 de agosto de 1939, ya citada. León Barandiarán expresa este punto de vista de la siguiente manera: “Las reglas del contrato de trabajo no se pueden aplicar al contrato de servicio, porque el primero obedece a directivas propias, que constituyen un derecho distinto del Derecho Civil, dentro del cual está comprendido el contrato de servicios. Tampoco resulta aplicable la indicación acerca de lo establecido en los reglamentos sobre el servicio doméstico, pues en verdad tal servicio es más propiamente una modalidad del contrato de trabajo, que uno del contrato de servicio.

En segundo lugar, debía clarificarse cual es el elemento característico del contrato de locación de servicios, adscrito exclusivamente al Derecho Civil y distinto del contrato de trabajo. Entonces, el que la jurisprudencia del trabajo haya declarado que la dependencia o subordinación constituye el elemento característico y distintivo del contrato de trabajo, única figura a la cual es aplicable la legislación laboral, llevó a la doctrina nacional mayoritaria a deducir que la ausencia de dicho elemento, es decir la autonomía, es el rasgo característico del contrato de locación de servicios. Así se terminó de “dar coherencia” a las disposiciones del código civil.

En este punto coinciden los autores nacionales, tanto civilistas como laboristas. Basta con citar entre ellos a León Barandiarán; Miranda; Angulo; Elías Mantero y Rendón. Por ejemplo éste último autor define al contrato en cuestión de la siguiente forma: “El contrato de locación de servicios tiene por objeto la realización de un servicio, es decir, de una actividad, sin sujetarse a las órdenes de quien lo encarga; el que ejecuta el servicio lo efectúa según sus conocimientos y habilidades, pero sin asegurar un resultado”.

Es que en realidad, la sistemática del Código Civil, luego de los “ajustes” jurisprudenciales y doctrinales anotados, conduce no solo a acoger las ideas del “Modelo Doctrinal Alemán” sino a llevarlas a su grado más extremo.

Por ello, la locación de servicios, que en el Derecho Romano, el Derecho Civil francés del siglo XIX y el Derecho Civil peruano anterior a la entrada en vigencia de éste Código Civil, se caracterizó por la dependencia, se transformó en el Derecho Civil peruano, favorecido por el desacierto del legislador del 36 en un *contrato prestación de servicios caracterizado por la autonomía y sin vinculación con el contrato de trabajo*, en un “contrato de trabajo autónomo”. Esta es un posición *sui*

generis dentro de la legislación y doctrina comparadas, que, sin embargo, es hoy ampliamente aceptada en nuestro medio.

En el siguiente nos ocuparemos a dilucidar la naturaleza de este “contrato de locación de servicios” del Derecho Civil peruano del siglo XX, es decir el Código Civil de 1984.

2.3.1.H) LOCACION DE SERVICIOS EN EL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984:

El artículo 1755° define al contrato de prestación de servicios e incluye tanto al compromiso de medios como a la satisfacción de una obra (opus). Uno y otro pueden responder a un trabajo intelectual o manual o a un resultado material o artístico, literario, científico y de orden similar, siendo entendido que no existe impedimento para que la prestación sea satisfecha por una persona jurídica, siempre y cuando el trabajo lo realice una persona natural.

El Código Civil de 1984 ha dado un giro total al separar la locación-conducción o arrendamiento de cosas de la prestación de servicios y disponiendo que esta última comprenda como modalidades, la locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro. Se ha seguido así la corriente impuesta por el Código Civil de Portugal, partiendo de una premisa exacta: el trabajo no constituye una mercancía ni puede ser tratado de un modo secundario o colateral. Alberto G. Spota cita a León XIII, quien en la Encíclica *Rerum Novarum* manifestaba que “habrá necesidad de que el Jefe de familia tenga un justo salario o estipendio que le permita subsistir a él y a los miembros de su grupo familiar. La Ley de bronce nunca

podrá regir en esto: el trabajo humano no es algo que se compra y se vende: es algo que significa que el hombre está detrás. Si de contrato de trabajo hablamos, nunca podemos olvidar que en él aparece un elemento vital para la subsistencia del hombre, sobre todo si con vuelo común media dependencia económica”.

Tenemos que establecer la diferencia entre estos contratos y el de trabajo propiamente dicho, en la medida en que este último está regulado por la legislación laboral pues tiene como característica fundamental la dependencia jurídica, la que no se da en la locación de servicios, contrato de obra, depósito, secuestro y mandato. Dice Spota, al referirse al contrato de trabajo, que “constituye una obligación de medios que promete al trabajador al poner a disposición del empleador su fuerza material o inmaterial de labor; pero, por el otro lado, la relación de subordinación jurídica en que se halla el trabajador ante su contratante, es decir, el empleador. Es frecuente que a esa subordinación jurídica se agregue la subordinación económica; pero, ello no es necesario para que surja el contrato de trabajo. Este último también se lo concibe en el caso de la convención celebrada entre el trabajador (en ocasiones el trabajador intelectual, o los integrantes del personal administrativo de más elevado grado en la organización empresarial del empleador), que no se halla subordinado económicamente al empleador y éste como titular de la hacienda mercantil o civil.

Las distintas modalidades de la prestación de servicios tienen como factor común el hecho de que regulan las obligaciones de medios o de resultado. Es importante establecer la diferencia entre unas y otras. Cuando se comprometen medios el objeto de la prestación está dado por la actividad propiamente dicha, de modo que el trabajo es un fin, en tanto que si lo que se obliga el locador es a un resultado, no basta la fuerza de trabajo propiamente dicha, sino que debe existir además una consecuencia

prevista por las partes contratantes cual es la obra o trabajo comprometido. Dice Abello que “la diferencia sustancial entre las dos grandes formas de locación de trabajo está en que en la locación de obra se presenta un resultado determinado, y en la locación de servicios una cantidad de energía tendente también a una finalidad dada, pero independiente de este resultado”. Como puede apreciarse aunque en teoría una y otra prestación parece sencilla, en la práctica muchas veces se presentan situaciones complejas y discutibles, habida cuenta de que todos los contratos que forman parte de la prestación de servicios tienen en cierto modo una relación de parentesco, pues son de la misma familia legal.

De la naturaleza de la prestación de servicios se desprende que estos presuponen prestaciones de dar y hacer. Existe prestación de dar en la cancelación de los honorarios de un Abogado, en tanto que la prestación de éste es de hacer, al emitir una opinión sobre determinado tema de derecho. Lo que definitivamente está fuera del concepto es la prestación de no hacer. Así, por ejemplo, cuando un comerciante se obliga a no vender sus mercaderías en determinada área, no estaremos frente a un contrato de prestación de servicios y la relación será, por lo tanto, atípica.

Como se ha explicado anteriormente son modalidades o especies de la prestación de servicios: a) la locación de servicios; b) el contrato de obra; c) el mandato; d) el depósito; y e) el secuestro.

2.3.1.I) CARACTERES JURIDICOS

La prestación de servicios, entendida en sus distintas modalidades o especies, tienen los siguientes caracteres jurídicos:

- 1) Es autónoma o principal, ya que no depende de otros contratos y en determinadas circunstancias puede estar acompañada de un elemento accesorio, como sería el otorgamiento de una garantía real o personal en cualesquiera de sus modalidades.
- 2) Es un contrato obligacional y no traslativo de dominio, ya que como hemos señalado anteriormente, el trabajo no constituye una mercadería.
- 3) Las prestaciones tienen naturaleza recíproca, pues las partes asumen obligaciones de hacer y de dar, salvo los casos de excepción que también se detallan. En efecto, en la locación de servicios el locador compromete su actividad física e intelectual, en tanto que el comitente debe pagar la retribución contenida o la que resulte aplicable, si no existiese estipulación. En el contrato de obra, el constractista se obliga a hacer una obra determinada, mientras que el comitente está sujeto al pago de una retribución. En el mandato, el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés del mandante, mientras este último tendrá que pagar la retribución, pues ella se presume. Empero, el contrato será de una sola prestación cuando el mandatario actúe a título gratuito, esto es, con liberalidad. En el depósito, el depositario está obligado a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo, mientras que el depositante satisfará la correspondiente remuneración. Cabe aclarar que, a diferencia del mandato, la gratuidad se presume y cuando ello sucede el contrato será entonces de una

sola prestación. Lo mismo acontece con el secuestro, debido a la remisión que hace el artículo 1867° a las disposiciones del depósito que le sean aplicables.

- 4) En algunas especies es a título oneroso, mientras que en otras puede también ser gratuito. En efecto, tanto la locación de servicios como el contrato de obra suponen, como contrapartida, el pago de una remuneración (artículos 1764 y 1771 del Código Civil). Por consiguiente, cuando uno u otro se celebran a título gratuito estaremos frente a una liberalidad y a un contrato atípico, al que le serán aplicables las reglas del contrato típico correspondiente, esto es, del contrato de locación de servicios o de obra, respectivamente.
- 5) Es conmutativa ya que los contratantes pueden anticipar los beneficios potenciales de la relación obligacional. Empero, , esta conmutatividad no es de la esencia de las diferentes especies del contrato de prestación de servicios y no existe impedimento para que sean sometidas por voluntad de las partes, a los factores de riesgo propios de los contratos aleatorios.
- 6) Finalmente es consensual y para celebrarlo las partes gozan de libertad de forma y si nada se ha pactado bastará el simple consentimiento, expresado verbalmente.

2.3.1.J) SUJETOS Y CAPACIDAD

Los sujetos en la prestación de servicios son, por un lado, el comitente o sea quien encarga los servicios o la obra, y de otro lado el prestador, que es el los ejecuta. Ha quedado superado, por lo tanto, el error incurrido por POTHIER, quién señalaba que la parte que da a la otra la obra a hacer se llama el locador, y aquella que se encarga de hacerla se conoce con el nombre de locatario. REZZÓNICO explica que esta

equivocación *“tenía su origen en el derecho romano, en el cual, como expresa DURANTON, en muchos textos legales se encuentran invertidas las denominaciones del locador y conductor. Pero en los trabajos preparatorios del Código Napoleón el tribuno MOURICAULT despeja el error, diciendo que los cuidados, los servicios, el trabajo y la industria, forman la materia del contrato de locación de obra: eso es lo que se da en locación y eso es lo que se paga. Por tanto, es el guardián, el servidor, el artesano, el obrero, el empresario, el verdadero locador; y quién los paga es el verdadero locatario o conductor”*.

Por cierto que la nomenclatura que hemos utilizado es teórica, pues la prestación de servicios no es un contrato “per se” sino el género de las distintas modalidades conocidas como locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito y secuestro. En cambio, esas denominaciones son aplicables a las modalidades de los contratos innominados de doy para que hagas y hado para que des.

Los sujetos en la locación de servicios son el locador y el comitente. En el contrato de obra se les conoce como contratista y comitente. En el mandato son el mandante y el mandatario. En el depósito se les conoce como depositante y depositario. Y, finalmente en el secuestro se les llama depositantes (siempre deben haber dos o más, puesto que supone una controversia) y depositario.

En cuanto a la capacidad de los sujetos no pueden celebrar por sí mismos la prestación de servicios en sus distintas especies aquellos que carecen de capacidad plena para contratar y deberán necesariamente intervenir sus representantes legales, esto es, los padres, tutores o curadores, según cual sea la situación del incapaz.

2.3.1.K) OBJETO DE LA PRESTACIÓN

El objeto de la prestación se circunscribe a la energía humana, cuyo contenido es inescindiblemente material e intelectual. Este objeto está contemplado expresamente en el artículo 1765 sobre locación de servicios. Tratándose de la locación de obra se añade lo que en doctrina conocemos como “un resultado”. En el mandato consiste en la realización de toda clase de actos jurídicos. Respecto del depósito, la prestación está dada por la materialización de los deberes de custodia (vigilancia), guardianía y cuidado (artículo 1814° del Código Civil) En cuanto concierne al secuestro, la prestación estriba en la custodia y conservación de un bien respecto del cual existe controversia (artículo 1857° del Código Civil).

La contraprestación en estos contratos se presenta cuando existe onerosidad. Como se explica posteriormente hay varios matices sobre este particular.

2.3.1.L) ONEROSIDAD Y GRATUIDAD DE LA PRESTACION

Un tema que promueve polémica es el de la onerosidad y gratuidad en la prestación. La locación de servicios se celebra necesariamente a título oneroso, y así se desprende del texto del artículo 1764°. Pero como de otro lado nada prohíbe que una persona preste servicios a otra a título gratuito, nos encontraremos entonces en presencia de un contrato atípico, pues no es locación de servicios ni donación. Es una liberalidad.

Los sujetos de la prestación de servicios son el prestador y el comitente, respectivamente.

2.3.1.LI) LAS MODALIDADES DE LA PRESTACION DE SERVICIOS

Artículo 1756º.- Son modalidades de la prestación de servicios nominados:

1. La locación de servicios.
2. El contrato de Obra.
3. El mandato.
4. El depósito.
5. El secuestro.

La doctrina considera que la diferencia entre uno y otro contrato está dada por el carácter de la prestación: si lo que el locador ofrece son sus servicios, sin que medie un resultado específico, estamos ante un contrato de locación de servicios. Si a diferencia de lo anterior, el locador compromete una obra (opus) se regirá entonces por la locación o contrato de obra. Dentro de esta tesis, si un abogado se hace cargo de los asuntos legales de un cliente y sólo ofrece su inteligencia, experiencia y la energía de su trabajo, estaría celebrando una locación de servicios. Pero si el abogado se obliga a defender al cliente y ganar el pleito, o a elaborarle un contrato o un estudio de titulación, existiría entonces un contrato de obra. En uno como en otro caso no habrá subordinación del profesional respecto del cliente. El contrato con un arquitecto es más bien de obra de servicios, pues no se obliga a la actividad profesional “per se” sino más bien el resultado producido por ella o sea el proyecto de la obra.

Resumiendo, pensamos que nuestra tesis es la que mejor responde a la naturaleza de estas figuras contractuales. Señalaremos algunos ejemplos para ilustrar nuestro pensamiento. Habría locación de servicios y no contrato de obra en los casos del

sastre que confecciona un terno; del poeta que crea una poesía; del discurso que se elabora para que un político lo pronuncie pero sin subordinación contractual; de la conferencia dictada por un maestro en una universidad o centro de altos estudios; del corte de pelo o el arreglo de una peluca, hechos por un peluquero; de la operación de alta o menor cirugía realizada por un médico-cirujano; de la reparación del sistema eléctrico o del agua y desagüe de una casa; del contrato elaborado por un abogado o la defensa asumida en un proceso; del tratamiento de una enfermedad; del concierto de un pianista; de la confección de un juego de muebles. Habrá, en cambio, contrato de obra cuando se construya un edificio, puente, torre, carretera, represa y otros análogos y en los que predomina la actividad empresarial.

CAPITULO III

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

3.1. DISEÑO Y TIPO DE INVESTIGACION:

3.1.1.- HIPOTESIS Y VARIABLES :

a) Hipótesis

La desnaturalización del contrato de Locación de Servicios, induce a que se forme una nueva relación laboral de trabajo a plazo indeterminado en el ámbito de la Región de Salud Puno..

b) Variables

VARIABLE DEPENDIENTE:

Formación de una nueva relación laboral de trabajo a plazo indeterminado.

Violación de los derechos laborales.

VARIABLE INDEPENDIENTE:

La desnaturalización del contrato de locación de servicios.

3.1.2. OPERACIONALIZACION DE VARIABLES:

VARIABLE	DIMENSION	INDICADORES
INDEPENDIENTE <ul style="list-style-type: none"> • Desnaturalización del Contrato de locación De servicios. 	Trabajadores Asistenciales Contratados por locación de servicios de la DISSA-PUNO.	<ul style="list-style-type: none"> • Subordinación • Prestación personal de servicio. • Remuneración • Lugar de prestación del servicio. • Jornada laboral

		<ul style="list-style-type: none"> • Duración de la relación.
<p>DEPENDIENTE</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formación de nueva Relación laboral. 	Trabajadores Asistenciales Contratados por locación De servicios de la DISA-PUNO.	<ul style="list-style-type: none"> • Contrato Indeterminado De trabajo. • Contrato de trabajo Laboral.
<ul style="list-style-type: none"> • Violación de derechos laborales 	Trabajadores Asistenciales Contratados por locación De servicios de la DISSA-PUNO.	<ul style="list-style-type: none"> • Gratificaciones • Vacaciones • Licencias • Pago CTS • Seguro de vida • Seguro Social EsSalud. • Lactancia • Protección, despido Arbitrario. • Descansos Remunerados • Utilidades • Otros.

3.1.3.- CARÁCTER DEL ESTUDIO

El modelo de la investigación es descriptivo, comparativo y explicativo.

3.1.4. METODOS O MODELOS DE CONTRASTACION

La investigación va a requerir el uso de los métodos deductivo e inductivo, analítico, y de interpretación jurídica.

Las técnicas que se van a utilizar en la presente investigación van a ser:

- a) La entrevista con su instrumento la ficha de registro la que será aplicada a los Directivos del Programa PAC, Asesor Legal y Jefa de Logística de la DISA-Puno.

b) La observación documental las que serán aplicadas para analizar las normas legales referidas al uso y abuso del contrato de locación de servicios.

- La observación documental
- La revisión estadística

3.1.5. ESTRATEGIA DE RECOLECCION, PROCESAMIENTO Y ANALISIS DE LA INFORMACION

La labor de recolección de información se realiza mediante las entrevistas y sus respectivas fichas. Será realizada por el investigador con el uso de métodos establecidos para dichos efectos.

La recolección de información es proveniente de estadísticas de la Región de Salud - Puno, de las Oficinas de Personal y Logística, se realiza directamente por el investigador, así como aquella proveniente del análisis e interpretación del marco jurídico del contrato de locación de servicios de la Oficina de Asesoría Legal.

El procesamiento de la información se realizó por el investigador responsable formulando estadísticas matriciales con sus respectiva tabulación y gráfica porcentual.

El análisis de la información se efectuara utilizando los métodos elegidos para cada tipo de información siguiendo en cada etapa el cronograma establecido.

3.1.6. AMBITO DE ESTUDIO

La investigación tiene alcance Nacional por tratarse de la problemática de los contratos indiscriminados de locación de servicios, sin embargo se circunscribe a la provincia de Puno, de la región Puno. Ya que concentra a la totalidad de los establecimientos de salud del sector. Así como de la sede de la Dirección de Salud-Puno.

3.1.7. UNIDADES DE ANALISIS

- A) Los trabajadores contratados asistenciales (plaza orgánica) del ámbito de la DISA-Puno.
- B) Los trabajadores contratados mediante el contrato de locación de servicios asistenciales. Del ámbito de la DISA-Puno.

3.1.8. POBLACION Y MUESTRA:

La población está representado por “**todo el personal contrato sujetos al Régimen del Decreto Legislativo N° 276**” y el personal contratado bajo la modalidad de locación de servicios de la Región de Salud Puno.

POBLACION	N°	%
• Personal contratado Plaza orgánica.	59	12.47
• Personal locación servicios.	414	87.53
TOTAL	473	100

En este caso la población y muestra es la misma por trabajar con toda la población mencionada.

CAPITULO IV

PRESENTACIÓN Y ESTUDIO DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El Perú registró durante el año pasado avances significativos en los principales indicadores de progreso laboral como la reducción del desempleo abierto y la informalidad, así como el aumento de la productividad y del salario industrial, según el informe *Panorama Laboral 2003, elaborado por la Oficina Internacional de Trabajo (OIT)*

El documento precisa que se consideran cambios positivos la reducción del desempleo abierto, la disminución del porcentaje del empleo informal, el incremento de los sueldos reales (industriales y mínimos) y el aumento de productividad.

El Perú de acuerdo con el estudio, registró mejoras en estos aspectos, salvo en el salario mínimo real, que muestra una caída de 1.9 por ciento, superior al 1.6 por ciento del promedio regional.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la estadística sólo considera los resultados de los tres primeros trimestres de 2003, no se toma en cuenta el aumento real de 12.5 por ciento efectuado al salario y que variaría el porcentaje de negativo a positivo.

4.1.- CON RESPECTO A LA DESNATURALIZACION DEL CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS:

La investigación en ciencias sociales se ocupa de la descripción de las características que identifican los diferentes elementos, componentes y su interrelación. Es necesario informarse como una acción que permita ampliar y precisar los que se poseen sobre

una materia determinada. Por consiguiente debemos informarnos sobre aspectos que tienen relación con aquello que es objeto de conocimiento en el trabajo propuesto y que se ha precisado en la formulación y sistematización del problema, los objetivos y la hipótesis planteada.

4.1.a) DESEMPLEO

Respecto al desempleo urbano, en el ámbito de América Latina y el Caribe, el informe precisa que existen 19 millones de trabajadores desocupados, aunque la tasa de desempleo urbano se redujo ligeramente, al pasar de 11.2 en 2002 a 11 por ciento el año pasado.

En el caso del Perú, se registró una reducción de 0.3 por ciento, al pasar de 9.7 por ciento en 2002 a 9.4 por ciento en 2003; con una tasa de desempleo masculino constante y la reducción en 0.4 por ciento del desempleo femenino.

En tanto la tasa de desocupación juvenil (de 14 a 24 años) cayó en 0.7 por ciento. Respecto al poder adquisitivo de los salarios industriales, el Perú (5.9 por ciento) lidera a los países (Chile y México) que muestran una mejora de los salarios reales en la industria, como consecuencia, en gran parte, de la baja inflación.

El Panorama Laboral 2003 concluye que de cada diez nuevos empleos generados desde 1990, siete fueron informales; 9.4 de cada 10 nuevos empleos provienen del sector servicios y que sólo cuatro de cada 10 de estos empleos tienen acceso a la seguridad social.

Juan Somavia, director general de la OIT, indicó que los trabajadores informales aumentaron de 32.7 por ciento en 1980 a 46.5 por ciento en 2002, mientras que los empleos formales disminuyeron de 67 a 53 por ciento en el mismo período.

Ante este panorama, dijo la OIT plantea aplicar políticas macroeconómicas que tiendan a atenuar los ciclos económicos y a estabilizar el crecimiento para lograr una mejora en la situación laboral de los países y la reducción de las desigualdades y de la pobreza.

También es necesario una modernización laboral basada en el aumento de la productividad antes que en la reducción de los costos laborales, lo que implica dar énfasis a la inversión en capacitación y a la innovación tecnológica.

Engels manifiesta que el trabajo es la fuente de toda riqueza, a la par que la naturaleza, que le provee de los materiales que él convierte en riqueza. Pero el trabajo es muchísimo más que eso: es la condición básica y fundamental de toda la vida humana y lo es en tal grado que, hasta cierto punto, debemos decir que el trabajo ha creado al propio hombre.

Del contrato de locación de servicios nos interesa rastrear las relaciones entre los conceptos de prestación de servicios con el contrato de trabajo, de un lado, y de autonomía o subordinación del deudor del trabajo frente a la voluntad del acreedor del mismo, del otro sobre cuya base, como veremos se ha estructurado la regulación de la prestación voluntaria de trabajo en beneficio de otro. Reviste extraordinaria actualidad, en especial respecto del análisis de la relación entre el contrato de locación de servicios y el contrato de trabajo, asimismo el abuso que se hace del contrato civil a uno llamado contrato laboral. Por ello es necesario tener con claridad

los conceptos que se va a señalar para poder comprender lo querido en la presente tesis.

4.1.b). CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS:

Este contrato es de naturaleza civil y se caracteriza porque no existen los dos elementos constitutivos esenciales del contrato de trabajo que son dependencia y ajenidad. Se trata de un “locatio conductio operarum”, es decir la forma de contrato que sirvió de precedente al actual contrato de trabajo, pero que mantiene su plena vigencia, aunque con naturaleza distinta.

El código de 1984 regula el contrato de Locación de Servicios como la primera de las cinco modalidades del género “Prestación de Servicios” ocupándose de él en el Capítulo segundo del Título IX (Arts. 1764 al 1770) un total de siete artículos. El Art. 1764° del Código Civil peruano define a los contratos de locación de servicios de la siguiente manera:

“Por la locación de servicios, el locador se obliga sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

Una de las características fundamentales de esta figura contractual es la de que “los servicios no se prestan en situación de dependencia”. Pueden ser materia del contrato los servicios en sí, en los cuales el locador o prestador del servicio compromete su misma actividad, más no el resultado de ella. Otra característica de este contrato consiste en el pago de una retribución, de donde surge que la locación de servicios es un contrato esencialmente oneroso. La retribución generalmente consiste en el pago

de dinero, pero también puede consistir en otras prestaciones de dar; también podría estipularse a “precio alzado” por todos los servicios o, por periodos de tiempo durante la prestación de estos. También los servicios del locador pueden ser contratados ya sea por cierto tiempo, que puede ser determinado o indeterminado o, para un trabajo definido, es decir, durante todo el tiempo necesario para que quede concluido un determinado trabajo, concretamente precisado.

Dentro del concepto de la locación de servicios caben todos los servicios, materiales o intelectuales, constituidos por el esfuerzo, la actividad o el trabajo, que se prestan sin relación de dependencia y que sean retribuidos mediante pagos que reciben diferentes denominaciones, como sueldos, emolumentos, honorarios, etc.

En este sentido serán materia de locación de servicios, los servicios u obras de los profesionales liberales, de los artistas, de los artesanos, de los deportistas y, en general de todas las personas que realizan trabajo predominantemente propio y sin vínculo de subordinación frente al comitente. Quedan excluidos de este campo los servicios humanos que se prestan con la finalidad de celebrar contratos o actos jurídicos, en razón de que esa actividad es propia del Contrato de Mandato, y constituye justamente la línea divisoria entre la locación de servicios y el contrato de mandato.

Para completar estas ideas es preciso referirse a la forma cómo debe presentarse tales servicios. En efecto, se prescribe que “El locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato, o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación”, dice el Art. 1766. Este dispositivo destaca que en principio la locación de servicio es “intuitu personae”,

porque toma en cuenta las calidades personales del servidor o locador. Sin embargo, puede resultar del contrato, ya sea en forma tácita o por pacto expreso, o también por los usos, que no se requiere la actividad o trabajo personal del locador, sino que éste puede ser auxiliado por otras personas; en este caso podrá recurrir a este auxilio si es compatible con la naturaleza de la prestación, pero siempre que continúe a su cargo la dirección del trabajo y que éste se ejecute bajo su responsabilidad.

En cuanto a la forma de la retribución, partiendo de la consideración de que este contrato es oneroso, si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, la retribución será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados. Esta es la regla contenida en el numeral 1767.

En cuanto al plazo de este contrato, el máximo, el máximo establecido en su art. 1768 es de seis años, si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador.

El fundamento de esta limitación del plazo en la Locación de Servicios radica en el respeto de la libertad de trabajo de las personas, puesto que a nadie se le puede someter a una especie de esclavitud convencional o contractual, algo así como un resultado de la explotación del poderoso en perjuicio del económicamente débil. Se trata de proteger al locador o servidor, quien es el que generalmente se encuentra en estado de necesidad; es por ello que la limitación del plazo sólo puede ser invocada por él. Si en un contrato de locación de servicios profesionales se hubiera pactado o convenido un plazo mayor de seis años, no podría el comitente o sea, quién encargó

los servicios, hacer valer la regla de este Artículo y, si el locador de los servicios no lo objeta, el contrato tendrá vigencia durante todo el plazo convenido.

La onerosidad es una nota tipificante de la locación de servicios. Por consiguiente, si un profesional asume el deber de prestar sus servicios en forma gratuita, la relación contractual será atípica, pues si bien es una liberalidad, no genera la transferencia dominial, que es propia de la donación. Aún cuando es usual que la retribución esté representada por la entrega de una suma de dinero, no existe impedimento para que se convenga una fórmula distinta, como sería efectuar el pago en mercaderías.

Una de las características más notorias de la locación de servicios es que la prestación debe ser satisfecha por el locador, al cual se le ha buscado por sus virtudes profesionales o técnicas, su experiencia, su solvencia moral, etc. Se trata, en principio, de lo que en la más añeja doctrina se conoce como un servicio "intuitu personae", esto es, vinculado estrechamente con la personalidad de uno de los contratantes. Existen muchos ejemplos de lo expuesto.

Una operación de alta cirugía la lleva a cabo un médico cirujano, porque el enfermo o sus familiares conocen de su habilidad y prestigio y es elegido para realizarla en función de sus cualidades personales. Lo mismo sucede con un abogado especializado en tributación, o con un pintor de fama, etc. Pero con el propósito de permitir la mejor realización del servicio, permite la colaboración de terceros (otro médico, un abogado asociado, un pintor discípulo del maestro, etc.), a condición de que su contribución esté bajo la dirección y responsabilidad del locador, pues de otro modo quedaría desnaturalizada la finalidad del contrato.

Es de la esencia de la locación de servicios que sea remunerada. Para la hipótesis de que nada se hubiera pactado y que tampoco existan tarifas profesionales o usos de la plaza, la remuneración quedará establecida por el juez, el cual si bien se sujeta a su propio criterio, tendrá en cuenta la calidad del servicio, su entidad, el tiempo que demore en ser satisfecho y el grado de dificultad existente, entre otros factores.

Es importante indicar que aun cuando la retribución no haya sido fijada de antemano, debe presumirse que la intención de las partes es que los servicios sean remunerados. Evidentemente, no sería lógico que alguien contratase un servicio creyendo que no tiene que pagar por él. A decir de LACRUZ, "...se supone, o incluso se finge, que el solicitante de los servicios está de acuerdo en pagar, sea los honorarios conocidamente usuales del profesional al que se dirige, más o menos elevados según su categoría o sus criterios económicos, pero cognoscibles de antemano con alguna aproximación; sea unos honorarios fijados conforme a la costumbre general del gremio y la equidad, y para cuya determinación podrán orientar las normas y tarifas corporativas".

El art. 1768 tiene por objeto proteger al locador evitando que sus servicios se prolonguen indefinidamente en el tiempo y que resulte ser una suerte de siervo del locatario. La norma tiene su origen en la legislación francesa que inspirada en el ideal de proteger la libertad humana da a este contrato un carácter eminentemente temporal. Empero y teniendo en consideración que el interés protegido es el del deudor de la prestación, se ha establecido que le corresponderá únicamente a dicho locador o prestador la invocación del plazo máximo y que no tendrá derecho a ello el

prestatario, salvo pacto distinto. La regla contenida por este dispositivo es coherente con el principio de la conservación contractual.

¿Qué sucederá en caso de que el contrato haya sido celebrado para realizar un trabajo determinado si este último excede al plazo máximo de ley? Como la regla del artículo 1768 es de **orden público** en razón de su finalidad, creemos que el locador podrá liberarse de satisfacer la prestación pendiente, sin responsabilidad alguna. Desde luego consideramos también que en la mayoría de los casos dicho prestador continuará en el trabajo en resguardo de su prestigio y de su economía, ya que entendemos que el locatario tendrá derecho a solicitar en este evento una reducción en la retribución convenida y pendiente de pago.

Es usual que el locador o prestador proporcione los materiales utilizados para satisfacer sus servicios. Es así que como regla general el pintor pone el lienzo y la pintura, el cirujano emplea su instrumental y el abogado corre con el papel usado para celebrar un contrato, etc. En estas hipótesis, se aplicarán las normas sobre la locación de servicios, en la medida de que tales materiales sean valores secundarios respecto de la actividad del locador, que es lo principal. Si por el contrario los materiales puestos por el locador constituyen el factor fundamental en el cumplimiento del contrato, en tanto que su labor o actividad sea secundaria, no existirá locación de servicios sino compraventa. DE LA PUENTE y LAVALLE pone el ejemplo de “los encargos hechos a farmacéuticos, donde lo importante es obtener el medicamento elaborado en base a la mezcla de varios ingredientes proporcionados por el obligado, jugando la actividad de éste un rol secundario”. Otros ejemplos igualmente valederos son el del relojero que al hacerse cargo de la reparación de un reloj pone diversos mecanismos sumamente caros, en tanto que su trabajo es simplemente de montaje; o

el de un constructor que para enchapar una pared emplea mármol de primera calidad que es suyo o que lo adquiere con su peculio; y el del jardinero que realiza la simple tarea de sembrar en terreno del locatario diversas plantas exóticas, de gran valor, y que son de su propiedad.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS:

Deducimos la existencia de los siguientes elementos: 1) Elemento personal; y 2) Prestaciones.

1.1. ELEMENTO PERSONAL

Intervienen las siguientes personas: a) Comitente; y b) Locador.

- a) **COMITENTE:** Es el dador del trabajo, quien solicita, recibe y paga los servicios, los mismos que pueden ser físicos o intelectuales.
- b) **LOCADOR:** Es el encargado de realizar los servicios físicos o intelectuales, a cambio de una retribución. Los servicios debe realizarlos personalmente.

Puede utilizar auxiliares pero bajo su propia dirección.

Comitente y locador deben ser personas mayores de edad y capaces para la validez del contrato. Entre ellos no existe relación de dependencia laboral como existe en el contrato de trabajo.

1.2. PRESTACIONES

Comitente y Locador ejecutan prestaciones recíprocas. Mientras el primero paga por los servicios, el segundo los presta en forma personal. Este contrato es

importantísimo, porque se alquila el capital humano mismo a través de su inteligencia, capacidad y esfuerzo. La retribución se fija de acuerdo a los usos, costumbres, naturaleza de los servicios y sobre todo el talento del locador.

La locación de servicios se parece al contrato de trabajo, sin embargo existen notables diferencias: semejanzas y diferencias.

CARACTERES:

Se trata de un contrato de Derecho Común, sujeto al Derecho de las Obligaciones (Obligación de hacer).

Se trata de un contrato ONEROSO, por consiguiente, la retribución es fijada por las partes; pero si ello no ocurriera, por alguna razón, la fijación retributiva se hará por analogía, tomándose como referencia las retribuciones existentes en el mercado de servicios para el oficio correspondiente (Art. 1767 del c.c.). Nada impide que la retribución sea efectuada proporcionalmente según el avance de la prestación y duración del encargo.

En cuanto al plazo, la norma ha establecido uno máximo de duración que es preciso puntualizar, pues el Art. 1768 del C.C. establece tres años si el locador es profesional y seis si no lo fuera. Son pues, labores personales que tienen cierta periodicidad en el tiempo debido a que requieren de cierto tiempo para su ejecución; de ahí, para algunos servicios su tracto sucesivo o temporalidad es su nota característica. Estamos ante un contrato que siempre será temporal.

Se trata de un trabajo humano sin importar el resultado y esto es lo que importa en este tipo de contratación.

Es un contrato bilateral, en razón de que siempre existirá uno o más comitentes (empleadores) y uno o más locadores (trabajadores).

La carencia de subordinación jurídica en la prestación es la característica esencial de este tipo de contratos.

Es un contrato consensual, pues requiere siempre de la exteriorización de la voluntad para dar inicio a la prestación, aunque, por las vicisitudes que siempre tiene este tipo de contratos, la práctica ha impuesto formalidades escriturables, muchas veces extremas, que las han llevado a que sean ad solemnitatem por la importancia económica del contrato.

Es un contrato conmutativo, en virtud de que las partes saben, a priori, en qué consistirá la prestación motivo del contrato.

Es un contrato que abarca cualquier servicio de los múltiples que se conocen y pueden realizarse como trabajo o ejercicio profesional (labor física o intelectual).

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS:

El art. 1769 del Código actual dispone que el locador puede poner fin a la prestación de servicios, por justo motivo, antes del vencimiento del plazo estipulado, siempre que no cause perjuicio al comitente. Tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados y a la retribución de los servicios prestados.

La disposición de este artículo queda justificada en el hecho de que habiendo el locador comprometido su actividad personal en provecho del comitente, no resulta adecuado que quede obligado a mantener la relación contractual, o sea obligado a continuar prestando sus servicios, cuando exista un motivo justo que determine la

convivencia de poner fin a la locación de servicios, más aún si no se causa ningún perjuicio al comitente.

El segundo párrafo de este artículo es una consecuencia necesaria del primero, porque si se autoriza al locador a poner fin justificadamente a la locación, resulta lógico que tenga derecho a que se le reembolse los gastos en que haya incurrido y, se le pague además, la retribución por los servicios prestados efectivamente.

Por lo demás en el capítulo de disposiciones generales se encuentra la regla en el sentido de que cuando no hay plazo estipulado, cualquiera de las partes puede poner fin al contrato, a su arbitrio. El Art. 1769 va más allá de esta regla, concediendo al locador (aunque se hubiera plazo), el derecho de poner unilateralmente fin a la prestación de servicios, siempre que se reúnan los requisitos a que nos hemos referido y que son: 1) que el locador tenga justo motivo; 2) que no se cause perjuicio al comitente la decisión unilateral del locador.

4.1.c). CONTRATO DE TRABAJO:

El contrato de trabajo puede definirse como un acuerdo de voluntades por el cual una de las partes llamada trabajador se compromete a prestar en forma personal y subordinada sus servicios a favor de otra llamada empleador, quien a su vez se obliga a pagarle una remuneración.

El Contrato de trabajo da inicio a la relación laboral, generando un conjunto de derechos y obligaciones para el trabajador y el empleador. Nuestra legislación no da un concepto del contrato de trabajo, sin embargo menciona los elementos esenciales de éste, conforme lo tenemos en el **Art. 4 del D.S. N° 003-97-TR TEXTO UNICO ORDENADO DEL D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y competitividad**

laboral: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato a plazo indeterminado”.

SUJETOS DEL CONTRATO DE TRABAJO:

Son sujetos del contrato de trabajo, el trabajador y el empleador.

EL TRABAJADOR.- Denominado también servidor, dependiente, asalariado, obrero o empleado, el trabajador es la persona física que se obliga frente al empleador a poner a disposición y subordinar su propia y personal energía de trabajo, a cambio de una remuneración. Es el deudor del servicio y el acreedor de la remuneración.

El trabajador ha de ser una persona física (varón o mujer), con la edad mínima o máxima permitida por ley para realizar el trabajo.

Todo trabajador desarrolla un esfuerzo físico y mental; sin embargo, en algunas actividades laborales predomina un determinado tipo esfuerzo más que otro, pero aquello no es causal de diferenciación, pues el principio laboral de igualdad de trato, no admite ninguna clase de discriminación.

Siendo así, y para los efectos de la aplicación del sistema normativo laboral vigente, podríamos optar por una clasificación genérica en función a la relación laboral que mantienen con el empleador. Esto es, en:

Trabajador común u ordinario.

Trabajador de confianza.

Trabajador de dirección.

POR TRABAJADOR COMÚN entendemos a cualquier persona natural, con vínculo laboral vigente, que no es trabajador de confianza o de dirección.

EL TRABAJADOR DE CONFIANZA es aquel que trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y que debido a la naturaleza de sus

funciones tiene acceso a los secretos industriales y operaciones de la empresa, estando sometido a un tratamiento jurídico laboral distinto al del trabajador común o de dirección. La definición acotada es recogida del Art. 43° del D.S.003-97-TR (Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

En la calificación del Trabajador de Confianza, intervienen factores eminentemente subjetivos, emanados del empleador en el ejercicio de sus facultades; pero también debe tenerse presente que existen factores objetivos, que caen en el campo de la buena fe, de la presunción de idoneidad y honestidad, que sirven de criterio para que el empleador, califique al trabajador como de confianza, y sin necesidad de conocerlo previamente le deposite su confianza, como sucede generalmente con los profesionales asesores.

EL TRABAJADOR DE DIRECCION es aquel que ejerce la representación general del empleador; y dirige las actividades económicas, encontrándose el personal subordinado a su cargo:

Es responsable de los resultados de la actividad empresarial. Un acertado ejemplo de esta clase de personal es el Gerente General, el Administrador. Sin embargo, acotamos que este trabajador, pese a su independencia funcional se encuentra subordinado al empleador. Este concepto es reproducido por el Art. 43° del D.S. 003-97-TR (Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

B) EL EMPLEADOR.- Es la persona natural o jurídica que proporciona el trabajo, contrata para tal efecto al hombre trabajador, ya sea directamente o indirectamente. El empleador es el dueño de los medios de producción, de la producción, de la empresa o del negocio. Conocido también como patrono o principal, el empleador es la persona que adquiere el derecho a la prestación de servicios y la potestad de dirigir la

actividad laboral del trabajador, que pone a su disposición la propia fuerza de trabajo, obligándose a pagarle una remuneración. Es el deudor de la remuneración y el acreedor del servicio.

La experiencia nos enseña que en la actualidad existen notorias discrepancias para calificar a un empleador, y éstas se han generado precisamente con el afán de evadir los derechos laborales. Explicamos luego algunos supuestos, a fin de disipar dudas.

- **PRIMER SUPUESTO:** cuando el que contrata los servicios no es el empleador. En este supuesto, puede tratarse de una agencia de colocaciones, cuya única finalidad es seleccionar el personal requerido por las empresas, y por tal servicio gana una comisión. Estas agencias no son empleadores para el personal que colocan; pero para su personal de planta, o sea el personal de dicha empresa, si lo son.
- **SEGUNDO SUPUESTO:** cuando no ha existido un contrato directo ni indirecto con el empleador, sino con su antecesor, pero el trabajador se encuentra en relación de dependencia con éste, en base a un vínculo laboral sin solución de continuidad. En este supuesto, podríamos encontrarnos ante una transferencia del negocio, por ejemplo; siendo así en base al principio laboral “persecutorio del negocio” el empleador viene a ser el último patrón.
- **TERCER SUPUESTO:** cuando el empleador ha sido suplantado provisionalmente, por medida judicial o extrajudicial a consecuencia de un proceso de reestructuración empresarial, de Promoción de la Inversión Privada, u otras modalidades afines, y el trabajador continúa prestando sus servicios sin solución de continuidad. En este caso el empleador sigue siendo

el mismo, y el interventor o nuevo administrador, viene a ser solamente su representante.

ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO:

La doctrina es muy variada respecto a este punto, considero que los elementos serían de tres tipos:

- a) Genéricos
- b) Esenciales
- c) Típicos

1.- ELEMENTOS GENERICOS.- Son aquellos que tienen todos los actos jurídicos, y por lo tanto todos los contratos; éstos son: 1) Agente capaz, 2) Objeto física y jurídicamente posible, 3) Fin lícito y 4) Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

El Art. 140 del Código Civil peruano, los refiere expresamente.

- **AGENTE CAPAZ.** Se refiere a la capacidad legal, o sea a la actitud que tiene la persona para ser titular de derechos o para ejercitarlos. Por eso la capacidad comprende dos modalidades: Capacidad de Derecho o goce y la Capacidad de ejercicio o de obrar.
- **OBJETO FISICA Y JURIDICAMENTE POSIBLE.** Este elemento comprende dos aspectos. Cuando hablamos de objeto físicamente posible, nos referimos a un objeto real, concreto. En el caso del contrato de trabajo, el objeto físico es el desarrollo de un trabajo mismo, por ejemplo un músico puede trabajar en una orquesta tocando el instrumento que domina, en tal caso el objeto es físicamente posible. Por otra parte, cuando mencionamos que el

objeto debe ser jurídicamente posible aludimos a un trabajo, permitido por la ley, por ejemplo cuando contratamos a un abogado colegiado para que defienda en los Tribunales del país.

- **FIN LICITO.** El propósito del contrato no debe contravenir el orden jurídico ni moral de la colectividad. En el caso del contrato de trabajo, no se podría contratar a una persona para que preste sus servicios en actos delictivos o deshonestos.
- **FORMA PRESCRITA POR LA LEY.** Los contratos pueden adquirir una forma determinada por la ley para darle seguridad como es el caso de los contratos de trabajo sujetos a modalidad; sin embargo hay otros contratos que no requieren ninguna formalidad, basta acreditar la relación laboral para demostrar su existencia, como puede suceder con los contratos de trabajo típicos. El presupuesto jurídico de no exigencia de forma se sustenta en el principio laboral del **CONTRATO REALIDAD**, reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, y también amparado por nuestro sistema laboral, pues la primera parte del Art. 4º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dice: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

B.- ELEMENTOS ESENCIALES.- Son aquellos elementos constitutivos del contrato de trabajo. Para la existencia del contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos esenciales:

- a) Prestación personal de servicios
- b) Subordinación

c) Remuneración.

- **PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS.**- Significa que la ejecución del contrato se materializa con el trabajo personal. De ahí que el carácter “personalísimo” es inherente al contrato de trabajo. El trabajador pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, debiendo prestar los servicios en forma personal y directa.

A lo que el trabajador se obliga es a trabajar, que en la terminología jurídica es “prestar servicios”.

El Art. 5º del D.S. 005-97-TR. Taxativamente dice al respecto:

“Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores”.

-SUBORDINACIÓN.- Consiste en el poder de mando del empleador y el deber de obediencia del trabajador. Viene a ser el vínculo en virtud del cual, el trabajador está sometido a la dirección, control y fiscalización del empleador.

La subordinación constituye el elemento fundamental y exclusivo del contrato de trabajo, puesto que los otros contratos de servicios por cuenta ajena, como la de locación de servicios son cumplidos con autonomía.

El Art. 9º del D.S.Nº 003-97-TR, nos proporciona el siguiente concepto de subordinación:

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar

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

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

- **REMUNERACIÓN.**- Sensu lato, es el pago periódico del precio de la prestación personal; sin embargo, debe tenerse presente que dada la naturaleza social del trabajo, la remuneración está revestida de un carácter ALIMENTICIO, que la distingue de cualquier otro pago. La remuneración puede adquirir otras denominaciones tales como: salario, sueldo, compensación, bonificaciones, etc.; sin embargo no pierde su naturaleza, que es el precio del trabajo prestado. En tal sentido se presenta casi siempre como la suma de varios conceptos que la ejecución del trabajo origina.

Recurriendo a nuestro sistema normativo el Art. 6° del D.S. N° 003-97-TR, define la remuneración de la siguiente manera:

“Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición. La alimentación otorgada en crudo o preparada y las sumas que por tal concepto se abonen a un concesionario o directamente al trabajador tienen naturaleza

remunerativa cuando constituyen alimentación principal del trabajador en calidad de desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena”.

ELEMENTOS TÍPICOS.- Los elementos típicos, son ciertas características que los ordenamientos laborales buscan fomentar por cuanto su presencia favorece a los trabajadores.

En sí ayudan a determinar la verdadera naturaleza de la relación cuando ésta es controvertida.

Los elementos que suelen calificar a una relación de trabajo como “típica” o “atípica” son los siguientes:

La duración de la relación: el contrato de trabajo puede ser a plazo indefinido o encontrarse sujeto a modalidad.

La duración de la jornada: que puede ser a tiempo completo o a tiempo parcial.

El lugar de prestación del servicio: el mismo que puede realizarse en el centro de trabajo o fuera de él.

El número de empleo (o empleadores) que tiene el trabajador: los servicios que se presten pueden ser exclusivos para un solo empleador o se puede estar pluriempleado.

BOZA PRO indica que es un contrato de trabajo “típico” aquel que se establece por tiempo indefinido, se presta en el centro de trabajo, en una jornada completa y en forma exclusiva desnaturaliza el contrato de trabajo, únicamente convierte en “atípica” la relación de trabajo.

CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO:

El contrato de trabajo tiene los siguientes caracteres:

- A) **CONSENSUAL.**- nace del simple acuerdo de voluntades de las partes.
- B) **BILATERAL.**- existe el interés de dos partes; trabajador y empleador, cada una de las partes se obliga a cumplir una prestación.
- C) **ONEROSO.**- cada parte debe cumplir con una prestación que signifique desprenderse de algo en beneficio de la otra; la fuerza de trabajo (trabajador) y la remuneración(empleador).
- D) **CONMUTATIVO.**- en el momento de la celebración del contrato ya se conocen las prestaciones a cargo de ambas partes, entrega de la fuerza de trabajo (trabajador) y pago de la remuneración (empleador).
- E) **TRACTO SUCESIVO.**- Su ejecución se da en el transcurso de tiempo a través de prestaciones que se ejecutan permanentemente.

4.1.d) SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE LOCACION DE SERVICIOS Y EL CONTRATO DE TRABAJO:

El contrato civil de locación de servicios y el contrato de trabajo, tienen las siguientes semejanzas y diferencias:

- 1) Mientras la subordinación y dependencia es característica especial y tipificante del contrato de trabajo, en cambio, en el contrato civil de locación de servicios, las prestaciones se realizan en forma independiente.
- 2) En el contrato civil de locación de servicios los contratantes deben necesariamente ser mayores de edad y capaces para la validez del mismo, en

cambio, en el contrato de trabajo, el Código del Niño y Adolescentes autoriza el trabajo de menores de 14 años.

- 3) En el contrato civil de locación de servicios la voluntad de las partes es amplia y decisiva para precisar las condiciones de trabajo, modificarlo o extinguirlo, en cambio, en el contrato de trabajo no existe libertad plena, pues las partes deben someterse a la legislación laboral limitada en relación a la jornada de trabajo, salarios, vacaciones, etc.
- 4) En el contrato civil de locación de servicios las partes pueden renunciar a sus derechos e inclusive transigir sobre ellos, en cambio, en el contrato de trabajo los derechos de los trabajadores son irrenunciables y no pueden ser materia de transacción.
- 5) En el contrato civil de locación de servicios la relación se extingue por causales propias previstas en los Artículos 1762, 1769 y 1786 del C.C., en tanto, en el contrato laboral, la relación se extingue por las causales previstas en el Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- 6) En el contrato de trabajo la regla general es el tiempo indefinido, y excepcionalmente el contrato a plazo fijo, en cambio, en el contrato civil de locación de servicios la regla general es el contrato a plazo fijo y excepcionalmente a tiempo indeterminado.
- 7) El contrato de trabajo es usualmente para los trabajadores sin calificación extraordinaria, en tanto, el contrato civil de locación de servicios es fundamentalmente para profesionales y empresarios que trabajan por su cuenta en algún servicio técnico. Así por ejemplo, abogados, médicos, ingenieros, gasfiteros, electricistas, etc.

4.1.e) PRINCIPIOS PROPIOS DEL DERECHO DE TRABAJO:

El derecho del trabajo posee, además, principios propios de interpretación y aplicación. La interpretación laboral, si bien parte del sistema interpretativo general, establece luego reglas especiales, inspiradas en el principio protector. Entre éstas, merecen ser destacadas especialmente las siguientes:

1. **“In dubio pro operario” (La duda favorece al trabajador)**, según el cuál, el juez o intérprete, en presencia de una norma laboral de la cual sea posible deducir varios sentidos, deberá escoger aquella interpretación que sea más favorable al trabajador. (Este principio se encuentra expresamente sancionado en el Art. 26.3 de la Constitución).
2. **La norma más favorable**, por el cual, en caso de coexistir varias normas laborales aplicables a una situación concreta, el intérprete deberá optar por la que resulte más favorable al trabajador, aunque no fuere la que hubiere correspondido aplicar de acuerdo a los criterios clásicos sobre jerarquía de las normas jurídicas.
3. **La condición más beneficiosa**, principio que supone la existencia de una situación contractual anteriormente reconocida y determinada que ella debe ser respetada en la medida en que sea más favorable al trabajador que la prevista por la nueva norma que ha de aplicarse.
4. **Primacía de la realidad**, en virtud del cual, frente a eventuales discrepancias entre lo que aparece formalmente estipulado y el comportamiento real que asumen las partes en la ejecución de la relación laboral, debe prevalecer éste último; es decir, lo que sucede en el terreno de los hechos. Esta primacía de la

situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación laboral y ha determinado que el contrato de trabajo sea conceptualizado como un “contrato realidad”. En aplicación de este principio, cuando se trate de dilucidar si una relación jurídica se encuentra o no comprendida en el ámbito de la protección laboral, se debe pasar sobre los aspectos formales para atender a si en el comportamiento real de las partes se verifican los presupuestos de existencia del contrato de trabajo. Igualmente, en la esfera misma de lo laboral, primará sobre cualquier estipulación dicho comportamiento. Ahora bien, este principio, dado su carácter tuitivo, solamente es susceptible de ser invocado en beneficio del trabajador, cuando de la realidad se desprende que le corresponden un status o beneficios superiores a los que lo estipulado le concede.

El principio civilista de la libre regulación individual de las condiciones de los contratos ha sido sustituido en el terreno laboral por una amplia regulación colectiva, que vincula a los trabajadores como categoría y les permite negociar a ese nivel con el empleador las condiciones generales a las que deben someterse el conjunto de contratos individuales de trabajo, pudiendo valerse para obtener mejores condiciones incluso de la presión que implica la huelga, algo inadmisibles por el Derecho Civil. Así, se ha hecho posible una regulación autónoma de las relaciones de trabajo por los grupos inmediatamente interesados en ellas, dentro de la cual los contratos colectivos tienen por misión superar los beneficios mínimos que las leyes otorgan al trabajo. De esta forma, el Derecho del Trabajo adquiere un carácter dinámico, es un derecho vivo, cambiante, en constante perfeccionamiento.

Las organizaciones colectivas de empleadores y, sobre todo, las de trabajadores, adquieren pues, al igual que el Estado, la condición de actores del contrato de trabajo, ya que, si bien no son sujetos del mismo, intervienen decisivamente en su regulación.

De acuerdo a lo expuesto, puede deducirse que el Derecho del Trabajo es un derecho autónomo, que no es fruto de la evolución del Derecho Civil, ni sigue sus postulados fundamentales. Más bien, poniendo de manifiesto la irrealidad de estos y las injusticias de su aplicación permite, le arrebató un sector de las relaciones que antes se encontraban bajo su competencia (la prestación subordinada de trabajo) y establece nuevos postulados y principios, así como normas adecuadas, a fin de brindar una regulación distinta a dichas relaciones, acorde con su naturaleza.

4.1.f). USO Y ABUSO DE LA CONTRATACION CIVIL DE SERVICIOS:

Con la suscripción del contrato de Versailles (1919) se dio inicio a la humanización del derecho del trabajo, fase final y actual de nuestra disciplina jurídica y la orientación para entender el trabajo como una actividad humana y no como una mercancía como hasta entonces se conocía. Dentro de esta visión moderna se ha dictado toda una agresiva legislación social para proteger a los trabajadores, a fin de que su trabajo no los strece, inhabilite, enferme o accidente; por eso, los más democráticos han puesto énfasis, casi asfixiante, sobre este tema, legislando sin cesar las condiciones de trabajo; a la inversa, los países llamados emergentes o sub-desarrollados han rezagado peligrosamente este dominio.

Ha de tenerse en cuenta que una de las consecuencias más importantes, primero de la crisis económica que golpeó la economía peruana desde mediados de los años setenta y más tarde los procesos de apertura comercial y financiera de los noventa, ha sido la

de forzar a las empresas nacionales a reducir sus costos y reforzar su competitividad con el fin de poder subsistir en un mercado cada vez más inestable. Ello incluye, naturalmente, los costos de la fuerza de trabajo, cuya incidencia se ha venido buscando aminorar en los últimos años por diversas vías.

La más conocida de todas ellas esta constituida por la denominada "flexibilización" de las relaciones entre la empresa y su personal, y que en realidad no supone otra cosa que la degradación del tipo de vínculo contractual establecido con el mismo. El objetivo perseguido en este caso es el de tratar de sustituir los contratos de trabajo por tiempo indefinido, que hasta entonces habían venido operando como forma ordinaria de inserción laboral, por los de duración determinada, en atención a la mayor capacidad de maniobra que ofrecen éstos últimos al empleador para adecuar el volumen de trabajadores a las fluctuantes condiciones del mercado, así como a los menores costos que suponen. Esta sustitución ha venido facilitada, por lo demás, por la introducción de una legislación cada vez más permisiva de la utilización de este tipo de contratos, a la vez que eliminadora de las restricciones para el despido. Los resultados del proceso de eventualización promovido de este modo desde el propio Estado son claramente visibles dentro de la actual estructura del empleo.

Al lado de esta primera vía de abaratamiento de los costos de la fuerza de trabajo se sitúa, sin embargo, otra más radical, aunque no por ello incompatible con la anterior. Se trata de la evasión de la aplicación de la legislación laboral, mediante el empleo de una variedad de mecanismos elusivos de distinto tipo. Lo que en este caso se persigue es añadir a la mayor maniobrabilidad característica de los contratos de trabajo de duración determinada, una reducción de los costos laborales muy superior, derivada

tanto del incumplimiento de las demás obligaciones de carácter laboral como el no pago de las contribuciones sociales.

Hoy a nadie en el mundo le cabe la menor duda de que la flexibilidad laboral como antídoto contra el desempleo, argumento con el cual se le lanzó como doctrina justificándola, nunca funcionó ni podía funcionar, porque sus medidas normativas producen directa e indirectamente desempleo. A fines de 1977, el número de trabajadores con contratos temporales se había multiplicado en Lima Metropolitana nada menos que por cinco respecto del existente en 1989 (se pasó de 42,464 a 214,076 trabajadores eventuales), en tanto que en el mismo periodo los operarios con contrato de duración indeterminada se redujeron en un 20% (438,420 a 352,197).

Las estadísticas laborales son expresivas de hasta que punto este proceso de deslaborización fraudulenta no sólo ha acompañado al de eventualización, sino que lo ha superado con creces. De ellas se deduce, sin embargo, que la vía prioritariamente utilizada a tales efectos ha estado constituida, al margen de todas las demás posibilidades mencionadas, por el no acatamiento sin más de la legislación laboral. Expresión de ello es el espectacular incremento que alcanza la categoría de los denominados trabajadores “sin contrato”, privados de hecho de todo beneficio laboral, cuyo número se multiplicó en Lima Metropolitana entre los años 1989 y 1997 (de 272,756 personas en esta situación se pasó a 551,663), llegando a representar el año 2000 nada menos que el 41% de la fuerza laboral. Para ello basta comprobar que el número de quienes, pese a declararse asalariados en las encuestas de hogares, indicaron que han sido contratados a través de la modalidad de “servicios no personales”, percibiendo sus retribuciones a título de “honorarios profesionales”,

alcanzó en el año 1999 la cifra de 109,787 personas, lo cual supone un 2.8% de los asalariados en el sector privado a nivel nacional.

Es más este tipo de situaciones se presentan también en el sector público, donde la cifra de contratados bajo esta modalidad alcanzó en 1999 las 51,424 personas, lo cual supone alrededor de 1% del total. Naturalmente, la explicación de este dato no puede radicar, a diferencia de lo que ocurre en el caso del sector privado, en la necesidad de reducir costos laborales para reforzar la competitividad de las unidades productivas. En realidad, el mismo nos sitúa delante de una función adicional del contrato de locación de servicios, no explicitada hasta ahora pero tan relevante para el ámbito administrativo como aquella en la que se viene tratando respecto a la empresa privada. *Esta es la de servir para eludir las restricciones impuestas por las leyes anuales de presupuestos del Estado a la contratación de nuevo personal, tanto por la vía administrativa o como laboral. Es así como, amparándose en el hecho de que tales limitaciones no afectan a la contratación de servicios bajo regímenes distintos de los mencionados, diversos organismos e instituciones públicas han venido celebrando en los últimos años de forma más o menos frecuente contratos de locación de servicios con el fin de proveerse de personal para la realización de las más diversas labores, muchas de ellas constitutivas de auténticas prestaciones de servicios bajo dependencia. Inclusive, este uso claramente irregular del contrato de locación de servicios intentaría ser instrumentalizado más adelante por el propio Estado, al autorizar mediante decretos de urgencia a ciertos organismos públicos a recurrir a estos contratos para satisfacer sus necesidades de efectivos. El Estado, que debe actuar como garante último del cumplimiento de la legislación laboral y administrativa, ha terminado, de este modo, por participar de la estrategia de*

ciertas empresas privadas, intentando aprovechar para si las “ventajas” que supone la celebración del contrato de locación de servicios, tanto por su limitada duración como por la inexistencia de derechos laborales y obligación de pago de contribuciones sociales.

Dentro de las Políticas de estado que el presente régimen viene implementado con respecto al personal contratado, por la modalidad de servicios personales y otros. La Ley del Presupuesto N° 27879, para el año 2003 establece en el numeral 13.1 que los contratos por servicios no personales o de locación de servicios para nuevo personal, podrán ser suscritos única y exclusivamente por un plazo no mayor a seis meses no renovables. También en el numeral 13.3 indica que los contratos que contravengan el presente numeral, serán nulos de pleno derecho, sin perjuicio de la responsabilidad del funcionario del Pliego que autorizó tales actos.

De igual forma para el presente año, los Contratos de Locación de Servicios suscritos por la Oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud Puno, tienen como fundamento Legal lo siguiente:

- Ley N° 28128 Ley del Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal 2004.
- Ley N° 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
- Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, en adelante la Ley.
- Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por D.S.N° 013-2001-PCM, en adelante el Reglamento.

- Ley N° 27657 Ley del Ministerio de Salud.

La Ley del Presupuesto para el presente año fiscal N° 28128, en su artículo 14° relacionadas con las medidas de Austeridad señala:

1. En materia de Personal

- a) Sólo podrán ingresar al servicio del Estado, cuando se cuente con la plaza presupuestada.
- b) La modalidad de nombramiento en plaza presupuestada, sólo procede cuando se trate de magistrados del Poder Judicial, fiscales del Ministerio Público, docentes universitarios, profesionales y asistenciales de la salud, docentes del magisterio nacional, del personal egresado de las Escuelas de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y de la Academia Diplomática.

2. En materia de ingresos personales

- a) Suspéndese la aprobación de escalas remunerativas hasta que se apruebe el nuevo régimen de la Carrera Administrativa y el nuevo sistema de Remuneraciones del estado.
- b) Los pliegos presupuestales no podrán aprobar disposiciones que incrementen remuneraciones, así como aumentar cualquier tipo de asignaciones, primas, bonificaciones, comisiones, racionamiento y/o movilidad.
- c) Prohíbese la recategorización y/o modificación de plazas, que se orienten al incremento de remuneraciones.

- d) Prohíbese efectuar gastos por concepto de horas extras, independientemente del régimen laboral que las regule.
- e) Prohíbese efectuar pagos al personal activo y cesante que no se ciñan a la normatividad vigente.

3. En materia de bienes y servicios.

- a) Prohíbese todo tipo de gasto orientado a la celebración de agasajos por fechas festivas que implique la afectación de recursos públicos o de fondos del CAFAE.
- b) Sólo podrán celebrarse contratos de servicios no personales y/o locación de servicios con personas naturales, siempre que:
 - Los recursos destinados a celebrar tales contratos estén previstos en sus respectivos presupuestos autorizados.
 - El locador que se pretenda contratar no realice actividades o funciones equivalentes a las que desempeñe el personal establecido en el CAP de la entidad, debiendo efectuar funciones de carácter temporal y eventual.

Ello conduce a que las Instituciones Públicas del estado a nivel nacional opten en contratar por esta modalidad (locación de servicios), ya que está totalmente prohibido la contratación de personal sin que cuente con plaza presupuestada, es decir no se puede incrementar la PEA de las Instituciones Públicas o Privadas.

Las otras leyes, tanto el Texto Unico Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como su Reglamento no son más que normatividades básicas que contienen los límites mínimos y máximos que deben observar las

Entidades del Sector Público, dentro de criterios de racionalidad y transparencia, en los procesos de adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se deriven de los mismos.

Dichos procesos comprenden todos los contratos que estén destinados a obtener bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de las funciones del Estado. Para tal efecto, antes de iniciar los procesos de adquisición o contratación coordinará con las dependencias de las cuales provienen los requerimientos y efectuará estudios de las posibilidades que ofrece el mercado, de modo que se cuente con la información para la descripción y especificaciones de los bienes, servicios u obras, así como para definir los valores referenciales de adquisición o contratación, la disponibilidad de los recursos y el proceso de selección mediante el cuál se realizará.

A parte, los contratos mencionados adolecen de la normatividad principal que es el Código Civil por cuanto es la norma medular que define, explica y sustenta el contrato de locación de servicios. Peor aún del tenor de los contratos se desprende que los locadores son contratados como Profesionales de la salud, asignándoles funciones similares a los nombrados con evidente subordinación y dependencia comprobada en el horario de trabajo que se desarrolla de 6 a 8 horas diarias.

Un contrato de trabajo como el que se evidencia NO PUEDE SER SUSTITUIDO POR UNO DE LOCACION DE SERVICIOS, sólo en razón de la temporalidad de la labor que es materia del mismo. En el régimen laboral de la actividad privada está plenamente regulada la contratación a plazo fijo para el caso de actividades temporales o eventuales, la misma que describe el cumplimiento de requisitos formales sin los cuales el contrato es nulo e inexistente. . Cuando del texto del contrato se deduce que el accionante ha sido contratado para ejecutar labores de

carácter permanente, bajo subordinación y dependencia, es decir en el contexto de una típica relación laboral. En estas circunstancias, la terminación de la relación sin causa ni formalidad alguna, constituye un despido arbitrario de la ley. (Exp. N° 2219-99-CD, Segundo Tribunal de Trabajo de Lima).

- **PRONUNCIAMIENTO DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR SALUD.**-Los trabajadores asistenciales de la Región de Salud, sujetos bajo el régimen del contrato de locación de servicios, vienen laborando desde hace 9 años sin gozar de derechos laborales del sector público, como vacaciones, escolaridad, fiestas patrias, navidad, licencias por salud, por fallecimiento entre otros; además con los sueldos paupérrimos y congelados desde el año 1995: Técnicos en enfermería S/. 400.00 nuevos soles; Odontólogos, Enfermeras y Obstetrcices S/. 600.00; Médicos S/. 1,200.00 nuevos soles; y siendo considerados ajenos al Ministerio de Salud muy a pesar de realizar labores análogos al personal nombrado, e inclusive con más horas de permanencia en los Centros y Puestos de Salud del ámbito Regional. (Ver ANEXO N°09)
- Los trabajadores contratados por locación en el Ministerio de Salud (Dirección Regional de Salud - Puno), vienen siendo contratados mensualmente (Contratos mes por mes) ver ANEXO N°02, laborando bajo presión psicológica por las constantes intimidaciones del trabajo por parte de los funcionarios de turno de la DISA-Puno.
- Claro ejemplo de la Dra. Neyra (No cito nombres completos, por no tener su aceptación) del Centro de Salud LARAQUERI, Jurisdicción del Hospital

Regional Manuel Nuñez Butrón, en la que sin mediar justificación alguna, le rescindieron su contrato, sin tomar en cuenta sus años de servicios (Más de 4 años) pretextando tardanzas y faltas injustificadas del mes de diciembre del 2003. Ver ANEXO N°05

Todos sabemos que bajo esta modalidad NO EXISTE SUBORDINACION, es decir no se debe marcar tarjetas de control de asistencia o cualquier otro medio de control. Sin embargo, pese al conocimiento de la normatividad por parte de la Oficina de Asesoría Legal de la DISA, no imparte conocimientos de las leyes a los Centros y Puestos de Salud, porque en el presente caso, se tiene un Parte diario de asistencia del Centro de Salud-Laraqueri día por día, firmando la entrada por las mañanas y la salida por las tardes, además de rubricar sus guardias comunitarias.

- Otro ejemplo claro del abuso de los funcionarios de turno, se presentó en el Centro de Salud OLLARAYA de la REDESS Yunguyo, con la Obstetriz de apellido Rosas (De igual forma no cito nombre completo por no tener autorización), pese a que de acuerdo con la programación del rol de trabajo, se encontraba en su día libre. Sucede que el 15 de septiembre del 2003, se produce la muerte materna (ver ANEXO N° 06) de la Sra. Milma Eloisa Chura Arratia, el mismo día en que se encontraba en su día libre la obstetriz. Dicha occisa fue atendida por una partera de la comunidad, sin siquiera llevarla al centro de Salud, muy a pesar que ella se encontraba el equipo de trabajo, una enfermera y una técnico (personal nombrado de la DISA), no se encontraba el médico porque según rol estaba destacado al Hospital de Yunguyo pese a que su plaza era Ollaraya. La pita se cortó por la parte más débil, ya que la sacaron del centro de trabajo, pretextando la muerte materna,

sin tomar en cuenta los logros personales que tenía, el día libre en que se encontraba y los años de servicios que tenía (más de 3 años).

A la fecha laboran bajo esta modalidad 414 servidores entre médicos, odontólogos, enfermeras, obstétrices y personal técnico, los cuales en el presente año han sido despedidos arbitrariamente y en forma sistemática en los meses de enero y febrero del presente año 39 trabajadores por Locación de servicios, los mismos que han sido amedrentados ante su reclamo y siendo reemplazados estas plazas sin concurso y colocados "a dedo" por las autoridades de turno y sujetos a actos de corrupción (coimas); haciendo la promesa de reubicarlos posteriormente a los salientes. Como se observan en los cuadros siguientes:

PERSONAL ASISTENCIAL CONTRATADO POR LOCACIÓN DE SERVICIOS DE LA DISA PUNO SEGÚN REDESS- 2004

REDESS	Medico	Odont.	Obstetriz	Enfer.	Tec.Enf.	Tec.Lab.	TOTALES
AZANGARO	4	1	10	8	12	2	37
CHUCUITO	3	1	14	14	20	2	54
COLLAO	2	-	4	10	21	-	37
HUANCANE	6	1	7	9	48	-	71
MACUSANI	2	-	6	7	22	2	39
MELGAR	4	-	7	5	30	1	47
PUNO	7	3	7	22	19	-	58
SANROMAN	3	-	3	7	4	-	17
SANDIA	2	-	8	6	15	2	33
YUNGUYO	2	-	-	8	4	-	14
LAMPA	-	-	2	-	5	-	7
TOTALES	35	6	68	96	200	9	414

Fuente:DISA PUNO

PERSONAL DE LOCACIÓN DE SERVICIOS DESPEDIDOS ARBITRARIAMENTE EN LOS MESES ENERO Y FEBRERO DEL 2004

REDESS	Medico	Odont.	Obstetriz	Enfer.	Tec.Enf.	Tec.Lab.	TOTALES
AZANGARO	0	0	1	1	0	1	3
CHUCUITO	0	0	1	2	2	1	6

COLLAO	0	0	1	1	2	0	4
HUANCANE	0	0	1	1	2	0	4
MACUSANI	0	0	1	1	2	0	4
MELGAR	0	0	2	1	2	0	5
PUNO	0	1	2	3	1	0	7
SANROMAN	0	0	0	1	0	0	1
SANDIA	0	0	1	1	1	1	4
YUNGUYO	0	0	0	0	1	0	1
LAMPA	0	0	0	0	0	0	0
TOTALES	0	1	10	12	13	3	39

FUENTE: DISA PUNO

- Sucede que solo 06 de los 39 han iniciado procesos judiciales, el resto no por temor a las represalias, pensando y anidando esperanzas de poder ser contratados nuevamente. En conversaciones con ellos, sostienen que muchos son los únicos que sostienen sus hogares y que cualquier acción ante la Corte Superior de Justicia les acarrearía inversión de dinero, que no cuentan, por consiguiente solamente están en lista de espera y se resignan con ello.
- Se interpuso ante el Primer Juzgado Mixto de Puno, una demanda constitucional de Acción de Amparo por parte de la Dra. DORA ELIZABETH APAZA APAZA, en contra del Dr. Percy Barriga Rivera y otros, en su calidad de Director de la Dirección Regional de Salud-Puno en el Expediente N° 101-2003. Sucede que la recurrente es médico de profesión y en condición de tal ha sido contratada por locación de servicios, luego de un proceso de evaluación en el cargo de Médico del Centro de Salud-Chucuito desde el 1° de marzo del 2000, oportunidades que han venido renovando los contratos en forma permanente hasta el 31 de diciembre del año 2002, debiendo indicar que la renovación de los contratos se efectuaron en razón de que se trataba de una plaza orgánica y presupuestada; y que al cabo de seis

meses me cambiaron de contrato por el de trabajo, sin embargo las mencionadas renovaciones se efectuaron unas veces cada tres meses y en otras inclusive cada mes atentando de este modo al derecho laboral y mis derechos adquiridos. En la actualidad vengo desempeñándome como médico en el centro de salud Tiquillaca en mérito a una acción completamente ilegal, ya que no cuento con contrato de trabajo y olo que es más no se me viene pagando los haberes correspondientes a los meses de enero y febrero del 2003, de modo tal que en la actualidad la recurrente tiene 3 años de trabajo ininterrumpidos en el sector Salud sin que haya gozado a la fecha de vacaciones, y en la actualidad he sido trasladada a un lugar no habitual violándose de este modo lo expresamente dispuesto por el Art. 78 del D.S.005-90-PCM en razón de que en ningún momento indique mi aceptación a este ilegal desplazamiento. El Director del Hospital Regional Manuel Nuñez Butrón en diversas oportunidades a partir del mes de enero del 2002 intentó dejar sin efecto la relación laboral que mantenía con el estado intentando desconocer de plano lo expresamente dispuesto por la Ley 24041 que establece con suma claridad que todo trabajador público contratado para realizar labores de naturaleza permanente y que tengan más de un año de servicios ininterrumpidos no pueden ser cesados ni destituidos sino previo proceso administrativo, lo que motivó que tuviera que recurrir en diferentes oportunidades ante la Fiscalía de prevención de delito a efecto de evitar el indicado abuso de autoridad en mi agravio. Este hecho en defensa de mis derechos laborales y constitucionales ha significado que posteriormente al momento de calificarme para el nombramiento conforme a ley, se tomaran

represalias en mi contra al punto de denegarme el nombramiento en base a requisitos que no son exigidos por ley. Que mediante ley N° 27438 promulgada el 22 de marzo del 2001, se dispone el nombramiento del personal contratado en el sector salud y demás Instituciones del sector público, cuyo único requisito era de que los trabajadores contratados cuenten con una experiencia laboral no menor de dos años continuos o cuatro años acumulados. La recurrente ha cumplido largamente con los requisitos señalados por ley.

El fallo del juez es declarando FUNDADA en parte la demanda de garantía Constitucional SUSPENDASE el trámite de ascenso y reasignación del personal de salud para la plaza de médico de Chucuito REPONGASE las cosas al estado anterior de la violación constitucional. IMPROCEDENTE la pretensión sobre nombramiento de la demandante en el cargo de médico. REGULARICESE el pago de haberes correspondientes de los meses de enero y febrero. La sala Civil conformada por los magistrados GALLEGOS GALLEGOS, RIVERA DUEÑAS y SALINAS MÁLAGA en su recurso de apelación interpuesto por la demandante CONFIRMARON la sentencia apelada en el extremo que REVOCARON la sentencia en el extremo apelado que dispone declarar IMPROCEDENTE la pretensión de nombramiento solicitada por la demandante, reformándola declaran FUNDADA la demanda de acción de amparo en este extremo y reponiendo las cosas al estado en el que se cometió el vicio, dispusieron que se emita nueva resolución en relación al recurso de revisión presentado por la demandante DORA ELIZABETH APAZA APAZA.

- Ante la Defensoría del Pueblo se han presentado solicitudes de intervención, para el caso materia de investigación en número de 03 el año 2003. Es así, que la servidora Técnico en enfermería Elsa Sucasaire Uturnco, presentó ante la Defensoría del Pueblo una solicitud de intervención, refiriendo que el 10 de marzo del 2003, interpuso ante la Dirección Regional de Salud de Puno, un recurso de reconsideración, que a la fecha no fue contestada (09 de mayo 2003), a efecto de que se deje sin efecto el Memorandum N° 114-2003-ADM-HR-MBP-PUNO, en la cual se indica que la mencionada servidora fue contratada por servicios no personales, habiéndosele rescindido el contrato por limitaciones presupuestarias. Sucede que el recurso impugnativo presentado, no ha sido resuelto con las formalidades y en los plazos establecidos por ley. La Defensoría del Pueblo de la Oficina Puno, remitió al Director del Hospital Regional Manuel Nuñez Butrón la carta N° 641-03-ODDP/PUN/AE-PVA, el 12 de junio del 2003, requiriendo información sobre dicho caso. Al no haber sido atendido el requerimiento fue reiterado mediante carta N° 717-03-ODDP/PUN/AE-PVA. Recién el 8 de julio, el Director del Hospital Regional contesta a la Defensoría del porque la decisión tomada en contra de la trabajadora.

Sin embargo, es necesario precisar que el artículo 26 de la Ley 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo señala que es competente para formular recomendaciones para la adopción de nuevas medidas, pero no para obligar al Funcionario la

reposición, por cuanto es competencia única del Órgano Judicial. Ya que contestaron la Reconsideración declarándola Improcedente.

- Se tiene en giro una demanda constitucional de Acción de Amparo, incoado en contra del Director Regional de Salud y otros, ante el Primer Juzgado Mixto de Puno, interpuesta por Liana Lizbet Gallegos Apaza en su calidad de técnico en enfermería del Puesto de Salud de Chacocollo, de la REDESS Chucuito, dependencia de la Dirección Regional de Salud-Puno. La recurrente a partir del 01 de enero del 2002 laboró en el Puesto de Chacocollo, hasta el 12 de febrero del 2004 bajo la modalidad de contrato por locación de servicios, desempeñando labores de naturaleza permanente, supeditado a un horario de trabajo y subordinado a un Jefe. Sucede, que en circunstancias en que la recurrente hacía uso de sus días libres, conforme al rol de asistencia del personal, en fecha 02 de febrero del 2004, se habían constituido dos profesionales de salud al Puesto de salud de Chacocollo lugar donde laboro, siendo una Obstetriz y una Técnico en enfermería, portando la carta N° 081-2004-DGS-PUNO-REDESS-CHUCUITO-J/D. Por el que se me obliga la entrega de cargo a éste nuevo personal, aduciendo rescisión de mi contrato, más ni siquiera me hicieron conocer dichos documentos hasta la interposición de la presente demanda. Al indagar sobre mi situación laboral y el porque de mi salida, sólo he recibido respuestas evasivas y malos tratos y que era decisión de la Dirección Regional de Salud. Señor Juez en forma intempestiva se me ha cesado del trabajo, sin que haya cometido falta disciplinaria y sin haberseme impuesto sanción de cese o destitución, previo proceso administrativo disciplinario, este retiro abrupto en forma absurda e ilegal y

arbitraria, por lo que se debe ordenar mi reposición en el trabajo en virtud del art. 1° de la Ley 24041. Por tanto no se puede alegar de que los contratos que se adjuntan, son contratos por locación de servicios y sujetos al código civil, cuando se distingue claramente la subordinación.

El Primer Juzgado mixto de Puno RESUELVE admitir en la vía de Proceso especial la acción de amparo interpuesta por Liana Lisbeth Gallegos Apaza

A manera de ilustración, tenemos el Informe Resumen de Procesos Constitucionales de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad Provincial de Puno, para el año 2003, en ella se evidencia que han existido 6 Procesos correspondientes a servicios no personales; dichos expedientes en número de 04, sus demandas fueron amparadas por estar sustentados entre otros en la Ejecutoria del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 598-2000-AA/TC, que declara fundada la demanda de Mateo Ccopa Paucar servidor de la Municipalidad de Puno por Servicios No personales.

“La Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha Lima, 18 de Octubre del 2001, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Terry, Vicepresidente; Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, con el fundamento singular, adjunto, del Magistrado Manuel Aguirre Roca, pronuncia la siguiente Sentencia.

ANTECEDENTES

*El demandante interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Puno, con el objeto de que se **deje sin efecto el despido de hecho**, sea reincorporado en su centro de trabajo, y se le cancelen las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que ingresó a laborar en la entidad demandada el dos de enero de 1988, desempeñando labores de*

limpieza pública, actividad que es de naturaleza permanente, y que las realizó, en forma continua, hasta el 30 de noviembre de 1999, fecha en la que se le impidió el ingreso a su centro laboral. Agrega que se halla amparado por la Ley N° 24041, no pudiendo ser cesado sino por la comisión de falta y mediante proceso administrativo, razón por la que el acto de despido conculca su derecho al trabajo.

La demandada afirma que la labor desempeñada por el demandante no era de naturaleza permanente ni continua, que estaba basada en contratos por "servicios no personales", y que el ejercicio de la acción caducó, debido a que su último contrato venció el 31 de octubre de 1999.

FUNDAMENTOS

- A) ...Obra en autos a fojas 33 y siguientes, y, 109 y siguientes, copia del cuaderno de registro de asistencia de la demandada correspondiente al mes de noviembre de 1999, donde se acredita que el demandante laboró hasta el 30 de noviembre de 1999; hecho que, por lo demás, el apoderado del representante de la demandada reconoce en su escrito de fojas 99, aunque manifiesta que el demandante lo hizo con la finalidad de aferrarse a un contrato que ya había vencido. Esta manifestación resulta irrelevante, debido a que en el citado cuaderno de registro se constata las horas de ingreso y egreso, que denotan la existencia permitida, por la propia demandada, de una efectiva relación laboral al margen de la conclusión de la vigencia del contrato el 30 de octubre de 1999; por consiguiente, habiéndose efectuado el despido de hecho, con fecha 01 de diciembre de ese mismo año, y la demanda interpuesta con fecha 02 de febrero del 2000, ésta se*

halla dentro del plazo de sesenta días de conformidad con el artículo 37° de la Ley N° 23506.

B) Obra en autos copia de los siguientes documentos: a) Certificado de trabajo expedido por el Alcalde de la Municipalidad, el Jefe de la Unidad de Personal y el Director Municipal, de agosto de 1994, según el cuál el demandante laboraba, a esa fecha, desde el año de 1988; b) Boleta de pago del demandante correspondiente al mes de marzo de 1998, por la que se acredita la continuidad de la relación laboral hasta entonces, desde la fecha de ingreso al centro laboral; c) Planillas de control de asistencia correspondientes al período de enero a diciembre de 1998; d) Contratos de locación de servicios concernientes al período de enero a octubre de 1999 y el ya mencionado cuaderno de registro de asistencia del mes de noviembre de ese mismo año. Los documentos mencionados acreditan fehacientemente que el demandante ha laborado para la demandada, desde el mes de enero de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1999, esto es, durante más de 11 años, desempeñando la labor de limpieza pública, que es de naturaleza permanente y que desempeñó en forma ininterrumpida por más de un año, lo cual tampoco ha sido desvirtuado por la entidad demandada. Por consiguiente, el demandante se halla dentro de los alcances de la Ley N° 24041, consecuentemente, no podía ser cesado ni destituido sino por las causas previstas en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él.

C) *Si bien la relación entre demandante y la demandada se apoyó en **contratos por servicios no personales**, de acuerdo con el artículo 1764° del Código Civil; se advierte que el demandante desempeñó una labor de naturaleza permanente, como es la limpieza pública, y que se prolongó por más de 11 años. Por ello no resiste el menor análisis sostener que una labor que ha tenido tan extenso período de duración pueda considerarse razonablemente como “temporal”, pues la temporalidad significa lo circunstancial o perentorio en el tiempo, por el contrario, ese periodo tan extenso refleja la naturaleza permanente de la labor, máxime si el servicio prestado por el demandante no se encontraba bajo ninguno de los supuestos comprendidos por el artículo 2° de la Ley N° 24041, esto es, que el contrato no se celebró para desempeñar una “obra determinada”, ni para “proyectos de inversión”, “proyectos especiales”, ni para “labores eventuales o accidentales de corta duración”. Por ello, en virtud del **Principio de primacía de la realidad**, resulta evidente que la relación en cuestión tuvo los caracteres de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral, razón por la cual la apariencia de una relación civil a través de contratos por servicios no personales no modifica que el demandante se encontrara comprendido bajo los alcances de la Ley N° 24041; por el contrario, esta consideración se sustenta en el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y que ha sido impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha consagrado a éste como un deber y un*

derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (art. 22º) y, además, como un objeto de atención prioritaria del Estado (art. 23º). Quiere decir ello que el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.

- D) En consecuencia, la decisión de la Municipalidad Provincial de Puno de dar por concluida la relación laboral con el demandante, sin observar el procedimiento contemplado en el capítulo V del Decreto Legislativo N° 276, resulta lesivo de sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la defensa.*
- E) La remuneración constituye una contraprestación por un servicio efectivamente prestado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el período no laborado.*

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional en uso de sus atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica.

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda; reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, ordena que la Municipalidad Provincial de Puno reincorpore a don Mateo Ccopa Paucar en el cargo que venía desempeñando en el momento de la transgresión de sus derechos constitucionales, o en otro de igual o similar jerarquía, sin abono de las remuneraciones dejadas de percibir durante el período no laborado. Dispone la notificación a las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

- La Región de Salud, no viene acatando ni dando cumplimiento las directivas del MINISTERIO DE SALUD (MINSA), como el caso del Oficio Circular N° 030-2004-OGA/MINSA (Lima 20 de FEB. 2004); Oficio N° 247-2003-GR-PUNO/GRDS (Puno, 17 de diciembre del 2003); entre otros documentos que prohíben el despido arbitrario y el respeto a los trabajadores contratados por SNP, en la cual se dispone un trato más benigno y justo para el personal contratado por servicios no personales, además de contar con contratos prioritariamente no menores a 6 meses, asimismo, de recomendar a las Unidades Ejecutoras del Ministerio de Salud establezcan valores referenciales a los contratos que se celebren con profesionales médicos que no sean menores a las del nivel I de la carrera médica, y a partir de la fecha (20 FEB.2004) queda prohibida la contratación de nuevos profesionales médicos por servicios no personales, cualquier ingreso o reemplazo se realizará por concurso de plazas. De igual forma, muy a pesar de haberse recepcionado el Oficio PAAG N° 399/CG-2002 del nivel central en la que se suspende las evaluaciones hasta nuevo aviso para el personal por locación de servicios, éste se viene implementando con dureza para poder sacar deliberadamente a los trabajadores y así tener cupos las Autoridades de turno y meter a sus allegados a dichas plazas, no importándoles la normatividad menos la condición del profesional, por ello, la protesta se deja sentir enérgicamente contra estos actos arbitrarios y abusivos de la Dirección Regional de Salud - Puno.

En la Huelga General Indefinida sostenida a partir del 20 de marzo del 2003 por la Confederación de Trabajadores Asistenciales del Perú (CONTAP) fuertemente

unidos SUTAESSALUD (ESSALUD)- FENATEASP (MINSAL), en donde participaron todos los Profesionales Técnicos, Sanitarios, Técnicos y Auxiliares Asistenciales en Enfermería, Obstetricia, Laboratorio, Rx, Medicina Física y Rehabilitación, Dietoterapia, Choferes de Ambulancia, Digitadores Asistenciales de EsSalud, Minsa, Clínicas Particulares, Nombrados y Contratados de todo el País; como primer punto del Pliego de Reclamos estaba la solución de las 150 horas y nombramiento del Personal Contratado Ley 728 Asistenciales. Sin embargo, se olvidaron del nombramiento del personal por contrato de locación de servicios, punto que nunca lo tocaron por creer que estos trabajadores no pertenecen a la Institución.

Sin embargo la Federación Médica Peruana conjuntamente con la Asociación Nacional de Médicos del Ministerio, Asociación Nacional de Médicos Contratados por Servicios No Personales y la Asociación Nacional de Médicos Residentes aprobaron el Acta de Compromiso suscrita el 12 de diciembre del 2003, en la que tras varias sesiones concordaron en la mesa de diálogo y trato directo, habiendo llegado a los siguientes acuerdos:

1ro. EN REFERENCIA A LOS MÉDICOS CONTRATADOS POR SERVICIOS NO PERSONALES :

1. Durante los meses de diciembre del 2003 y enero del 2004 el Ministerio de Salud elaborará y gestionará la dación e implementación el instrumento normativo que permita la transferencia de fondos del grupo genérico de gasto 03 (Bienes y Servicios) al 01(Planilla de haberes), para la habilitación de plazas de profesionales Médicos.

2. La eliminación de la modalidad de contratación por servicios no personales de los profesionales médicos, la que se realizará en un proceso ordenado y progresivo de habilitación de plazas, financiera y técnicamente sustentadas, culminará indefectiblemente en junio del 2005.
3. Durante la tercera semana de diciembre del 2003, el Ministerio de Salud conjuntamente con el Colegio Médico y la Federación Médica Peruana, elaborarán un proyecto de reglamento de concurso para plazas de profesionales Médicos en el que el tiempo de servicios prestado bajo modalidades distintas a las laborales, sea considerado como un factor de evaluación de los postulantes a una plaza. Durante la misma semana de diciembre del 2003 el Ministerio de Salud elaborará un Plan de Concurso de Plazas de Profesionales Médicos para el año 2004, cuya entrada en vigencia será el mes de enero del 2004 con el concurso de 500 plazas, continuará con el concurso de las restantes hasta junio del 2005 y culminará dentro del marco legal vigente con el nombramiento de todos los Médicos contratados elegibles, de acuerdo al cronograma que se elaborará conjuntamente entre el MINSA y la Federación Médica Peruana. Con la finalidad de habilitar mayor número de plazas, se conviene en que las plazas concursadas no generarán el derecho al pago de incentivos laborales.
4. Durante el mes de Diciembre del 2003 el Ministerio de Salud emitirá una Resolución Ministerial que autorice a las Unidades Ejecutoras la Convocatoria de Concursos de plazas para profesionales Médicos a realizarse a partir del mes de enero del 2004.

5. El Ministerio de Salud revisará la nómina de Médicos contratados por servicios no personales a efectos de determinar que no se encuentren en la planilla de algún otro organismo público, procediendo a resolver los contratos de dichos profesionales. El monto resultante de esta acción administrativa será íntegramente destinado a la provisión de plazas.
6. A partir de la fecha queda prohibida la contratación de nuevos profesionales médicos por servicios no personales, cualquier ingreso o reemplazo se realizará mediante concurso de plazas.
7. Se procederá a la recontractación de los profesionales médicos cuyos contratos hubiesen sido resueltos de manera arbitraria.
8. El Ministerio de Salud realizará las gestiones pertinentes para que los gobiernos regionales efectúen dentro de sus competencias y responsabilidades las acciones referidas a los puntos 1 al 7 de la presente acta.
9. El Ministerio de Salud emitirá una circular que contemple lo siguiente:
 - a. Todas las unidades ejecutoras deberán disponer las medidas Administrativas suficientes, para garantizar que la vigencia de los contratos por servicios no personales no esté supeditada a actos arbitrarios, sino a razones estrictamente objetivas, bajo responsabilidad del funcionario encargado. Los contratos deberán ser prioritariamente no menores a 6 meses.

De acuerdo a la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y sus normas modificatorias y reglamentarias, el embarazo, la

enfermedad, el descanso pre y postnatal y la hora de lactancia no son por sí mismas causales de resolución contractual, ni descuento.

- b. A partir de enero del 2004, las unidades ejecutoras del Ministerio de Salud, dentro de la normatividad vigente, considerarán en los contratos de servicios no personales con más de 01 año en el Establecimiento de Salud, una Cláusula que establezca la disponibilidad de una semana cada trimestre para la elaboración del “Informe Trimestral de Actividades”, que deberá contener como mínimo una parte orientada a proponer medidas de mejora en la gestión y prestación del servicio de atención en salud.
- c. El Seguro Integral de Salud y/o ESSALUD en un plazo de 30 días hábiles presentará una propuesta técnica que permita incluir a las personas contratadas por servicios no personales y sus derechohabientes dentro de los alcances de estos seguros. Dicha propuesta deberá sustentar el monto de la contribución requerida para el financiamiento de las prestaciones de salud.

Que el acta suscrita por las partes, que contiene 25 puntos acordados, implica la solución de conflicto. El levantamiento de la medida de huelga se realizará una vez publicadas las resoluciones ministeriales anexas.

Se tiene el acta complementaria de fecha 1º de mayo del 2004, en la que en su punto 2. señala “Que el Congreso de la República ha aprobado la Ley de Nombramientos de los Profesionales Médico-Cirujanos contratados bajo cualquier modalidad contractual a nivel nacional y que el MEF. Se ha comprometido a financiar la partida presupuestaria que demanda esta acción; el Ministerio de Salud se compromete a

gestionar la promulgación de dicha ley, y realizará los nombramientos de acuerdo a lo establecido en la norma. Después de acuerdos de otros puntos más la Federación Médica se compromete a levantar la huelga el lunes 03 de mayo del 2004.

La Ministra de Salud Pilar Mazzetti Soler sostuvo que se acordó el nombramiento de médicos cirujanos que laboran por contrato en distintos puntos del país, gracias a la iniciativa que presentó el sector ante el Congreso de la República. Explicó que el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) se comprometió a financiar la partida presupuestaria que demandará esta medida. La Federación Médica propuso la asignación de 500 nuevas vacantes y que, gracias al diálogo se logró un número mayor de 660 plazas con el fin de completar el nombramiento de 2,900 médicos. **Se precisa que se nombrarán a todos los médicos que presten servicios en condición de contratados, sea cual fuere su modalidad.** Asimismo, indica que serán incluidos en el nombramiento los que acrediten título profesional; quienes tengan dos años de servicios continuos o cuatro años no consecutivos como mínimo, en los últimos diez, así como estar habilitados por el Colegio Médico y no registrar antecedentes penales.

- La ley Marco del Empleo Público que establece los lineamientos generales para promover, consolidar y mantener una administración Pública Moderna, jerárquica, profesional, unitaria y descentralizada señala que no habrá doble remuneración en el sector público y que si alguien integra varios directorios, solamente percibirá una dieta.

Además fija, que el ingreso de un funcionario o empleado en el sector público debe ser por concurso público y abierto. El Proyecto crea también el Consejo Superior del Empleo (COSEP) como organismo público descentralizado y

adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, cuyo objetivo es emitir las normas en éste ámbito y vigilar su cumplimiento.

Este organismo estará integrado por tres representantes del Poder Ejecutivo, uno de los cuales lo presidirá, uno del Consejo Nacional de Descentralización (CND) y otro de las Universidades Públicas y privadas.

Asimismo, crea el Tribunal del Empleo Público como organización del mencionado consejo, que resolverá en última instancia administrativa los recursos interpuestos contra actos referidos al acceso, salida y por pago de remuneraciones del empleo público. Estará integrado por tres vocales por un período de tres años no renovables.

El Texto aprobado dispone, además, que los contratados y quienes presten servicios por la modalidad de servicios no personales recibirán una bonificación en el puntaje proporcional si se someten a concurso para las plazas que se convoquen.

La norma entrará en vigor el 1 de enero de 2005. En el plazo de 120 días, contados a partir de su publicación, el ejecutivo remitirá al Congreso las propuestas de leyes referidas a la carrera del servidor público, de los funcionarios públicos y empleados de confianza, del sistema de remuneraciones del empleo público, de gestión del empleo público de incompatibilidades y responsabilidades.

4.1.g). DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS:

El contrato de servicio, como el contrato de obra, sin perder su naturaleza entitativa en cuanto al trabajo que conforme a uno u otro se efectúa, vienen a entrar a otro ámbito en cuanto al régimen jurídico que los disciplina, distinto del régimen jurídico que ha venido a corresponder al llamado “contrato de trabajo”. Es una razón de política legislativa que se ha llevado a crear todo un sistema normativo propio en materia de “derecho de trabajo”. El trabajo en sí puede ser substancialmente igual, en cuanto represente un contrato de servicio o un contrato de obra; pero ese trabajo es tratado legalmente de modo distinto cuando por causa de una especial vinculación jurídica entre quién proporciona el servicio y aquél para y por cuenta de quién es proporcionado, se estima que una determinada subordinación jurídica del primero respecto al segundo rige tal vinculación.

En otros términos el contenido intrínseco puede ser el mismo, pero el continente puede resultar distinto, en cuanto a que aún cuando se trate del mismo objeto o *substractum* de la actividad que despliegue un sujeto, él puede ser comprendido ya dentro de un ámbito o ya dentro de otro ámbito de configuración jurídica y por lo tanto legal. Así A trabaja para B, prestándole un servicio determinado, y sólo se obliga a ese servicio único, determinado, que consiste en un quehacer por una sola vez (llevar un encargo a C). Aquí se ha pactado un contrato de servicio (una locación de servicio). Pero si A trabaja permanentemente para B, llevándole constantemente encargos a C, por cuenta de B y si hay así una relación de trabajo permanente entre A y B, que determina un cierto salario o sueldo periódico y una cierta subordinación jurídica, entonces NO HAY UN CONTRATO DE SERVICIO (locación de servicio),

sino que hay lo que se llama UN CONTRATO DE TRABAJO. Si B encarga a A una obra, fabricar un solo producto determinado por una sola vez, aquí hay un contrato de Obra (locación de obra). Pero si A trabaja permanentemente en hacer idéntica obra, fabricando continuamente los mismos productos para B, hay pues una relación de trabajo permanente entre A y B, con un determinado sueldo o salario que el último periódicamente paga al primero, y viniendo a existir una especial subordinación jurídica entre las partes, existiendo en tal supuesto un contrato de trabajo.

En la propia legislación la que viene a calificar una relación como cayendo dentro del Derecho de Trabajo, cuando considera que dan los elementos que caracterizan a éste dentro de un tipo de relación contractual. La línea divisoria entre el contrato de trabajo propiamente dicho y los otros contratos como son el de servicio y el de obra, es una lábil, porque la distinción no es por el contenido mismo de la actividad que se realiza, sino por la cualidad que viene a adscribirse a esa actividad para ser considerada como incorporada a la legislación de trabajo. Así si A desarrolla actividad profesional para B, como su cliente, pero no siendo B el único cliente y no trabajando un determinado número de horas para éste, hay un contrato solamente de servicio. Pero si A desarrolla esa actividad profesional exclusivamente para B, sometido a un horario, y sujeto a una subordinación jurídica, el contrato es de trabajo.

El contrato de trabajo es apreciado y tratado dentro de un campo jurídico exorbitante al del Derecho Civil, vale decir, a la locación de servicio y a la locación de obra. Está sujeto a un régimen legal diferente.

Los argumentos empleados para justificar esta posición son esencialmente similares a los esgrimidos por los creadores del "*Modelo doctrinal Aleman*". Así, ANGULO

expresa que “el contrato de trabajo representa una expresión moderna de la locación de servicios, lo que quiere decir que en donde hubo una locación de servicios, si se trata de prestaciones que se cumplen bajo subordinación se está ante un contrato de trabajo, entendiéndose desde luego que si la prestación no se hace bajo dirección y dependencia ajena se estará frente a una locación de servicios, regida por lo dispuesto sobre el particular, por el Código Civil. De esto resulta que todo contrato de trabajo será una locación de servicios en el campo del Derecho Civil, pero no toda locación de servicios es un contrato de trabajo en el campo del Derecho Laboral. Sin embargo esta posición no aclara porqué entonces el Código Civil legisla ambos contratos en títulos distintos, si la relación es de género-especie.

El código civil en su art. 1764, señala que “... se obliga prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado”. Además en su art. 1768 limita el contrato a 6 años si se trata de servicios profesionales y de 3 años en el caso de otra clase de servicios.

Estas normas, limitativa de la libertad contractual, se explica por el temor del legislador a que la esclavitud o servidumbre reviviesen mediante la celebración de contratos que ligasen ad vitam los servicios de una persona a la voluntad de otra, resultado incompatible con los postulados de la evolución. (Carvacallo 1966: p. 115).

Lo que algunos empleadores peruanos pretenden, en ciertos casos, es esconder con el nombre y formalidades contractuales de un contrato de locación de servicios una relación de naturaleza laboral que por lógica jurídica debió haber nacido de un contrato de trabajo. La idea es abaratar costos de contratación, puesto que al pretender la aplicación de las normas del Derecho Civil a la relación (a través del ropaje de un contrato de locación de servicios) y no las del Derecho del Trabajo, no existe la

necesidad, por parte del perceptor del servicio, de pagar, por ejemplo, beneficios sociales como CTS, seguros, gratificaciones, etc.

En principio la contratación de personas que presten servicios a través de contratos de locación no implica perjuicio alguno para las partes, lo incorrecto es que esta contratación de servicios bajo formalidades civiles esconda una relación laboral. Es decir, el problema para el Derecho del Trabajo se presenta cuando en la práctica se verifican los elementos esenciales de una relación laboral, a saber, prestación personal, remuneración y subordinación.

Así como el Código Civil define el Contrato de Locación de servicios como el que el locador se obliga, sin estar subordinado, al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

Analizando el concepto propuesto, resultan los siguientes elementos constitutivos:

SUJETOS: El locador (médico, enfermera, odontólogo, obstetrix etc.), y el comitente

(Dirección Regional de Salud), entendiendo al primero, como el hombre trabajador que constituye una dualidad unitaria indivisible, que no se puede aislar, puesto que el trabajo es una facultad humana, y al trabajador se le debe considerar en esa dimensión. Por otra parte el Comitente (empleador), el dador del trabajo y es el que contrata, es la persona para quien se trabaja y quién corresponde con una remuneración.

En esto existe una marcada diferencia en el contrato que se hace con los médicos, me refiero al concepto remunerativo, por cuanto tanto el Colegio como la Federación Médica se han preocupado de sus agremiados, es así que los médicos contratados

perciben el equivalente a la de su colega de nivel de inicio dentro de su carrera médica, S/. 1,200.00 nuevos soles y no así el resto de los profesionales de la salud, que sus sueldos están como promedio de S/. 600.00 nuevos soles, como se puede observar en el cuadro adjunto.

**CUADRO COMPARATIVO SEGÚN LOS HABERES PROMEDIO DEL
PERSONAL PROFESIONAL: NOMBRADOS Y CONTRATADOS POR
LOCACIÓN DE SERVICIOS-2004**

PERSONAL	MEDICO	ODONTOLOGO	OBSTETRIZ	ENFERMERA
• Nombrado	S/.	S/. 1,590.00	S/. 1,585.00	S/. 1,782.00
• Contratado Por Locación De Servicios	3,566.00	S/. 600.00	S/. 600.00	S/. 600.00
	S/.			
	1,200.00			

FUENTE: DISA PUNO

LA CAUSA: Caracteriza a estos contratos la causa objetiva real que los produce; la inexistencia de los mismos es fuente de la desnaturalización. Por ello en estos contratos se tiene una marcada desnaturalización, ya que existe una evidente **subordinación** al señalar en su cláusula octava que de detectarse el abandono del servicio, sin justificación alguna y **sin autorización del Jefe del Establecimiento**, podrá resolverse el contrato suscrito. Es decir también los servicios serán prestados al interior de la Institución (Puestos, Centros de Salud y/o Hospitales) y sujetos a un horario establecido no menor a 168 horas actividad/mes.

OBSERVANCIA DE LAS NORMAS LEGALES VIGENTES Y DE LAS CONDICIONES CONVENIDAS: Este elemento se refiere a que el contrato se

localiza en el sistema normativo del código civil, y como tal la relación originada está amparada en el precepto referido. Sin embargo del análisis de los contratos, se desprende la no existencia como referencia en la Base Legal de nuestro Código Civil, por cuanto es éste el ordenamiento que refiere y sustenta la base legal.

DURACION: El plazo de duración es fijado con precisión en el documento, pese a ello, después de revisado los contratos y sus permanentes renovaciones se entiende que son susceptibles de crear vínculos estables entre las partes de naturaleza laboral.

REMUNERACIÓN: Debieran pagarse tomando en cuenta la proporcionalidad entre las necesidades del trabajador, y la rentabilidad obtenida de los bienes producidos por éste. Al respecto estoy totalmente de acuerdo en que debiera existir una homologación y nivelación de sueldos en la Administración Pública porque las diferencias de sueldos y remuneraciones en los diferentes estamentos del Estado y las tres instancias de poder (Nacional, Regional y local) son abismales e injustas. El servidor público debe ganar e acuerdo con la importancia y responsabilidad de su función, exigiéndose eficiencia, honestidad, transparencia y voluntad de servicio.

4.1.h). CAUSAS DE LA DESNATURALIZACIÓN DE CONTRATOS POR LOCACION DE SERVICIOS:

A) Cuando en virtud del Principio de primacía de la realidad, resulta evidente que la relación en cuestión tuvo los caracteres de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral, y el reconocimiento de los derechos y beneficios que del mismo se deriven. (Ver ANEXO N°01)

Los contratos de locación de servicios suscritos por los profesionales de la salud con la Oficina de Logística de la Dirección Regional de Salud-Puno, se evidencia la subordinación frente a la Institución, dependencia de la Jefatura y permanencia en el Centro de trabajo por más de 8 horas diarias, además de existir abundante documentación entre ellos llamada de atención, permisos, roles de asistencia de personal al trabajo, memorandums varios, etc. .

- B) Cuando se acreditan fehacientemente que se ha desempeñado labores de naturaleza permanente en forma ininterrumpida por más de un año, muy a pesar de haber suscrito contratos por servicios no personales, de acuerdo con el Art. 1764° del Código Civil; por consiguiente se hallan dentro de los alcances de la Ley N° 24041, consecuentemente no podrá ser cesado ni destituido sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276. (ver ANEXO N° 03)**

Se da por lo mismo que los contratos son renovados constantemente, llegando inclusive a prestar servicios de hasta 4, 6 u 8 años. Convirtiendo al trabajo ya no en eventual sino en una de carácter permanente por cuanto las labores que prestan y realizan son análogas a los demás servidores de la Carrera Administrativa. Los contratos revisados son renovados mensualmente, existiendo Directivas del Ministerio de Salud, en donde ordenan se suscriba contratos hasta por 6 meses, que en muy de los casos incumplen los mandatos.

- C) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o servicio específico, sí el trabajador continúa trabajando prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación.**

Esta causal se refiere particularmente a la tercera categoría de contratos modales, es decir, a los contratos para Obra o Servicios Específico, señalados por el Art. 56 de la Ley de Productividad y Competitividad laboral. El Art. 77° de la norma aludida, prescribe claramente que el contrato se desnaturaliza cuando el trabajador continúa prestando servicios después de vencido el límite máximo permitido, y dada su naturaleza ad solemnitatem, la causa objetiva y la duración, caracterizan a estos contratos modales. En resumen solamente operaría la renovación del contrato en el caso de que la obra o el servicio no hubiera concluido, hecho no referido como causal de renovación.

D) Que cuando se advierte a través del conocimiento de múltiples causas, la indebida utilización que se viene haciendo de diversos contratos de servicios de naturaleza civil o mercantil con el objeto de ocultar la existencia de un contrato de trabajo, bajo el supuesto de que se celebran con el consentimiento pleno de las partes y que en su ejecución debe respetarse el Principio de la Buena Fe Contractual. Y de conformidad con el Artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728-Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. “Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpidos de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del D.Leg. N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo establecido en el Art. 15°

de la misma ley". Todo esto debido al fallo de la sentencia del tribunal Constitucional Exp. 598-2000-AA/T, que se constituye en jurisprudencia.

4.1.D. CONSECUENCIA DE LA DESNATURALIZACION DE LOS CONTRATOS POR LOCACION DE SERVICIOS:

Existen dos consecuencias de la desnaturalización que los paso a exponer:

- A) Si se ha acreditado se ha desempeñado labores de naturaleza permanente en forma ininterrumpida por más de un año, se hallan dentro de los alcances de la Ley N° 24041, consecuentemente no podrá ser cesado ni destituido sino por causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276. Como se observa en el cuadro.

PERSONAL ASISTENCIAL CONTRATADO POR LOCACION DE SERVICIOS CON PERMAMENCIA DE MAS DE AÑO DE LA DISA PUNO SEGÚN REDESS-2004.

REDESS	MEDICO	ODONT.	OBSTETRIZ	ENFER.	TEC.ENF	TEC.LAB.	TOTALES
AZANGARO	4	1	9	7	12	1	34
CHUCUITO	3	1	13	12	18	1	48
COLLAO	2	-	3	9	19	-	33
HUANCANE	6	1	6	8	46	-	67
MACUSANI	2	-	5	6	18	2	33
MELGAR	3	-	5	4	28	1	41
PUNO	7	2	5	19	18	-	51
SANROMAN	3	-	3	6	4	-	16
SANDIA	2	-	7	5	14	1	29
YUNGUYO	2	-	-	8	3	-	13
LAMPA	-	-	2	-	5	-	7
TOTALES	34	5	58	84	185	6	372

FUENTE: DISSA-PUNO

Dicha norma en su Art. 1º dice: “ Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpido de servicios, no pueden ser cesados ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del D.Leg. Nº 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo establecido en el art. 15º de la misma ley”.

Todo esto debido al fallo de la sentencia del Tribunal Constitucional Exp. Nº 598-2000-AA/T; que se constituye en Jurisprudencia que permite resolver válida y definitivamente los conflictos que se presenten en la sociedad y estos fallos no pueden ser revisados por ningún otro organismo por cuanto en la estructura del Poder es el máximo Organismo Jerárquico.

B) Si se constata la existencia de una relación laboral a pesar de la celebración de un contrato de servicios civil o mercantil, deberá preferir la aplicación de los principios de la primacía de la realidad y de irrenunciabilidad sobre el de buena fe contractual que preconiza el Código Civil, para conocer los derechos laborales que correspondan. Por ello, la judicatura laboral ha advertido a través de conocimiento de múltiples causas, la indebida utilización que se viene haciendo de diversos contratos de servicios de naturaleza civil con el objeto de ocultar la existencia de un contrato de trabajo.

Que de conformidad con el artículo 4º del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo Nº 728- D.S. 003-97-TR. “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Que el contrato de trabajo supone la existencia de una relación jurídica que se caracteriza por la presencia de tres elementos substanciales, cuales son: la prestación personal del servicio, la dependencia o la subordinación del trabajador al empleador y el pago de una remuneración periódica, destacando el segundo elemento que es el que lo diferencia sobretodo de los contratos civiles de prestación de servicios y el contrato comercial de comisión mercantil.

4.2. FORMACION DE UNA NUEVA RELACION DE TRABAJO:

Como una herramienta para identificar este tipo de simulaciones que conciernen al Derecho del trabajo, se presenta el Principio de Primacía de la Realidad. Al respecto, el **maestro Plá Rodríguez** define al principio:

“El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”.

Como se ha afirmado ya anteriormente, en la realidad peruana, el principal contrato encubridor de una relación laboral es el contrato de locación de servicios de naturaleza civil.

Entonces, con el ánimo de simplificar más la aplicación del principio en estos casos de simulación con el ropaje civil de una relación laboral, puede afirmarse que, al existir en ambos tipos de relaciones dos de los elementos esenciales de la relación laboral: la prestación personal y la contraprestación (“remuneración” u “honorarios profesionales” en cada caso), la mirada del agente que pretenda descubrir una relación laboral escondida de esta manera debe apuntar al tercer elemento que es único de la relación de trabajo, la subordinación. De modo que si en una relación

jurídica existe subordinación además de los otros dos elementos, bien puede calificársela de laboral y aplicarle la normatividad, reglas y principios propios. De los contratos suscritos por la Región de salud, se evidencian que existen una marcada subordinación, al supeditarse a un rendimiento no menor a 168 horas actividad/mes (6.72 horas actividad/día = 27 actividades/día) a mas de ello se señala que de detectarse el abandono del servicio, sin justificación alguna y sin autorización del Jefe del Establecimiento se podrá resolver el contrato suscrito.

Este es el elemento que principalmente debe ser tomado en cuenta para determinar si el tiempo posterior a la culminación formal de la relación de trabajo, es decir, en la que las partes pactaron un contrato de locación de servicios civil, es o no de naturaleza laboral fuera del pacto de las partes. De llegar a esta determinación, el tiempo laborado sobre la base de este segundo negocio jurídico deberá sumarse al anterior para la determinación y contabilidad de los beneficios laborales del ex trabajador.

Otro principio fundamental para el derecho del trabajo, y que creemos resulta relevante para el análisis del caso, es el Principio de Continuidad.

El contrato de trabajo es el origen de la relación laboral. Esta relación laboral es de tracto sucesivo, pues ésta no se agota con la realización instantánea de ciertos actos sino que continúa en el tiempo. Sobre la base de reconocer la importancia que tiene para el trabajador no sólo su presente como tal, sino también su futuro en tal calidad, en la medida principal de conseguir con esto cierta estabilidad económica, el Derecho ha creído conveniente instituir como principio la necesidad de que la relación laboral se extienda el mayor tiempo posible.

En simples palabras de Plá: “ este principio expresa la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”.

Alonso García afirma que el principio se manifiesta en dos sentidos posibles: por un lado, en cuanto que la relación de trabajo es de tracto sucesivo; por otro, en cuanto a que la extinción de la relación contractual nacida del contrato de trabajo produce automáticamente la prórroga tácita del mismo. Agrega el autor que son también manifestaciones de este principio de continuidad aquellas que se dan en los supuestos de meras interrupciones en la prestación de trabajo contratada o en los casos de suspensión de la relación laboral, en todos los cuales no se produce la ruptura de la relación anterior y el nacimiento de otra nueva, sino la prolongación y continuidad de la que ya existía, que reanuda sus efectos en toda su plenitud y en toda su eficacia.

Nuestra Constitución de 1993. Este primer cuerpo normativo peruano dedica varios artículos de su Capítulo II a la actividad laboral en sentido estricto, es decir, la que implica una relación al amparo del Derecho Laboral. De la constatación de la protección que la Constitución otorga al trabajo protegido por el Derecho Laboral, se desprende el valor social que para el ordenamiento tiene este tipo de contratación para la prestación de servicios.

Con mayor precisión, se afirma en el artículo 23 de la Carta Magna que: ***“El trabajo en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (...) El estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo”***. Queda así bastante claro la estima que el Estado como institución debe al trabajo. De allí, se desprende el nivel de protección que las normas del Derecho del

Trabajo y el sistema jurídico peruano en general deben brindar a este tipo de actividad.

Esta constatación se repite en normas de rango de ley como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. En esta Ley, por ejemplo, el artículo 4 plantea como regla el contrato de trabajo a tiempo indefinido. Otro tanto se encuentra en la “desnaturalización” de los contratos a modalidad o a tiempo parcial en la misma ley. Desnaturalización por la que el ordenamiento laboral transforma estos tipos de contratos pactados a contratos de trabajo a tiempo indefinido que es el modelo general de contratación, como ya se planteó en el artículo 4 de la Ley.

Algo parecido se percibe en el nuevo Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo y defensa del Trabajador. Esta ley plantea en su artículo 3° que en caso de surgir discordancia entre los hechos verificados y los que se advierten en los documentos o actos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados. Es decir, que de presentarse una simulación relativa, jurídicamente se impondrá el contrato oculto.

Esta última norma, además, consagra legalmente el Principio de Primacía de la Realidad.

Es verdad que los contratos laborales ocasionan una serie de costos para el empleador que no existen en la contratación bajo reglas civiles, principalmente el pago de los conocidos beneficios laborales (gratificación, CTS, vacaciones, etc.).

Sin embargo, este tipo de normas que el ordenamiento contiene disponía que se simule una relación civil cuando jurídicamente hablando, en el fondo, existe una relación de naturaleza laboral entre las partes contratantes. Nos explicamos.

La norma permitía que trabajadores que anteriormente se desempeñaban bajo relaciones de naturaleza laboral, luego, sin mediar una interrupción considerable de tiempo, se desempeñan bajo relaciones de naturaleza civil. El inconveniente existe cuando en la realidad se presenten casos en que los ex trabajadores desempeñan sus labores bajo las mismas características que desempeñaban antes cuando eran parte de una relación laboral. Es decir, luego de la celebración del contrato civil, en la mayoría de los casos, al tener el trabajador una función particular en la empresa, cumplirá las mismas labores que antes y con las mismas características: existirá en la práctica una relación laboral (se seguirán verificando los tres elementos esenciales de una relación laboral: prestación, personal, remuneración y subordinación).

Entonces, esta norma y otras de la misma característica afectarían al principio del derecho laboral de la Primacía de la Realidad, pues no permiten que este instrumento del Derecho cumpla sus funciones tuitivas, ya que para la calificación final del ordenamiento no interesa que exista una relación civil simulada porque esta última tendrá valor para el sistema jurídico peruano.

En suma lo que pretendemos señalar es que los trabajadores con mas de 01 año de servicio por este principio de la primacía de la realidad serán contratados a plazo indeterminado o contrato de plazo fijo. Como se observa en el cuadro siguiente:

**PERSONAL ASISTENCIAL CONTRATADO POR LOCACION DE
SERVICIOS CON PERMANENCIA DE MAS DE AÑO DE LA DISA PUNO
SEGÚN REDESS 2004.**

REDESS	MEDICO	ODONT.	OBSTETRIZ	ENFER.	TEC.ENF	TEC.LAB	TOTALES
AZANGARO	4	1	9	7	12	1	34
CHUCUITO	3	1	13	12	18	1	48
COLLAO	2	-	3	9	19	-	33
HUANCANE	6	1	6	8	46	-	67
MACUSANI	2	-	5	6	18	2	33
MELGAR	3	-	5	4	28	1	41
PUNO	7	2	5	19	18	-	51
SANROMAN	3	-	3	6	4	-	16
SANDIA	2	-	7	5	14	1	29
YUNGUYO	2	-	-	8	3	-	13
LAMPA	-	-	2	-	5	-	7
TOTALES	34	5	58	84	185	6	372

FUENTE: DISA PUNO

4.2.A.- CONTRATO INDETERMINADO DE TRABAJO

Definición.

- Para los Profesores **BRUN Y GALLAND** estamos ante un contrato de duración indeterminada cuando las partes del contrato no le han fijado ningún término. Para **JEAN-ENMANUEL RAY**, el contrato de duración indeterminada es aquél en que el titular del empleo posee un empleo permanente que le permite hacer carrera en su empresa y no podrá ser

despedido de ésta a menos que exista una causal real y seria, caso contrario, dará lugar a las indemnizaciones previstas por la ley.

- Para el profesor **RENDON VASQUEZ** , existe contrato indeterminado de trabajo “cuando su duración puede prolongarse indefinidamente hasta que sobrevenga alguna causa de terminación cuyo acaecimiento las partes no fijan al momento de celebrar el acuerdo o de dar inicio a la relación”.

4.2.B.- CONTRATO DE TRABAJO

De otro lado, analizaremos el Contrato de trabajo dentro de las relaciones laborales, consideramos relevante plantear el escenario dogmático y normativo indispensable para su tratamiento.

Los elementos esenciales del contrato de trabajo son: **la prestación personal de servicios, la subordinación y el pago de una retribución por los servicios prestados.** De estos tres elementos, es la subordinación el elemento que nos ayudará a explicar el poder de dirección del empleador respecto a los servicios del trabajador.

La subordinación puede ser definida como: “el vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto”.

A partir de este vínculo de subordinación se presentan los poderes del empleador, como son el poder de dirección, el poder sancionador y el poder fiscalizador.

4.2.C) PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR:

A partir de la definición antes planteada, podemos señalar que el principal efecto de la subordinación consiste en que el trabajador pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo a fin de que éste la dirija según las necesidades de la empresa, siempre dentro de márgenes razonables que impidan un abuso de derecho.

De esta manera, resulta evidente que el empleador es titular de un poder de dirección, el cual ha sido definido como "... la facultad que confiere al empresario el contrato de trabajo, de dar ordenes sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución de trabajo...".

Así pues, podemos concluir que este poder de dirección permite al empleador modalizar las labores de sus trabajadores en busca de satisfacer las necesidades de competitividad y productividad de la empresa.

4.2.D) PODER DISCIPLINARIO DEL EMPLEADOR:

El poder disciplinario necesariamente se encuentra vinculado al poder de dirección del empleador, ya que éste sería un simple poder moral sin la presencia de aquél. Así, en virtud del poder disciplinario, el empleador se encuentra facultado para sancionar al trabajador en caso de que no cumpla con las órdenes o directrices establecidas.

Cabe señalar que este poder debe ser utilizado por el empresario teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

Responsabilidad y equidad al momento de sancionar al trabajador.

Observar la gravedad de las faltas en las que pudieran incurrir los trabajadores, teniendo en cuenta todos los agravantes y atenuantes que presenta cada caso en particular.

Respecto al principio de proporcionalidad, en función del cual debe existir relación entre la falta cometida y la sanción a imponer. Caso contrario, el trabajador se

encuentra facultado para recurrir a las instancias judiciales a fin de que se deje sin efecto la sanción impuesta.

Aplicación del principio de inmediatez en la imposición de las sanciones.

4.3. VIOLACIÓN DE DERECHOS LABORALES:

Los trabajadores sujetos a contratos modales tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada; así lo establece el Art. 79 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

A diferencia de la libertad contractual civil, en el Derecho Laboral se invalidan los actos de disposición de los trabajadores a un derecho reconocido en una norma. Por ello, es necesario que se modifiquen las normas de tal suerte que no se limite la aplicación de este principio a los derechos nacidos por fuente estatal sino también convencional.

Siguiendo a *Neves Mujica (Las Reglas Constitucionales para la aplicación de la norma laboral)*. DESCO, Lima 1990. Pág. 22, y lo expresado por la doctrina española, podemos indicar que el principio de igualdad de trato supone que el empleador debe tratar igual a los iguales que se encuentran en iguales circunstancias. En este sentido, creemos que se debe formular una modificatoria en la ley en donde se rescate este principio indicando simplemente “La igualdad de trato y de oportunidades”.

A continuación resumimos los principales derechos y beneficios laborales, que a los trabajadores sujetos a modalidad les corresponde:

**PERSONAL ASISTENCIAL CONTRATADO POR LOCACIÓN DE SERVICIOS
QUE NO GOZA DE DERECHOS LABORALES DE LA DISA PUNO SEGÚN
REDESS-2004.**

REDESS	MEDICO	ODONT.	OBSTETRIZ	ENFER.	TEC.ENF.	TEC.LAB.	TOTALES
AZANGARO	4	1	10	8	12	2	37
CHUCUITO	3	1	14	14	20	2	54
COLLAGO	2	-	4	10	21	-	37
HUANCANE	6	1	7	9	48	-	71
MACUSANI	2	-	6	7	22	2	39
MELGAR	4	-	7	5	30	1	47
PUNO	7	3	7	22	19	-	58
SANROMAN	3	-	3	7	4	-	17
SANDIA	2	-	8	6	15	2	33
YUNGUYO	2	-	-	8	4	-	14
LAMPA	-	-	2	-	5	-	7
TOTALES	35	6	68	96	200	9	414

FUENTE : DISA PUNO

4.3.a). PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

Al superarse el período de prueba, los trabajadores adquieren este Derecho Constitucional (Const. Art. 27). Sin embargo, en caso de producirse el despido arbitrario, el trabajador, no tiene derecho a reposición en su empleo, sino solamente a indemnización a razón de una remuneración y media ordinaria mensual, por cada mes dejado de laborar, hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Por otra parte, manifestamos que en caso de producirse un despido arbitrario, podría incurrirse en ejercicio abusivo de la facultad del empleador, de conformidad con el Art. II del Título Preliminar del C.C. originando una acción indemnizatoria.

4.3.b). SEGURO DE VIDA

Consiste este derecho en un seguro de vida y de invalidez tomado y pagado por el empleador a favor del trabajador por el cual, acaecida la muerte o la invalidez de éste, la compañía de seguros paga la suma asegurada. *(Rendón Vasquez Jorge: Derecho del trabajo Individual, quinta Edición, 2000, Editora Edial, Lima, Pág. 680-681*

Considerando que los contratos de trabajo modales se pueden extender hasta por cinco años, al acumular cuatro años de servicios, el trabajador adquiere el Seguro de Vida de conformidad con lo dispuesto por el D.Leg. N° 688 (04/11/91). Sin embargo es facultad del empleador contratar un Seguro de Vida a partir de los tres meses de servicios, razón por la cuál, podría ser una condición contractual.

El monto del beneficio es el siguiente:

- a) Por fallecimiento natural del trabajador se abonará a sus beneficiarios (16) remuneraciones que se establecen en base al promedio de lo percibido por aquél en el último trimestre previo al fallecimiento.
- b) Por fallecimiento del trabajador a consecuencia de un accidente, se abonará a los beneficiarios (32) remuneraciones mensuales percibidas por aquél en la fecha previa al accidente.
- c) Por invalidez total o permanente del trabajador originada por accidente se abonará (32) remuneraciones mensuales percibidas por él en la fecha previa del accidente. En este caso, dicho capital asegurado será abonado

directamente al trabajador o por impedimento de él a su cónyuge, curador o apoderado especial.

4.3.c). SEGURO SOCIAL

El seguro social es obligatorio para cualquier trabajador, sin importar la naturaleza del contrato, ni su duración, tal como lo dispone el Art. 2° de la Ley N° 22482 (27/03/79), concordante con el D.Leg. N° 887 (11/11/96, de Modernización de la Seguridad Social en Salud), y la Ley N° 24786 (General del Instituto Peruano de Seguridad Social).

La seguridad social comprende los siguientes regímenes de prestación:

- Sistema Pensionable, a cargo de la ONP (Oficina de Normalización Previsional) que ha sustituido la función que tenía el IPSS en la Administración del Sistema Nacional de Pensiones referidos en la Ley N° 19990.
- Además tenemos el régimen alternativo, que es la Administración Privada de Fondo de Pensiones (AFP).
- Régimen de Prestaciones de Salud. Cubre contingencias producidas por enfermedad común o profesional, maternidad, accidente común y de trabajo, regulados por la Ley N° 22482, o en su caso por la Ley N° 18846.

4.3.d). COMPENSACION POR TIEMPO DE SERVICIOS

“Existen diversas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica de la C.T.S.; pero resulta bastante difícil concluir cuál de las teorías explica con mayor propiedad este aspecto. Podemos decir, que de acuerdo con la legislación laboral de cada país

(trabajadores que comprende, causales con las que procede su otorgamiento, etc.) la naturaleza jurídica de la C.T.S. recoge una u otra teoría indistintamente.

Por otro lado podemos encontrar, en las diversas teorías, elementos predominantes que forman un común denominador, como son: reparación o resarcimiento del daño sufrido por el trabajador y la previsión social. Nuestra legislación habla de un “beneficio social de previsión de las contingencias que origina el cese en el trabajo, y de promoción del trabajador y su familia”.

Recordando que la C.T.S. en el Perú es un derecho otorgado a todo trabajador, no importando la causa de extinción del vínculo laboral, nos inclinamos por la teoría que tiene un fundamento social, basado en un derecho que asiste al trabajador para que sus energías gastadas por el esfuerzo productor a favor del empleador, tengan una retribución específica proporcionada al tiempo en que han trabajado por cuenta ajena”. *LAPOUBLE CHERO, Agustín: Derecho Individual del trabajo, Manuel Teórico Práctico, Primera Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima 1998. Págs. 113-114.*

La Compensación por Tiempo de Servicios es un beneficio social de previsión que se otorga a los trabajadores; devenga desde el primer mes de iniciado el vínculo laboral, sin considerar la clase de contrato que lo originó. En consecuencia es un derecho que le corresponde a todos los trabajadores con contratos modales.

La Compensación por tiempo de servicios se calcula a razón de una remuneración mensual total, por cada año de servicios, y los dozavos y/o treintavos en los casos de períodos truncos.

Este derecho se encuentra amparado por el D.S. N° 001-91-TR (01/03/97) TUO de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios. Para los efectos de la CTS se considera remuneración computable la remuneración básica y todas las cantidades regularmente percibidas por el trabajador en dinero o en especie como contraprestación de su labor, sin importar la denominación que se le de, siempre que sean de su libre disposición. Los empleadores están obligados a depositar dentro de los quince primeros días del mes de mayo y noviembre de cada año, el monto correspondiente a la remuneración computable, percibidas en los meses de abril y octubre respectivamente.

Los depósitos de la CTS, incluido sus intereses son intangibles e inembargables. Excepto el caso de alimentos y hasta un máximo de 50%. Así mismo el trabajador tiene derecho a disponer libremente, efectuando retiros parciales, hasta el 50% del monto total, incluidos los intereses.

Los Decretos de Urgencia Nros. 127-2000; 115-2001; 019-2002; 057-2002; y 013-2003 señalan que los depósitos efectuados mensualmente en la entidad financiera, son de libre disposición del trabajador durante la vigencia de las presentes normas.

4.3.e). ASIGNACION FAMILIAR

Puede definirse como una suma de dinero que percibe periódicamente el trabajador, no en retribución por sus servicios prestados, sino como un subsidio para satisfacer los gastos originados por la manutención de los familiares que dependen de él.

CABANELLAS, Guillermo: Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen II,

Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires Argentina 1964, Págs. 525-526.

Este derecho está protegido por la Ley N° 25129 y su Reglamento aprobado por el D.S.N° 035-90-TR, dispositivos que no hacen ninguna diferenciación entre la naturaleza de los contratos para conceder el beneficio de la asignación familiar, limitándose solamente a establecer dos requisitos:

- Tener vínculo laboral vigente.
- Mantener a su cargo uno o más hijos menores de 18 años. Excepto el caso de que los hijos sean mayores, siempre que se encuentren cursando estudios superiores o universitarios hasta que concluyan dichos estudios, o hasta antes de cumplir los 24 años de edad.

La asignación familiar es de carácter remunerativo, y se paga en un porcentaje del 10% del ingreso mínimo legal vigente en el momento que corresponde percibir el beneficio.

En el supuesto caso de que el padre y la madre trabajen en la misma empresa, ambos tienen derecho a percibir la asignación. También puede darse el caso de que el trabajador preste servicios para más de un empleador, entonces percibirá el beneficio por parte de cada empleador.

4.3.f). GRATIFICACIONES

Históricamente las gratificaciones nacieron como un acto de liberalidad del patrono quien las otorgaba al trabajador como un premio a su rendimiento laboral, coincidiendo por lo general este pago con determinadas fechas o situaciones

excepcionales, pero con el transcurso del tiempo las gratificaciones fueron perdiendo ese carácter gracioso para convertirse en obligatorias, sea porque así se pactó o porque la ley ordenó su abono.

Actualmente el concepto tradicional de gratificaciones sólo resulta aplicable a aquellas que son otorgadas voluntariamente por el empleador.

Es por ello que podemos definir las gratificaciones como pagos que, según acuerdo de partes o por mandato legal, efectúa el empleador al trabajador en fechas memorables predeterminadas o con motivo de la ocurrencia de determinados eventos, constituyendo un reconocimiento al trabajador por su contribución al desarrollo de la empresa.

Clases:

En el Perú las gratificaciones pueden clasificarse de dos maneras: por la fuente que las origina y por su periodicidad de pago.

a) Por la fuente que las origina: Las gratificaciones pueden ser voluntarias, convencionales y legales.

- **Gratificaciones voluntarias**, son aquellas originadas en la decisión unilateral del empleador, quien las otorga sin estar obligado a ello, en determinada época del año o en ciertas circunstancias significativas para el trabajador o el centro de trabajo.

Esta clase de gratificaciones no pueden ser exigidas por el trabajador, sin embargo un antiguo criterio jurisprudencial, aún aplicado por los Magistrados Laborales y reconocido por la Doctrina Nacional, ha determinado que si son otorgados por dos años consecutivos, su abono se convierte en obligatorio para el empleador.

- **Gratificaciones convencionales**, son aquellas que nacen del acuerdo individual entre trabajador y empleador, o de un convenio colectivo entre la organización sindical y el empleador, quienes pactan el monto y la oportunidad en que deban ser percibidas.

Por derivarse de un acuerdo de partes, estas gratificaciones tienen carácter obligatorio.

- **Gratificaciones legales**, son aquellas cuyo origen radica en una norma legal expedida por el Estado, por lo que siendo la fuente de estas gratificaciones una norma jurídica, su pago resulta obligatorio y el cumplimiento del mismo acarrea sanciones para el empleador.

Dentro de este grupo están consideradas las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad establecidas en la Ley N° 27735 del 27 de mayo del 2002 reglamentada mediante Decreto Supremo N° 005-2002-TR del 03 de julio del 2002.

- b) **Por su periodicidad de pago:** Las gratificaciones pueden ser extraordinarias y ordinarias.

- **Gratificaciones extraordinarias**, son aquellas percibidas con carácter esporádico o que se abonan por única vez.

Según el artículo 19° inciso a) del Texto Unico Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, las gratificaciones extraordinarias no son computables para efectos de determinar la remuneración compensable.

- **Gratificaciones ordinarias**, son aquellas que se perciben de una manera

permanente tanto en su monto como en la oportunidad de pago. Estas gratificaciones por lo general tienen como fuente de origen la ley o el convenio colectivo, sin embargo nada obsta para que puedan originarse en una decisión unilateral del empleador. *AREVALO VELA, Javier. Manual de Legislación Laboral. Tomo I. Editorial Cuzco. Lima setiembre del 2003.*

Las gratificaciones ordinarias corresponden a todos los trabajadores sin importar la naturaleza de su contrato. La ley N° 25139 (16/12/89) y su Reglamento aprobado por D.S. N° 06189-TR, así lo prescriben. Estas gratificaciones se otorgan dos veces al año: por Fiestas Patria y por Navidad. Es requisito para tener derecho a la gratificación encontrarse laborando en la oportunidad que corresponda percibir y haber acumulado a favor 06 meses de servicios, en caso de no completar este período, el monto de la gratificación se fijará en forma proporcional. Están exceptuados del tiempo efectivo de trabajo, los casos de suspensión legal precisados en el aludido dispositivo legal, vale decir, los siguientes: descanso vacacional, licencia con goce de haber, o percibiendo subsidios según D.L.N° 22482 y 18846.

Las gratificaciones se pagan la primera quincena de julio y la primera quincena de diciembre. La gratificación legal es incompatible con cualquier otro concepto remunerativo otorgado por la empresa que tenga la misma naturaleza.

4.3.g). DESCANSOS REMUNERADOS

Este derecho se analizará en sus tres manifestaciones:

- Descanso semanal obligatorio
- Descanso vacacional.

- Descanso en días feriados no laborables.

*** DESCANSO SEMANAL OBLIGATORIO**

Es el derecho que tienen los trabajadores a gozar de un día de descanso, después de haber laborado en forma continuada durante cinco o seis días

“Actualmente, el descanso semanal está admitido, consagrado e impuesto como una obligación legal en los países civilizados. Se ha tenido en cuenta que el trabajador, tras cumplir toda una jornada, , no tiene bastante con la tarde y con la noche para reparar sus fuerzas; acumula así, a diario, una fatiga cada vez más intensa (fatiga física y fatiga cerebral) que debe liquidar de tiempo en tiempo; constituye así el descanso semanal una válvula de seguridad que impide a la máquina humana estallar bajo la presión de la fatiga excesiva”. *CABANELLAS, Guillermo: Contrato de Trabajo, Parte General, Volumen II, Bibliográfica Omeba Editores Libreros, Buenos Aires Argentina 1964, Pág. 217.*

Los trabajadores tienen derecho al descanso semanal obligatorio, en un mínimo de 24 horas consecutivas, y gozará de preferencia el día domingo. El empleador está facultado para atender a los requerimientos de la producción estableciendo regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo, respetando el descanso semanal obligatorio. El otorgamiento de este derecho está amparado por el D.Leg. N° 713.

En caso de que no se conceda el descanso sustitutorio, el trabajador percibirá el 100% de sobretasa por su trabajo. De igual manera debe entenderse el pago por sobretiempo, u horas extras realizado en día de descanso obligatorio, debiéndose obtener el valor de la hora, con el porcentaje mencionado, y a éste sumarle el porcentaje que corresponda a la hora extra.

*** DESCANSO VACACIONAL**

“Podemos definir la institución como aquel derecho del trabajador, derivado de la relación que le liga con el empresario, y cuyo contenido consiste en la interrupción de la prestación de su trabajo durante un número determinado de jornadas consecutivas al año, sin dejar por ello de percibir las remuneraciones correspondientes a tales jornadas”. *ALONSO GARCIA, Manuel: Curso de Derecho del Trabajo. Séptima Edición. Actualizada, Editorial Ariel, Barcelona-España 1981, Pág. 444.*

Los trabajadores con contrato sujeto a modalidad, tienen derecho vacacional a completar el año de servicios, ya sea en función al plazo inicial, por renovación o por acumulación de tiempo de servicios, en contratos sucesivos con solución de continuidad, cuando no se ha reconocido el pago compensatorio vacacional.

Además de completar el año de servicios se debe cumplir con los requisitos que establece el D.Leg N° 713, en el Art. 10º, vale decir los siguientes:

- Trabajadores con jornada ordinaria de seis días a la semana, acumular un récord de 260 días. Precisando, diremos que debe entenderse 260 jornadas de trabajo.
- Trabajadores con jornada ordinaria de cinco días a la semana, acumular un récord de 210 días, o 210 jornadas de trabajos.
- En jornadas de 3 a 4 días a la semana, o en casos de paralización legal, se considera el período del año, y se otorga el derecho a todos los que no han acumulado 10 faltas injustificadas en dicho período.

Acotamos que el Art. 12 del mencionado D.Leg. prescribe que para computar el récord vacacional se consideran como días efectivos:

- La jornada ordinaria mínima de 04 horas.

- La jornada cumplida en días de descanso.
- Las horas extras en número de 04 horas o más en un día.
- La inasistencia hasta por 60 días, en casos de enfermedad común, enfermedad profesional o accidente de trabajo.
- El descanso pre y postnatal.
- El permiso sindical.
- Las inasistencias autorizadas.
- El período vacacional correspondiente al año anterior.

La remuneración que corresponde al período de descanso vacacional es de una remuneración habitual, en la misma cantidad a la que hubiere percibido en el caso de haber laborado. En el caso de los trabajos discontinuos o de temporada con duración mayor a un mes y menor a un año, el trabajador tiene derecho a una compensación remunerativa vacacional por el importe de un 11/2 por cada mes completo de labor efectiva.

En el supuesto caso de que no se otorgue el descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquirió el derecho, el trabajador debe ser compensado de la siguiente manera:

- Una remuneración por el trabajo realizado.
- Una remuneración por el derecho del descanso vacacional adquirido y no gozado.
- Una remuneración, por concepto de indemnización (no está afecta a tributos, ni retención de aportaciones).

*** DESCANSO EN DIAS FERIADOS NO LABORABLES**

“Existen determinados días del año en los cuales se producen celebraciones de acontecimientos históricos, sociales o religiosos, en los que su declaración de feriado por el Estado impone una pausa imperativa en el trabajo.

Como dice Carcavallo, responden a una finalidad distinta de la perseguida por otros reposos, puesto que no se imponen para reponer energías gastadas, sino por motivos diferentes, acordes con el acontecimiento que se festeja, permitiendo así que, el trabajador, sin mengua de su salario, participe de la festividad.” *MARTINEZ VIVOT, Julio: Elementos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2da. Edición corregida y actualizada. Editorial Astrea, Buenos Aires 1988, Págs. 236-237.*

Los trabajadores tienen derecho al descanso obligatorio remunerado, de conformidad con el Art. Del D.Leg. 713, concordante con el D.S. N° 178-91-PCM (Normas sobre el Derecho a Descanso Remunerado en los días Feriados) en las siguientes fechas:

- Año nuevo, 1° de enero
- Jueves y Viernes Santo (Fecha variable)
- Día del Trabajo, 1° de mayo
- San Pedro y San Pablo, 29 de junio
- Fiestas Patrias, 28 y 29 de Julio
- Santa Rosa de Lima, 30 de agosto
- Combate de Angamos, 08 de octubre
- Todos los Santos, 1° de noviembre
- Inmaculada Concepción, 08 de diciembre
- Navidad del señor, 25 de diciembre

- El día que se determine por dispositivo legal con motivo de la fiesta de cada localidad o provincia.

4.3.h). UTILIDADES

“El pago de utilidades significa la introducción en el contrato de trabajo de algún elemento del contrato de sociedad, como ya lo señalaba la Encíclica *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI, encomiando este principio. A diferencia de los incentivos para el logro de una mayor eficiencia por parte del trabajador que dé lugar al incremento de la productividad del trabajo, la participación de utilidades puede tener los mismos efectos, sin que haya lugar al exceso de esfuerzo por parte del trabajador, que ha motivado la crítica a los incentivos. La toma de conciencia del beneficio que significan las utilidades pagadas al trabajador tendrá como efecto un mayor rendimiento y una mayor productividad, como consecuencia de una acción coordinada de todos los que hacen empresa: empleadores y trabajadores, compañías y sindicatos.” **ROBALINO BOLLE, Isabel: *Manual de Derecho del Trabajo, Primera Edición, Editorial Mendieta, Quito 1988, Pág. 207-208.***

El D.Leg. N° 892 (11/11/96) no limita el otorgamiento de utilidades en razón a la naturaleza del contrato de trabajo ni al tiempo de duración, estableciendo solamente la forma y el porcentaje de distribución de acuerdo al tipo de empresa. En tal sentido el monto repartible se distribuye en dos partes: el 50% será repartido a todos los trabajadores atendiendo a los días efectivos trabajados y el 50% de saldo se distribuye atendiendo a la remuneración básica de cada trabajador.

El mencionado D. Leg. N° 892 en el Art. 5° expresamente dice: “Tienen derecho a participar en las utilidades todos los trabajadores que hayan cumplido la jornada

máxima de trabajo establecido en la empresa, sea a plazo indefinido o sujetos a cualquiera de las modalidades contempladas por el Título III del TUO del D.Leg. N° 728” (actualmente Título II de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

De conformidad con la acotada D.Leg. N° 892, los trabajadores participan en las utilidades de la empresa mediante la distribución de los porcentajes de renta anual, en la cantidad que especificamos a continuación:

- Empresas pesqueras, 10%
- Empresas de Telecomunicaciones, 10%
- Empresas Industriales, 10%
- Empresas Mineras, 8%
- Empresas de Comercio al por mayor y al por menor y restaurantes, 8%
- Empresas que realizan otras actividades, 5%

Las utilidades serán abonadas dentro de los treinta (30) días naturales siguientes al plazo señalado por las disposiciones legales para la presentación de la declaración jurada anual del impuesto a la renta (generalmente dicho plazo vence el 30 de marzo del año siguiente al cierre del ejercicio económico); vencido el plazo previo requerimiento por escrito, el monto a pagar, devenga interés moratorio, excepto durante el tiempo de suspensión de la relación laboral.

4.3.i). PRINCIPALES INNOVACIONES EN EL REGIMEN LEGAL DE LA MUJER TRABAJADORA

No hay duda de que el progreso de la mujer en los ámbitos personal y profesional en las últimas décadas ha sido extraordinario. Si bien es cierto en una época de la Historia predominaron una serie de restricciones, ya los fenicios daban cuenta de la importancia de su actividad, al permitirles ejercer el comercio, razón de ser de aquél pueblo, de su esplendor pretérito y de establecimiento de numerosas factorías por casi toda la ribera del Mediterráneo. Mas es Roma, a decir de Ibering, la sociedad que da a la mujer el lugar más honroso en la esfera jurídica. La mujer goza, en la Roma antigua de una estima y respeto muy elevados bajo la “manus” del marido y la tutela de los parientes.

En la edad media, el panorama feminista es de mayor alcance: hacia el siglo XII, cuando las ciudades comienzan a florecer, y a constituir atractivo para la mano de obra libre, la mujer empieza a incorporarse a algunos oficios en los que ha mostrado habilidad secular, como el de los tejidos e hilados.

En el Perú la Constitución política del Estado prevé como regla fundamental en su artículo 2 inciso 2 el derecho de igualdad ante la ley, conllevando esta premisa no ser discriminado por razón de sexo. Sin perjuicio de esta igualdad de rango constitucional, la legislación peruana ha optado por establecer varias regulaciones a favor de la mujer trabajadora, las cuales definen consideraciones extraordinarias en atención a la calidad implícita de la mujer, resultando estos últimos años fructíferos en la normativa que pasamos a exponer:

- a) La Ley N° 26644 (27/ VI /1996) regula las características del descanso pre y posnatal, asumiendo el otorgamiento de 45 días calendario para cada uno de

estos períodos. Esta norma prevé que el descanso prenatal se podrá diferir al posnatal por comunicación con antelación de dos meses a la fecha probable de parto. Del mismo modo, el descanso vacacional, así como los periodos pre y posnatal son acumulables si se comunican con 15 días de antelación al inicio del goce vacacional.

- b) La ley N° 27409 (25/ I /2001) fija un término de 30 días en calidad de licencia por adopción, siempre que el niño a adoptar no sea mayor de 12 años. El plazo para solicitar esta licencia es de 15 días contados a partir de la entrega física del niño. Si los solicitantes son cónyuges, la licencia es otorgada a la esposa. Por extensión, podemos interpretar que en caso de imposibilidad física de que la licencia sea gozada por la mujer, se daría en forma extraordinaria el beneficio al cónyuge varón, situación que implicaría por primera vez, en nuestra normatividad, que éste obtenga un beneficio a partir de una adopción formal que el matrimonio solicita.
- c) La ley N° 27606 (23/ XII / 2001) establece que el permiso de una hora por lactancia para el sector privado se extiende de 6 meses a 1 año, beneficio que se iguala en un mismo nivel que para el sector público. La modificación resultó precisa, pues no era comprensible que una trabajadora del sector privado gozara de un menor beneficio por lactancia de una trabajadora del sector público. Esta misma norma efectúa precisiones en relación con el adelanto y retraso en el alumbramiento. Refiere que si hay adelanto del alumbramiento respecto a la fecha de parto, dichos días de adelanto son acumulados, a petición de la trabajadora, al período posnatal. De igual modo, si el alumbramiento se produce después de la fecha probable de parto, los días

de retraso serán considerados de descanso médico. Una precisión de interés la constituye que si el parto fuera de naturaleza múltiple (asumimos más de un niño), el descanso posnatal se incrementa a 120 días.

- d) Por Ley N° 28048 (02/ VIII / 2003), se dispone que la mujer trabajadora podrá solicitar a su empleador no efectuar tareas de riesgo que pudieran poner en peligro la integridad física de su embarazo, siendo exigible para el empleador tomar las providencias debidas para cuidar esta situación.

Por último, es evidente notar las consideraciones extraordinarias que se insertan en un esquema de raciocinio de equidad a favor de la mujer trabajadora.

CONCLUSIONES

PRIMERO. Se ha probado que los contratos suscritos por la Dirección Regional de Salud-Puno, se han desnaturalizado dando origen a una nueva relación laboral sujetos en el sector público al régimen laboral del D.S. 276; y en el sector privado de conformidad con el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral a un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

SEGUNDO. Se ha acreditado que las causas jurídicas de la desnaturalización son la subordinación y dependencia de quien proporciona el servicio y aquél para y por cuenta de quién es proporcionado, ya que el trabajo es tratado legalmente de modo distinto por causa de esta especial vinculación jurídica.

Por el Principio de la Primacía de la Realidad, prevalece lo que ocurre en la práctica y esta por encima de los acuerdos formales o la apariencia contractual. De igual forma, se concluye que la suscripción, bajo la modalidad de Locación de Servicios, en forma mensual o trimestral resulta intrascendente, ya que el trabajador tiene el derecho a la irrenunciabilidad de los derechos, consecuentemente el Derecho al Trabajo, importa no solamente el acceso al centro de Trabajo, sino también, adquiere el derecho de protección contra el despido arbitrario, una vez superado un año de labor ininterrumpida, muy a pesar de haber suscrito contratos por servicios no personales

de acuerdo al Art. 1764 del Código Civil, esta se halla dentro de los alcances del Art. 1º de la Ley 24041 y el principio de la Primacía de la Realidad.

TERCERO. Se ha acreditado que las causas extrajurídicas de la desnaturalización de los contratos de locación de servicios son el marcado de tarjetas, la emisión y/o recepción de memorando de llamadas de atención u otros, el trabajar en una Institución con materiales propios de la entidad (computadora, papeles, lápices, borradores etc), el trabajar de manera continua más de 8 horas diarias.

CUARTO. Se ha verificado que los aspectos que evidencian la desnaturalización de los contratos de locación de servicios son la continua y permanente renovación de dichos contratos por parte de la Región de Salud, susceptibles de crear vínculos estables entre las partes de naturaleza laboral. De igual forma, el abaratar costos de contratación (pago CTS, gratificaciones, vacaciones u otros) al esconder con el nombre y formalidades de locación de servicios una relación de naturaleza laboral que por lógica debió haber nacido de un contrato de trabajo.

Las ventajas en este tipo de contratos de locación de servicios, es que el empleador resulta favorecido, porque en vez de contratar a un trabajador a plazo indefinido, le permite contratar sólo por cierto tiempo, liberándose de una serie de costos laborales, además de que el trabajador bajo esta modalidad de contratación le es más competitivo y productivo.

QUINTO. Se ha demostrado que las consecuencias jurídicas de la formación de nuevos contratos son, que justamente transforma estos contratos a los de

ordenamiento laboral como aquella que se encuentra dentro de los alcances de la Ley 24041, y la otra dentro del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728-D.S.003-97-TR, en la que toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

SEXTO. Se ha demostrado que en la Administración Pública, existen servidores contratados, bajo la modalidad de servicios personales (contrato con plaza orgánica) amparados por el D.Leg. 276, y su respectivo Reglamento N° 005-90-PCM, cuya naturaleza es laboral, de características generales, con derechos y beneficios como: percibir una remuneración real, estar asegurados, percibir pago de bonificaciones, gratificaciones, aguinaldos y otros que por ley les corresponde.

De igual forma en la misma Administración Pública existen servidores contratados bajo la modalidad de Contrato de locación de servicios, regulada por el artículo 1764° del Código Civil, de naturaleza privado, sin ningún tipo de derechos, bonificaciones, ni beneficios que les corresponde conforme al trabajo prestado, por no existir vínculo laboral. Y se concluye que en la celebración de un contrato de trabajo, no depende de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en la que el trabajador se encuentra, colocado en una entidad, además esta demostrado que las personas que presten servicios en la Administración pública, no son Locadores de Servicios, sino Trabajadores Públicos, sometidos de acuerdo a la conveniencia de la patronal.

SEPTIMO. Esta comprobado que el contrato de locación de servicios regulado por el Código Civil tiene en común con el contrato de trabajo dos de sus elementos

esenciales: la obligación del deudor de trabajo de proporcionar al acreedor su actividad laborativa y el compromiso de este de abonarle a cambio una retribución. En consecuencia, la distinción entre ambos, de la cual derivan trascendentales consecuencias jurídicas, se establece únicamente en función de la presencia o ausencia del elemento subordinación.

OCTAVO. Se ha demostrado que el hecho de que una prestación de servicios concreta se encuentre en el campo civil o laboral, no depende de la forma del contrato que las partes celebran, sino de su naturaleza. Y que si un empleador aprovechando las circunstancias socio-económicas obliga al trabajador a suscribir un contrato de locación de servicios y éste es sometido a la apreciación del juez, éste declarará dicho contrato como de naturaleza laboral. Sin embargo, que estos mecanismos de protección del Derecho del Trabajo frente al fraude operan solamente cuando el afectado recurre ante la autoridad judicial para que declare la naturaleza laboral del vínculo. Si el trabajador no hace uso de los mismos, su situación laboral irregular e ilícita quedaría convalidada. La propia situación de desamparo legal de esta clase de trabajadores nos conduce a dudar de la posibilidad de que estos recurran en forma generalizada a dicha vía, sometiéndose a los riesgos de un despido inmediato.

SUGERENCIAS

PRIMERO. Es necesario seguir estudiando el tema, y profundizar en las relaciones que impone la globalización, el estado y el empleador en este mundo competitivo; además en otros ámbitos ya que la justicia, una vez más, empieza con el trabajo del hombre.

SEGUNDO. Si bien es cierto que la nueva Ley Marco del Empleo Público (Ley N° 28175), norma las relaciones de trabajo en el empleo público y la gestión del desempeño laboral para brindar servicios de calidad a los usuarios sobre la base de las políticas de gestión por resultados y que derogará en forma expresa y genérica a la normativa actual referida a la función pública (D.Leg. N° 276 y D.S.N° 005-90-PCM) y será desarrollada y complementada por otras cinco normas: de la carrera administrativa, de los funcionarios y empleados de confianza, de la gestión del empleo público, de las responsabilidades e incompatibilidades del personal del empleo público y por último lo relativo a la Ley 20530, superará una organización burocrática ineficiente, improductiva, de espaldas a su entorno, que mira más sus intereses que de los usuarios, a quienes trata con indiferencia y, a veces con despotismo. Una estructura administrativa con bajos niveles de aceptación pública, y con escasos niveles de comunicación interna y externa. Un cuerpo de trabajadores públicos que muchas veces se fija únicamente en el cumplimiento del procedimiento más que en el resultado eficiente de su gestión. Sin embargo en mérito al proceso de globalización inserto en la sociedad y las experiencias normativas acerca de gestión de personal exitosas en Inglaterra, Brasil y Chile; es necesario:

- La necesidad de una reforma estatal y de una reforma administrativa.
- La necesidad de un nuevo cuerpo legislativo que regule la actuación de los trabajadores que presten servicios al estado, en relación como ya expresamos, con una política de resultados y de rendición de cuentas; y colocar en agenda la eliminación de todo tipo de contratos que no cuenten con ningún tipo de beneficios ni derechos laborales.

TERCERO. El debate sobre la reestructuración del sistema laboral en el país recién empieza. La iniciativa de que la solución a la informalidad en el empleo no pasa simplemente por el tema de los costos laborales sino que requiere de un enfoque integral y que debe partir de dos supuestos: **PRIMERO**, la informalidad, puesto que tres de cada cuatro trabajadores están en el sector, lo que supone que no reciben beneficios, carecen de Seguridad Social y no reciben pensión de jubilación, no pagan contribuciones ni impuestos al Estado y, finalmente representan una competencia desleal frente a aquellas empresas formales. **SEGUNDO**, la productividad o competencia. El Perú tiene las tasas más altas no solo de informalidad laboral sino también de improductividad y baja competencia en América Latina. Al no ser productivo ni competitivo, recibe uno de los peores salarios netos del Pacto Andino. Es necesario crear incentivos administrativos para que las empresas inviertan en capacitación y crear mecanismos para promover el uso de los bonos de productividad. En forma complementaria podrían revisarse algunos costos laborales que resulten desproporcionados o injustos como las vacaciones, indemnizaciones por despido arbitrario, los ceses colectivos y contratos de locación de servicios.

Recordemos que un trabajador que no cuenta con los mínimos derechos laborales, tampoco puede acceder al sistema crediticio, lo que perjudica al consumo interno, con grave influencia sobre la producción nacional. A partir de esta reflexión elaborar una nueva Ley General de trabajo.

CUARTO. Se sugiere la eliminación del Contrato de trabajo bajo la modalidad de Locación de Servicios, porque continuamente se lo desnaturaliza, tanto en el sector público como el privado; por ser un acto aparente distinto a su esencia misma y subyace uno verdadero real, a la vez carecen de diversos derechos y del amparo que el Derecho Laboral peruano debiera prestarles.

Más aún que el Poder Judicial aplicando el Principio de la Primacía de la Realidad, significando que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos y acuerdos, da preferencia a lo primero, es decir a la labor prestada por el trabajador, y que llega a ser un mal negocio para el empleador por cuanto abonará al trabajador sus remuneraciones dejadas de percibir, sus bonificaciones u otros.

QUINTO. La Ley del Sistema de Control a través de sus Organos competentes deberían tener mayor presencia y firmeza en la verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos públicos, así como los procedimientos y operaciones que emplean en su accionar, además de exigir a los Funcionarios Públicos la plena responsabilidad por sus actos en la función que desempeñan y recomendando la adopción de las acciones necesarias preventivas, de validación, correctivas, sancionadoras o ejecutándolas en caso de incumplimiento por ser los llamados en

alertar para el caso concreto el tipo de contrato a realizar y orientar en salvaguarda de los intereses comunes el mejor mecanismo de contratación, sin tomar en cuenta el de locación de servicios por los vicios expuestos.

SEXTO. Se debería otorgar mayores facultades a los Inspectores de Trabajo para que puedan no solamente aplicar el Principio de la Primacía de la Realidad en sus Inspecciones, sino que supervisar el cumplimiento irrestricto de sus observaciones bajo sanciones pecuniarias (multas) y/o denuncias ante el Órgano Jurisdiccional.

PROYECTO DE LEY

EXPOSICION DE MOTIVOS

Luego de más de veinte años de vigencia ininterrumpida del Código Civil de 1984, éste se encuentra actualmente en fase de revisión. El nombramiento de sendas comisiones de estudio, ha servido para abrir el debate respecto de la conveniencia de introducir cambios en su contenido, con el fin de adaptarlo a las transformaciones operadas en la sociedad peruana desde entonces.

La ocasión se torna, de este modo, propicia para retomar un viejo y sin embargo aún no resuelto debate, como es el de las relaciones entre la contratación civil y la contratación laboral. Este es un debate que cobró particular importancia e intensidad a lo largo de la fase preliminar a la aprobación del Código Civil, durante la cuál la doctrina laboralista vertió sus críticas tanto a la propuesta e inclusión de contrato de trabajo dentro de dicho código, como a la amplia definición ofrecida para el que finalmente recibiría la denominación de contrato de locación de servicios.

Nadie cuestionó entonces, en cambio, la pertinencia de tipificar dicho contrato, ni tampoco su aptitud para caracterizar las prestaciones de trabajo que, por carecer del requisito esencial de subordinación o dependencia, debían permanecer extramuros del ámbito de aplicación del Derecho Laboral. Finalmente, como es sabido el legislador optó por extraer del código la referencia del contrato de trabajo, pero mantuvo sin alteraciones la noción propuesta para el contrato de locación de servicios, cuya necesidad era hasta entonces unánimemente aceptada. El contrato de locación de servicios quedó, así, definido por el artículo 1764, en claro contrapunto con el contrato de trabajo, como aquél en virtud del cual una persona denominada locador,

“se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

Por ello: Planteo la derogatoria de todo el Capítulo Segundo LOCACION DE SERVICIOS, artículos 1764 al 1770 del Código Civil en el presente Proyecto de Ley y que quedará de la siguiente manera:

LEY N°.....

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Artículo Unico.- Derogar el Capítulo Segundo Locación de Servicios artículos 1764 al 1770 del Título IX Prestación de Servicios del Código Civil Vigente, por ser un acto aparente distinto a su esencia misma.

ANEXOS**ANEXO N°01****PLENO JURISDICCIONAL LABORAL-2000.****LOCACION DE SERVICIOS Y CONTRATO DE TRABAJO.
(CONCLUSIONES)****CONSIDERANDO:**

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

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

Que, de conformidad con el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 –Ley de Productividad y Competitividad Laboral- en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

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

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

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

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

EL PLENO ACUERDA:

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

SEGUNDO.- De darse el supuesto anterior, consentida o ejecutoriada que sea la sentencia, el Juzgado deberá poner en conocimiento de las instituciones que correspondan o entidades del Estado que tengan a su cargo la administración y o

fiscalización de las contribuciones y aportaciones sociales, para los efectos pertinentes.

ANEXO N° 02**EXP. N° 598-2000-AA/TC****PUNO****MATEO CCOPA PAUCAR****SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

En Lima, a los dieciocho días del mes de octubre del dos mil uno, reunido el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores Magistrados Aguirre Roca, Presidente; Rey Ferry, Vicepresidente, Nugent, Díaz Valverde, Acosta Sánchez y Revoredo Marsano, con el fundamento singular, adjunto, del Magistrado Manuel Aguirre Roca, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Mateo Ccopa Paúcar contra la sentencia expedida por la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Puno, de fojas ciento sesenta y siete, su fecha primero de junio de dos mil, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

El demandante interpone acción de amparo contra la Municipalidad Provincial de Puno, con el objeto de que se deje sin efecto *el despido de hecho*, sea reincorporando en su Centro de trabajo, y se le cancelen las remuneraciones dejadas de percibir. Afirma que ingresó a laborar en la entidad demandada el dos de enero de mil novecientos ochenta y ocho, desempeñando labores de limpieza pública, actividad que es de naturaleza permanente, y que las realizó, en forma continua. Hasta el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, fecha en la que se le indicó el Ingreso a su Centro Laboral. Agrega que se halla amparado por la Ley N° 24041, no pudiendo ser cesado sino por la comisión de falta y mediante proceso administrativo, razón por la que el acto de despido conculca su derecho al trabajo.

La demandada afirma que la labor desempeñada por el demandante no era de naturaleza permanente ni continua, que estaba basada en contratos por "servicios no personales", y que el ejercicio de la acción caducó, debido a que su último contrato venció el treinta y uno de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

El Primer Juzgado Mixto de Puno, a fojas ciento venticuatro, su fecha seis de marzo de dos mil, declaró improcedente la acción de amparo, estimando que no existía contrato de servicios no personales que sustentara la aplicación de la Ley N° 24041, y que se requiere de estación probatoria para resolver la pretensión planteada.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos.

FUNDAMENTOS

En el presente caso, tratándose el acto impugnado de una simple vía de hecho y no existir resolución susceptible de ser impugnada, la vía previa no se encuentra

regulada, por lo que es de aplicación la excepción establecida en el inciso 3) del artículo 28° de la Ley N° 23506.

Obra en autos a fojas treinta y tres siguientes, y, ciento nueve y siguientes, copia del cuaderno de registros de asistencia de la demandada, correspondiente al mes de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, donde se acredita que el demandante laboró hasta el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, hecho que, por lo demás el apoderado del representante de la demandada reconoce en su escrito de fojas noventa y nueve, aunque manifiesta que el demandante lo hizo con la finalidad de aferrarse a un contrato que ya había vencido. Esta manifestación resulta irrelevante, debido a que el citado cuaderno de registro se constata las horas de ingreso que denotan la existencia permitida, por la propia demandada, de una efectiva relación laboral al margen de la conclusión de la vigencia del contrato el treinta de octubre de mil novecientos noventa y nueve; por consiguiente, habiéndose efectuado el despido de hecho, con fecha primero de diciembre de ese mismo año, y la demanda interpuesta con fecha dos de febrero de dos mil, ésta se halla dentro del plazo de sesenta días de conformidad con el Artículo 37° de la Ley N° 23506.

Obra en autos copia de los siguientes documentos: a) Certificado de Trabajo expedido por el alcalde de la Municipalidad, el Jefe de la Unidad de personal y el Director Municipal, de agosto de mil novecientos noventa y cuatro, según el cual el demandante laboraba, a esa fecha, desde el año de mil novecientos ochenta y ocho (a fojas dos); b) Boleta de Pago del demandante correspondiente al mes de marzo de mil novecientos noventa y ocho (a fojas tres), por la que se acredita la continuidad de la relación laboral hasta entonces, desde la fecha de ingreso al centro laboral, c) planillas de control de asistencia correspondientes al periodo de enero a diciembre de mil novecientos noventa y ocho (de fojas dieciséis a veintiséis), d) Contratos de locación de servicios concernientes al periodo de enero a octubre de mil novecientos noventa y nueve (fojas ochenta y siguientes) y el ya mencionado cuaderno de registro de asistencia del mes de noviembre de ese mismo año. Los documentos mencionados acreditan fehacientemente que el demandante ha laborado para la demandada, desde el mes de enero de mil novecientos ochenta y ocho hasta el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, esto es, durante más de once años, desempeñando la labor de limpieza pública, que es de naturaleza permanente y que desempeñó en forma ininterrumpida por más de un año, lo cual tampoco ha sido desvirtuado por la entidad demandada. Por consiguiente, el demandante se halla dentro de los alcances de la Ley N° 24041, consecuentemente, no podía ser cesado ni destituido sino por las causas previstas en el Capítulo V del decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido.

Si bien la relación entre el demandante y la demandada se apoyó en contratos por servicios no personales, de acuerdo con el Art. 1764° del Código Civil; se advierte que el demandante desempeñó una labor de naturaleza permanente, como es la limpieza pública, y que se prolongó por más de once años. Por ello no resiste el menor análisis sostener que una labor que ha tenido tan extenso periodo de duración pueda considerarse razonablemente como “temporal”, pues la temporalidad significa lo circunstancial o perentorio en el tiempo, por el contrario, ese periodo tan extenso refleja la naturaleza permanente de la labor, máxime si el servicio prestado por el demandante no se encontraba bajo ninguno de los supuestos comprendidos en el artículo 2° de la Ley N° 24041, esto es, que el contrato no se celebró para desempeñar una “obra determinada”, ni para “proyectos de inversión”, “proyectos especiales”, ni para “labores eventuales o accidentales de

corta duración". Por ello, en virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que la relación en cuestión tuvo los caracteres de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral, razón por la cual la apariencia de una relación civil a través de contratos por servicios no personales no modifica que el demandante se encontrara comprendido bajo los alcances de la Ley N° 24041; por el contrario, esta consideración se sustenta en el principio de la primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y que ha sido impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del trabajo, que ha consagrado a éste como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (art. 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del estado (Art. 23°). Quiere decir ello que el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.

En consecuencia, la decisión de la Municipalidad Provincial de Puno de dar por concluida la relación laboral con el demandante, sin observar el procedimiento contemplado en el Capítulo V del decreto legislativo N° 276, resulta lesivo de sus derechos constitucionales al trabajo, al debido proceso y a la defensa.

La remuneración constituye una contraprestación por un servicio efectivamente prestado, lo que no ha ocurrido en el presente caso durante el periodo no laborado.

Por estos fundamentos el tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Estado y su Ley Orgánica

FALLA

REVOCANDO la recurrida, que, confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda, reformándola, la declara **FUNDADA**; en consecuencia, ordena que la Municipalidad Provincial de Puno reincorpore a don MATEO CCOPA PAUCAR en el cargo que venía desempeñando en el momento de la trasgresión de sus derechos constitucionales, o en otro de igual o similar jerarquía, sin abono de las remuneraciones dejadas de percibir durante el periodo no laborado. Dispone la notificación de las partes, su publicación en el diario oficial *El Peruano* y la devolución de los actuados.

S.S.

AGUIRRE ROCA

REY TERRY

NUGENT

DIAZ VALVERDE

ACOSTA SANCHEZ

REVOREDO MARSANO

EXP. N° 598-00-AA/TC

FUNDAMENTO SINGULAR DISCREPANTE DEL DR. MANUEL AGUIRRE ROCA.

Mi fundamento singular discrepante consiste en que considero que el reclamo correspondiente al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, tiene naturaleza

indemnizatoria, y no, evidentemente, restitutoria, razón por la cual debe dejarse a salvo, en forma expresa, el derecho del demandante a reclamar la respectiva indemnización en la forma legal respectiva.

SR.
AGUIRRE ROCA.

ANEXO N°03**LEY N° 24041**

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPUBLICA DEL PERU:

Ha dado la Ley siguiente:

Artículo 1.- Los servidores públicos contratados para labores de naturaleza permanente, que tengan más de un año ininterrumpidos de servicios, no pueden ser cesados, ni destituidos sino por las causas previstas en el Capítulo V del Decreto Legislativo N° 276 y con sujeción al procedimiento establecido en él, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15° de la misma ley.

Artículo 2.- No están comprendidos en los beneficios de la presente ley los servidores públicos contratados para desempeñar:

- Trabajos para obra determinada.
- Labores en proyectos de inversión, proyectos especiales, en programas y actividades técnicas, administrativas y ocupacionales, siempre y cuando sean de duración determinada.
- Labores eventuales o accidentales de corta duración.
- Funciones políticas o de confianza.

Artículo 3.- Deróguese las disposiciones que se opongan a la presente ley, la cual entrará en vigencia al día siguiente de su publicación.

Comuníquese al Presidente de la República para su promulgación

Casa del Congreso, en Lima, a los doce días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y cuatro.

FERNANDO CALMELL DEL SOLAR

Primer Vicepresidente del Senado

CARLOS MANCHEGO BRAVO

Senador Secretario

ELIAS MENDOZA HABERSPERGER.

ANEXO N° 04**OFICIO N° 08-FUCSNP-MINSA-PUNO/04**

Sres.

Comisión de Trabajo del Congreso de la República.

L I M A

ASUNTO: Exigimos cumplimiento a Oficio N° 030-2004-OGA-MINSA.

Mediante la presente les saludamos muy cordialmente. Ante decisión arbitraria de algunos Directores de REDES de pretender evaluar al personal contratado por servicios no personales, contradiciendo al Oficio N° 030-2004-OGA/MINSA de fecha Lima 20 de febrero del 2004. Por lo que recurrimos a sus personas para evitar estos atropellos. Adjuntamos pronunciamiento.

Sin otros particulares le reiteramos nuestros saludos,

Atentamente,

FRENTE UNICO DE TRABAJADORES
CONTRATADOS POR SERVICIOS NO PERSONALES
MINISTERIO DE SALUD-PUNO.

“AÑO DEL ESTADO DE DERECHO Y DE LA GOBERNABILIDAD DEMOCRÁTICA”

PRONUNCIAMIENTO

Puno, 15 de marzo del 2004.

- A la Prensa y Opinión pública
- Al Ministerio de Salud
- Frente Estratégico de Salud, Colegios Profesionales Puno
- Frente de Transparencia de Salud-Puno.
- Colegio Médico, Odontólogos, Enfermeras Obstétricas y demás.
- Sindicatos diversos de Trabajadores y Profesionales a nivel Nacional.
- Organizaciones que velan por la transparencia de los trabajadores.

ASUNTO: PROTESTAMOS ENERGICAMENTE ANTE LOS PEDIDOS ARBITRARIOS Y EL DESACATO A LAS DIRECTIVAS DEL MINSA POR PARTE DE LA DIRECCION REGIONAL DE SALUD PUNO.

Ponemos de conocimiento a las autoridades competentes y ante la opinión pública, lo siguiente:

- Que los trabajadores de salud por servicios no personales venimos laborando desde hace 9 años sin gozar de derechos laborales del sector público, como: vacaciones, escolaridad, fiestas patrias, navidad, licencia por salud, ni por fallecimiento entre otros; además con los sueldos paupérrimos y congelados desde el año 1995: Técnicos en enfermería S/. 400.00; Odontólogos, enfermeras y Obstétricas S/. 600.00; médicos S/. 1,200.00 nuevos soles; y siendo considerados ajenos al Ministerio de Salud por no tener derechos sindicales.
- Nosotros los trabajadores como personal de salud viene siendo contratados mensualmente (contratos por un mes) laborando bajo presión psicológica por las condicionantes intimidantes del trabajo por parte de las direcciones de turno de esta DISA de Puno.
- A la fecha laboramos en esta modalidad 410 servidores entre médicos, odontólogos, enfermeras, obstétricas, y personal técnico los cuales en el presente año han sido despedidos arbitrariamente y en forma sistemática en una primera etapa 39 trabajadores por SNP, los mismos que han sido amedrentados ante su reclamo y siendo reemplazadas estas plazas sin concurso y colocados a dedo por las autoridades de turno y sujetos a

actos de corrupción; haciendo la promesa de reubicarlos posteriormente (“TREMENDA FALACIA”).

- No se vienen acatando ni dando cumplimiento a las Directivas del MINSA por ejemplo oficio circular N° 030-2004-OGA/MINSA (Lima 20 FEB 2004); Oficio N° 247-2003-GR-PUNO/GRDS (Puno, 17 de diciembre del 2003); entre otros documentos que prohíben el despido arbitrario y el respeto a los trabajadores contratados por SNP (Adjuntamos fotocopias), en el cual se dispone un trato más benigno y justo para el personal contratado por servicios no personales.
- En el último contrato de locación de servicios en cláusula sexta refiere “El plazo de contrato tendrá una duración de un mes a partir del 1° de febrero al 29 de febrero del 2004 contrato que podrá renovarse previa evaluación...” Contraponiéndose al Oficio Circular 030-2004-OGA-MINSA. Párrafo a que a la letra dice: “A todas las Unidades Ejecutoras (DISAS) deberán disponer las medidas administrativas suficientes para garantizar que la vigencia de los servicios no personales no este supeditada a actos arbitrarios, sino a razones estrictamente objetivas bajo la responsabilidad del funcionario encargado. Los contratos deberán ser prioritariamente no menores de 6 meses. Toda conclusión de contrato de servicios no personales deberá informarse a la Oficina General de Administración debidamente documentada”. Por lo anterior mencionado protestamos enérgicamente contra los actos arbitrarios y abusivos de la DIRECCIÓN REGIONAL DE SALUD PUNO.

POR LO QUE EXIGIMOS:

PRIMERO.- Un trato justo, humano y el respeto estricto a las directivas emanadas por el Ministerio de Salud.

SEGUNDO.- La pronta reasignación del personal nombrado y la convocatoria a concurso público de las plazas orgánicas existentes en forma transparente.

TERCERO.- Invocamos a nuestros compañeros de trabajo no acatar ningún tipo de evaluación y exigir sus derechos.

CUARTO.- La reposición inmediata de los compañeros despedidos (39) arbitrariamente entre el mes de enero y febrero del presente año, y la anulación de los exámenes de las “BRIGADAS” los cuales dejan mucho que desear.

QUINTO.- Los trabajadores por servicios no personales pasar URGENTE a la modalidad de cobro por planilla y el nombramiento automático de los que por años venimos laborando.

SEXTO.- Basta ya de abusos de Autoridad contra el personal por servicios no personales por parte de nuestra Dirección Regional de salud-Puno.

¡Viva la Lucha de los trabajadores contratados por servicios no personales en la Dirección de Salud Puno!

Atentamente,

**FRENTE DE TRABAJADORES
CONTRATADOS POR SERVICIOS NO PERSONALES.**

ANEXO N° 05**INFORME N° 24-03-CSL-REDESS PUNO**

A : JEFE DE UNIDAD DE PERSONAL DE LA REDESS-PUNO
DE : Dra. Maricela Pizarro Ope
MEDICO JEFE DEL C.S. LARAQUERI

ASUNTO : INFORME DE ASISTENCIA DEL MES DE NOVIEMBRE 2003.
FECHA : 01 de Diciembre del 2003.

Es grato dirigirme a Ud., para informarle sobre el control de asistencia del personal que labora en el Centro de Salud Laraqueri y es como sigue:

C.D.EDITH NEYRA QUISPE: Día 09: Elecciones Colegio Odontológico (No hizo llegar documento). Día 10:Tardanza Injustificada (ingresó 08:45 Hrs.) Día 11: Tardanza Injustificada (Ingresó 08:30 Hrs). Día 13: Tardanza Injustificada (Ingresó 08:30). Día 17: Asistencia a Reunión de Salud Bucal (No se adjunta documento). Día 18: Tardanza injustificada (ingresó 08:55 Hrs.). Día 23: Tardanza Injustificada (Ingresó 08:45 Hrs). Día 29:Inasistencia injustificada. Resto del mes laboró de acuerdo a Rol de trabajo programado.

Es todo cuanto informo para su conocimiento y fines pertinentes.

NOTA: Se adjunta al presente Partes diarios de Asistencia y documentos respectivos.

ATENTAMENTE,

Maricela Pizarro Ope
Médico Cirujano
C.M.P. 29519

ANEXO N° 06INTERPONE DEMANDA CONSTITUCIONAL DE AMPARO.

SEÑOR JUEZ DEL SEGUNDO JUZGADO MIXTO DE TURNO DE LA PROVINCIA DE PUNO.

ROXANA ROSAS VELASQUEZ, trabajadora contratada por Locación de servicios como Obstetrix del C.S.Ollaraya de la REDESS-Yunguyo, recorro a su despacho a fin de interponer Accion de Amparo, frente a la arbitrariedad, el daño causado e irreparable a la peticionante, para permitir exceptuar el agotamiento de la via administrativa, analizando la idoneidad, suficiencia y eficacia del procedimiento para atender el derecho de la accionante; por violación del derecho constitucional al trabajo, el derecho de defensa, el derecho a un debido proceso, y el de legalidad e igualdad ante la Ley; que la dirijo en contra del Director Regional de Salud de Puno Dr. ~~ROLANDO MONTES DE OCA VELAZCO~~ y el Director de la REDESS-Yunguyo Dr. LUIS ANTONIO MALDONADO NEYRA, por la expedición del Oficio N° 103-2004-DIRESA-PUNO/REDESS-Y, de fecha 25 de marzo del 2004, causante de la determinación de mi cose ilegal en mi Centro Laboral.

FUNDAMENTO DE HECHO:

PRIMERO.- La recurrente ingresó a trabajar a la Dirección Regional de Salud-Puno el 01 de abril del 2002, en calidad de obstetrix por la modalidad de contrato de locación de servicios, previo concurso público, ocupando la plaza vacante de C.S. Ollaraya de la REDESS- Yunguyo, realizando labores de naturaleza permanente, supeditada a un horario de trabajo, subordinada a un médico Jefe percibiendo una remuneración de S/. 600.00 nuevos soles en forma mensual.

SEGUNDO.- De manera ininterrumpida hasta el 04 de mayo del 2004, he trabajado en dicho centro, siempre en el cargo de Obstetrix desempeñando labores de naturaleza permanente análogas a mis compañeras obstretrices nombradas, lo cual se evidencia por el principio de Primacia d la Realidad abordado en el Contrato de trabajo y fundamentado en el Pleno Jurisdiccional Laboral 2,000 en el toma N° 1 sobre locacion de servicios y contrato de trabajo.

TERCERO.- La subordinación se da por cuanto recibía ordenes del Jefe del Centro de Salud, me llegaba documentos para asistir a eventos, reuniones de trabajo y otros. Está fehacientemente acreditado mi vínculo laboral con los contratos que adjunto al presente, y la abundante documentación administrativa que acompaño como prueba enriquecedora a la presente.

CUARTO.- Resulta que en circunstancias en que la recurrente hacía uso de mis días libres (14 y 15 set. 2003), conforma al horario de trabajo del servicio; es que el día 15 del mismo mes y año, se produce una muerte materna (gestante) DE LA SRA. MIRMA ELOISA CHUARA ARRATIA en su hogar y que fue atendida por una partera, sin siquiera llevarla al Centro de Salud donde se encontraba el equipo de trabajo conformante por una enfermera y técnica, quienes sabían que la occisa se encontraba gestando. La autopsia de ley, confirmó la muerte por retención de placenta. Al siguiente día, el 16 por la tarde a la hora de mi ingreso, recién me enteré del fallecimiento , además en horas de la mañana se había llevado a cabo una reunión

con el personal de la REDESS-Yunguyo en el Centro de Salud, sin mi presencia, en donde se me imputó de dicha muerte por salvar la responsabilidades tanto el médico Jefe, la enfermera así como la Obstetrix.

QUINTO.-Señor Juez me han secado de mi Centro de Trabajo sin causa menos motivo alguno, en mi lugar han colocado a la Obsteriz AGUIDA OCHOA CERPA sin concurso, solamente a dedo y sin que sepa de los móviles de la rescisión del contrato, que me lo han hecho conocer recién en la interposición de la presente demanda. Sucede que el Director de la REDESS Yunguyo, comunica al Director de la Región de Salud, a través del oficio N° 103 de fecha 25 de marzo del 2003, que como producto de la evaluación realizada al personal contratado por el PSBPT, evaluación realizada por coberturas y rendimiento laboral, en donde se ha observado una calificación insatisfactoria a la Obstetrix ROXANA ROSAS VELASQUEZ del Centro de Salud Ollaraya, para tal efecto alcanzo los documentos sustentatorios. Pero es sorprendente que en dicha evaluación solamente se evidencia la existencia de una muerte materna y una calificación de rendimiento (malo), sin darme la oportunidad de conocer dicha evaluación, realizando a mis espaldas con el único propósito de sacarme de mi trabajo.

SEXTO.-Para demostrar que mi trabajo la realizaba bajo un horario rígido pre-establecido, adjunto algunas tarjetas de control de asistencia. Señor Juez con la arbitraria e ilegales documentos se impide mi realización de mi persona y familia, al haberseme despedido de hecho de mi trabajo, truncando mi derecho a percibir mis remuneraciones que es el fruto de mi trabajo, lo que he adquirido con sujeción a la ley y en forma legítima. Tanto más que afecta mi dignidad al producirse mi despido de esta manera sin si quiera haberseme dado la oportunidad de conocer las causas o motivos del porque se truncaba intempestivamente mi trabajo.

Es más el derecho al trabajo establecido por el Art. 22° de la Constitución, tiene un doble contenido, por un lado el derecho de toda persona de acceder a un puesto de trabajo y por otro lado el de no ser despedido sino por causa justa materializándose éste segundo supuesto en lo establecido en el Art. 27° de la misma carta magna, en cuenta establece que la Ley otorga protección frente al despido arbitrario.

Por resolución Nro. 01.
Puno, cuatro de junio del
Dos mil cuatro.

El Juez del segundo Juzgado Mixto de Puno, admite a trámite la presente Acción Constitucional y corre traslado de la presente a la Dirección Regional de Salud y REDESS Yunguyo..

ANEXO N° 07

**APRUEBAN ACTA DE COMPROMISO SUSCRITO CON
REPRESENTANTES DE LA FEDERACION MEDICA PERUANA,
ASOCIACION NACIONAL DE MEDICOS DEL MINISTERIO,
ASOCIACIÓN NACIONAL DE MEDICOS CONTRATADOS POR SERVICIO
NO PERSONAL Y ASOCIACIÓN NACIONAL DE MÉDICOS
RESIDENTES.**

RESOLUCIÓN MINISTERIAL

N° 1238-2003-SA/SG-DM

Lima 12 de Diciembre del 2003.

Con el visto bueno de las Oficinas Generales de asesoría Jurídica, de Planeamiento Estratégico, de Gestión de Recursos Humanos y de Administración; y,
De conformidad con los lineamientos de Política Sectorial 2002-2012 y el Artículo 6° inciso b) del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud;

SE RESUELVE:

Aprobar, en el ámbito de competencia del Titular del sector, el Acta de Compromiso suscrita el 12 de diciembre de 2003 por el Ministerio de Salud y los representantes de la Federación Médica Peruana, Asociación Nacional de Médicos del Ministerio de Salud, Asociación Nacional de Médicos Contratados por Servicios No personales, y Asociación Nacional de Médicos Residentes; documento que en 03 Folios y 25 puntos, constituye anexo a la presente Resolución, en la que de manera prioritaria, en los puntos 1 al 9 se establecen los acuerdos de solución a la problemática de los médicos contratados por servicios no personales.

Regístrese y comuníquese

ALVARO VIDAL RIVADENEYRA

Ministro de Salud.

ACTA DE COMPROMISO ENTRE EL MINISTERIO DE SALUD, LA FEDERACION MÉDICA PERUANA, LA ASOCIACIÓN NACIONAL DE MEDICOS DEL MINISTERIO DE SALUD, LA ASOCIACION NACIONAL DE MEDICOS CONTRATADOS POR SNP Y LA ASOCIACION NACIONAL DE MEDICOS RESIDENTES DEL PERU.

En la ciudad de Lima, a los 12 días del mes de diciembre del 2003, siendo las 15:00 horas, reunidos el Ministro de Salud, Dr. Alvaro Vidal Rivadeneyra, el Presidente de la Federación Médica Peruana, Dr. Luis Paredes Navarro, el Presidente de la Asociación Nacional de Médicos del Ministerio de Salud, Dr. Rafael Deustua Zegarra, el Presidente de la Asociación Nacional de Médicos Contratados por SNP, Dr. Cesar Palomino Colina y el Presidente de la Asociación Nacional de Médicos Residentes del Perú, Dr. Jaime Morán Ortiz.

Tras varias sesiones: concordamos en la mesa de diálogo y trato directo, habiendo llegado a los siguientes acuerdos:

SOBRE LOS MEDICOS CONTRATADOS POR SERVICIOS NO PERSONALES:

- Durante los meses de diciembre del 2003 y enero del 2004 el Ministerio de Salud elaborará y gestionará la dación e implementará el instrumento normativo que permita la transferencia de fondos del grupo genérico de gasto 03 al 01, para la rehabilitación de plazas de profesionales médicos.
- La eliminación de la modalidad de contratación por servicios no personales de los profesionales médicos, la que se realizará en un proceso ordenado y progresivo de habilitación de plazas financiera y técnicamente sustentadas, culminará indefectiblemente en junio del 2005.
- Durante la tercera semana de diciembre del 2003 el Ministro de Salud conjuntamente con el Colegio Médico y la Federación Médica Peruana, elaborarán un proyecto de reglamento de concurso para plazas de profesionales médicos en el que el tiempo prestado bajo modalidades distintas a las labores, sea

Considerado como un factor en la evaluación de los postulantes a una plaza. Durante la misma semana de diciembre del 2003 el Ministerio de Salud elaborará un Plan de concurso de plazas de profesionales Médicos para el año 2004, cuya entrada en vigencia será el mes de enero del 2004 con el concurso de 500 plazas, continuará con el concurso de las restantes hasta junio del 2005 y culminará dentro del marco legal vigente con el nombramiento de todos los médicos contratados elegibles, de acuerdo al cronograma que se elaborará conjuntamente entre el MINSA y la Federación Médica Peruana.

- Durante el mes de diciembre del 2003 el Ministerio de Salud emitirá una Resolución Ministerial que autorice a las Unidades Ejecutoras la Convocatoria del Concurso de Plazas para profesionales Médicos a realizarse a partir del mes de enero del 2004.
- El Ministerio de Salud revisará la nómina de Médicos contratados por servicios no personales a efectos de determinar que no se encuentren en la planilla de algún otro organismo público, procedimiento a resolver los contratos de dichos profesionales. El modo resultante de esta acción administrativa será íntegramente destinado a la provisión de plazas.
- A partir de la fecha queda prohibida la contratación de nuevos profesionales Médicos por servicios no personales, cualquier ingreso o reemplazo se realizará mediante concurso de plazas.
- Se procederá a la recontratación de los profesionales médicos cuyos contratos hubieren sido resueltos de manera arbitraria.
- El Ministerio de Salud realizará las gestiones pertinentes para que los gobiernos regionales efectúen dentro de sus competencias y responsabilidades las acciones referidas en los puntos del 1 al 7 de la presente acta.
- El ministerio de Salud emitirá una circular que contemple lo siguiente:

Todas las unidades ejecutoras deberán disponer las medidas administrativas suficientes, para garantizar que la vigencia de los contratos por servicios no personales no esté supeditada a actos arbitrarios, sino a razones estrictamente objetivas, bajo responsabilidad del funcionario encargado. Los contratos deberán ser prioritariamente no menores de 6 meses. Toda conclusión de contrato de servicios no personales deberá informarse a la Oficina General de Administración, debidamente fundamentada. Ello permitirá tener una información centralizada del movimiento de personal. De acuerdo a la Ley N° 26850 Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y sus normas modificatorias y reglamentarias, el embarazo, la enfermedad, el descanso pre y post natal y la hora de lactancia no son por si mismas causales de resolución contractual, ni descuento.

A partir de enero del 2004, las unidades ejecutoras del Ministerio de Salud, dentro de la normatividad vigente, consideraran en los contratos de servicios no personales con más de un año en el Establecimiento de Salud, una cláusula que establezca la disponibilidad de una semana cada trimestre para la elaboración del “informe trimestral de Actividades”, que deberá contener como mínimo una parte orientada a proponer medidas de mejora en la gestión y prestación del servicio de atención en salud.

El Seguro Integral de Salud y/o ESSALUD en un plazo de 30 días hábiles presentará una propuesta técnica que permitirá incluir a las personas contratadas por Servicios No Personales y sus derecho-habientes dentro de los alcances de estos seguros. Dicha propuesta deberá sustentar el monto de la contribución requerida para el financiamiento de las prestaciones de salud.

Se acuerda recomendar que las unidades ejecutoras del ministerio de Salud establezcan valores referenciales a los contratos que se celebran con profesionales médicos que no sean menores a las del nivel I de la carrera Médica, hasta que se concluya con el proceso de provisión de plazas.

Existen otros acuerdos que no los menciono por no estar en relación con el tema tratado.

Esta mesa contribuirá al trabajo que viene realizando el Ministerio de Salud por erradicar los actos de corrupción y de autoritarismo, impulsando la moralización a todo nivel.

Dr. Alvaro Vidal Rivadeneyra

Ministro de Salud.

Dr. Luis Paredes Navarro

Presidente de la Federación Médica Peruana.

Dr. Luis Deustua Zegarra

**Presidente de la Asociación Nacional de Médicos
Del Ministerio de salud.**

Dr. Jaime Morán Ortiz

**Presidente de la Asociación Nacional de Médicos
Residentes del Perú.**

Dr. Cesar Palomino Colina

**Presidente de la Asociación Nacional de Médicos
Contratados por SNP.**

ANEXO N° 08**PERSONAL DE LOCACION DE SERVICIOS DESPEDIDOS ARBITRARIAMENTE
EN LOS MESES ENERO Y FEBRERO DEL 2004.**

REDESS	MEDICO	ODONT.	OBSTETRIZ	ENFER.	TEC.ENF.	TEC.LAB.	TOTALES
AZANGARO	0	0	1	1	0	1	3
CHUCUITO	0	0	1	2	2	1	6
COLLAO	0	0	1	1	2	0	4
HUANCANE	0	0	1	1	2	0	4
MACUSANI	0	0	1	1	2	0	4
MELGAR	0	0	2	1	2	0	5
PUNO	0	1	2	3	1	0	7
SANROMAN	0	0	0	1	0	0	1
SANDIA	0	0	1	1	1	1	4
YUNGUYO	0	0	0	0	1	0	1
LAMPA	0	0	0	0	0	0	0
TOTALES	0	1	10	12	13	3	39

FUENTE: DISA PUNO.

**PERSONAL ASISTENCIAL CONTRATADO POR LOCACION DE SERVICIOS DE
LA DISA PUNO (NO DESPEDIDOS) SEGÚN REDESS-2004.**

REDESS	MEDICO	ODONT.	OBSTETRIZ	ENFER.	TEC.ENF.	TEC.LAB.	TOTALES
AZANGARO	4	1	9	7	12	1	34
CHUCUITO	3	1	13	12	18	1	48
COLLAO	2	-	3	9	19	-	33
HUANCANE	6	1	6	8	46	-	67
MACUSANI	2	-	5	6	20	2	35
MELGAR	4	-	5	4	28	1	42
PUNO	7	2	5	19	18	-	51
SANROMAN	3	-	3	6	4	-	16
SANDIA	2	-	7	5	14	1	29
YUNGUYO	2	-	-	8	3	-	13
LAMPA	-	-	2	-	5	-	7
TOTALES	35	5	58	84	187	6	375

BIBLIOGRAFIA BASICA

- 1.- **GOMEZ VALDEZ, Francisco** : El contrato de trabajo. Edición 2000 Tomo I. Lima.
- 2.- **ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder** : Código Civil. Edición 2002. Tomo III Editorial Rodhas. Lima.
- 3.- **GACETA JURIDICA** : Actualidad Jurídica. Tomo 88 Marzo 2001 .
- 4.- **GACETA JURIDICA** :Actualidad Jurídica. Tomo 87. Febrero 2001.
- 5.- **FLORES POLO, Pedro** :Diccionario de Términos Jurídicos. Tomo I y II. AFA. Editores Ira. Edición, (reimpresión). Lima
- 6.- **LEON BARANDIARAN, José** :Contratos en el Derecho Civil Peruano T.1., Lima 1965.
- 7.- **ROMAGNOLI, Umberto** :Reflexiones sobre el derecho del trabajo la flexibilidad. Lima 1994.
- 8.- **GUTIERREZ CAMACHO, Walter** :Contrato y Constitución. Lima 2001.
- 9.- **TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge** :Los Derechos Laborales en el Proyecto de Constitución. - Lima, 2001.
- 10.- **GARCÍA TOMA, Victor** :La Importancia Constitucional de la Noción de Trabajo. Lima, 2001.
- 11.- **TOMAYA MIYAGUSUKU, Jorge y CORREA SALAS, Fernando** : Los principios del Derecho del Trabajo y Las relaciones laborales excluidas, Lima, 2001.
- 12.- **SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo.** :El Contrato de Locación de Servicios. Lima, Ed. Gaceta Jurídica S.A. 2000.
- 13.- **ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA** :Tomo V. Editorial Driskill.

- 14.- NORMAS LEGALES** : Contratos de Trabajo. Teoría y Práctica. Editora Normas Legales 1988. Edit. Perú.
- 15.- MAX ARIAS-SCHREIBER PEZET,** :Exegesis. Tomo III. Gaceta Jurídica Carlos Cárdenas Quiróz. Editores. Lima-1997.
- 16.- LEON BARANDIARAN, José** :Tratado de Derecho Civil. Tomo V. Editorial Arte Grafico JVG EIRL. Lima-1992.