



**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES**

**ESCUELA ACADÉMICA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN  
LABORAL DE LAS OPERADORAS DE MODULO DE  
ESSALUD ANTE LA INEXISTENCIA DE  
CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS EN LA  
PROVINCIA DE CHICLAYO**

**PARA OPTAR TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**Autor:**

**Bach. Rodríguez Ortiz Manuel Jheferson**

**<https://orcid.org/0000-0002-5563-8189>**

**Asesor:**

**Dr. Idrogo Pérez Jorge Luis**

**<https://orcid.org/0000-0002-3662-3328>**

**Línea de Investigación**

**Ciencias Jurídicas**

**Pimentel- Perú**

**2020**

**Aprobación del jurado**

---

**Mg. Cabrera Leonardini Daniel Guillermo**

**PRESIDENTE**

---

**Dr. Barrio de Mendoza Vasquez Robinson**

**SECRETARIO**

---

**Dr. Gonzales Herrera Jesus**

**VOCAL**

## DEDICATORIA

La presente investigación está dedicada a mis queridos y estimados padres, Manuel Rodríguez Santa Cruz y Carmen Rosa Ortiz Uriarte, por el apoyo y amor incondicional, que me brindan día a día, convirtiéndose en orgullo y motivo para seguir esforzándose en cumplir las metas trazadas.

## **AGRADECIMIENTO**

Mi gratitud a Dios, por ser mi guía e iluminar cada mi camino, cuidándome y dándome fortaleza para seguir hacia adelante.

Y, a mis queridos y estimados padres, quienes han sido el pilar fundamental de mi vida, velando desde mi nacimiento hasta hoy, por mi bienestar y educación, siendo la inspiración, motivación y encaminándome día a día, alcanzar las metas trazadas, y hemos llegado hasta donde hemos llegado, igualmente expresar mi profunda e inmensa gratitud a mi asesor de tesis, por su apoyo incondicional y su guía en el desarrollo de la presente investigación

## RESUMEN

La intermediación laboral es una figura jurídica que dada su naturaleza rompe el esquema tradicional empleador-trabajador, dado que a través de la referida figura, en la relación existen tres elementos: La empresa intermediadora, la empresa usuaria y el trabajador suministrado. Ello conlleva a que el prestador de servicios no tenga vínculo laboral con la empresa favorecida por sus servicios, sino con la empresa intermediadora. De esta manera, se evidencia la existencia una flexibilización laboral. Motivo por el cual, y teniendo en cuenta que la referida figura jurídica es muy utilizada, misma que de por sí ya genera una carencia de estabilidad laboral del trabajador suministrado, el legislador para prevenir que a través de su utilización se vulneren los derechos laborales del trabajador ha regulado supuestos de desnaturalización de la referida figura jurídica. Sin embargo, por regla general ya se conoce que las leyes son cambiantes, en razón a que deben responder a una problemática actual que se suscite; por lo que, al evidenciarse que las empresas usuarias e intermediadoras no están cumpliendo con la normativas legales, dentro de éstas, cumplir que conste por escrito el contrato de locación de servicios, resulta necesario analizar si ante tal incumplimiento se pueden determinar nuevos supuestos de desnaturalización, siempre bajo la luz de proteger los derechos laborales del trabajador, partiendo desde su derecho constitucional al trabajo.

**Palabras claves:** Intermediación laboral, desnaturalización, contrato de locación de servicios, contrato de trabajo, relación laboral a plazo indeterminado.

## **ABSTRACT**

Labor intermediation is a legal figure that, given its nature, breaks the traditional employer-worker scheme, given that through the aforementioned figure, there are three elements in the relationship: the intermediary company, the user company and the supplied worker. This means that the service provider does not have an employment relationship with the company favored by its services, but with the intermediary company. In this way, the existence of labor flexibility is evident. Reason why, and taking into account that the aforementioned legal figure is widely used, which in itself already generates a lack of job stability for the supplied worker, the legislator to prevent that through its use the labor rights of the worker has regulated cases of denaturation of the aforementioned legal figure. However, as a general rule, it is already known that laws are changing, because they must respond to a current problem that arises; therefore, when it is evident that the user and intermediary companies are not complying with the legal regulations, within these, complying with the written record of the service location contract, it is necessary to analyze whether in the event of such noncompliance new assumptions of denaturation can be determined, always under the light of protecting the worker's labor rights, starting from his constitutional right to work.

**Key words:** Labor intermediation, denaturation, service location contract, employment contract, indefinite term employment relationship.

## INDICE

<b><i>I. INTRODUCCIÓN</i></b>	<b><i>ii</i></b>
1.1 Realidad problemática	8
1.2. Antecedentes de estudio	14
1.3. Teorías relacionadas al tema	31
1.4. Formulación del problema	89
1.5. Justificación e importancia del estudio	89
1.6. Hipótesis	90
1.7. Objetivos	90
1.7.1. Objetivo general	90
1.7.2. Objetivos específicos	90
<b><i>II. MATERIAL Y MÉTODO</i></b>	<b><i>91</i></b>
2.1 Tipo y Diseño de Investigación	91
2.2. Población y muestra	91
2.2.1. Población	91
2.2.2. Muestra	92
2.3. Variables, Operacionalización	93
2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	94
2.4.1. Técnica	94
2.5. Procedimientos de análisis de datos	94
2.6. Criterios éticos	94
2.7 Criterios de Rigor Científicos	96
<b><i>III. RESULTADOS</i></b>	<b><i>97</i></b>
3.1. Resultados en tablas y figuras	97
3.2. Discusión de resultados	103
3.3. Aporte práctico	108
<b><i>IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</i></b>	<b><i>114</i></b>
4.1. Conclusiones	114
4.2. Recomendaciones	116
<b><i>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</i></b>	<b><i>117</i></b>

## **I. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Realidad problemática**

En nuestro país desde la incorporación de la figura jurídica laboral de la intermediación laboral al Ordenamiento jurídico, el Seguro Social de Salud (EsSalud) ha desnaturalizado tal figura jurídica de muchas formas, siendo una de estas formas, la aparente existencia de ésta; con la finalidad de evadir un vínculo laboral con los trabajadores suministrados a sus instalaciones, es decir, EsSalud mediante la presunta existencia de la citada figura jurídica está evitando convertirse en el empleador de las trabajadoras supuestamente destacadas a sus instalaciones en virtud de una intermediación laboral. Es así, que ante tal problemática las operadoras de módulos de EsSalud, quienes son las afectadas con tal suceso, acuden ante el órgano jurisdiccional para demandar su reposición por haberse desnaturalizado la referida figura jurídica laboral.

#### **Ámbito Internacional**

Ahora bien, en esa línea resulta pertinente acotar que los ordenamientos jurídicos de países americanos y europeos al igual que en nuestro ordenamiento jurídico, han regulado la intermediación laboral de tal manera de que las empresas usuarias no se aprovechen de tal figura jurídica para evitar que exista un vínculo laboral con los trabajadores suministrados a sus instalaciones, es así, que establecen supuestos para la existencia válida de una intermediación laboral.

En esa línea, es menester señalar que, en el ámbito internacional, una gran fracción de los ordenamientos jurídicos europeos ha establecido un plazo límite para la suministrar un trabajador temporal a una empresa. Al respecto, Alemania y Luxemburgo han establecido como límite para suministrar a trabajadores, una misión, de 12 meses. Tal límite temporal lo han establecido con el fin de impedir que mediante la referida figura jurídica las empresas se aprovechen de la referida figura jurídica y no contratar ellas



mismas a trabajadores. (Comision Representativa ante Organismos de Seguridad Social, 2015)

Asimismo, en España, según Gonzáles y Rivarés (2013) manifiestan que el Real Decreto Ley 3/2012 extendió el objeto social de las ETT (Empresa de Trabajo Temporal). De esa manera, se les permitió a las referidas empresas que puedan realizar intermediación laboral. Siendo la intermediación laboral aquella actividad que radica en el suministro temporal de trabajadores, a los cuales ha contratado la ETT, a otra empresa. Precizando que las ETT son las únicas para poder realizar la intermediación laboral, misma que está regulada por un conjunto de normas determinadas.

También en Colombia, país en el cual, según Marcucci (2005), los contratos de los trabajadores en misión [entiéndase, por el destaque de trabajadores bajo una intermediación laboral] son semestrales y renovables por periodo igual.

En ese sentido, el citado autor señala que el artículo setenta y siete de la ley número cincuenta del año 1990, establece que el límite del plazo de duración de los contratos con trabajadores en misión a dos periodos semestrales sucesivos.

Asimismo, que el artículo dos del decreto reglamentario 1707 del año 1991, establece la prohibición expresa de prórrogas mayores a la suscripción de uno nuevo con la misma o distinta empresa de servicios temporales.

En atención a lo expuesto, se observa que los ordenamientos jurídicos de los precitados países con la finalidad de que la empresa usuaria no desnaturalice la figura de la intermediación laboral, por ende, no puedan evadir establecer un contrato de trabajo con el trabajador suministrado.

En ese sentido, si la empresa usuaria quiere seguir contando con la mano de obra ofrecida por el trabajador suministrado, ésta debe de contratarlo, valga la redundancia, a través un contrato de trabajo. Por lo tanto, ya no existirá una intermediación laboral sino un vínculo laboral entre el suministrado y la empresa usuaria)

De esta manera, evitan que, a través de la referida figura jurídica, la empresa usuaria contrate con la empresa intermediaria para que ésta suministre indefinidamente a sus trabajadores para realizar las actividades de la primera empresa.

### **Ámbito Nacional**

Siguiendo esa línea, es menester señalar que a diferencia de los precitados ordenamientos jurídicos, en nuestro ordenamiento jurídico, la Ley N.º 27626, ha establecido los 3 supuestos para la procedencia de la intermediación laboral; los cuales son: Temporalidad, complementariedad o especialización. En ese sentido, cabe acotar que solo será considerada válida la intermediación laboral si esta tiene como supuesto de su existencia la temporalidad, complementariedad o especialización.

Cabe señalar que el citado cuerpo normativo prohíbe que el trabajador suministrado, en virtud de una invocada intermediación laboral, preste servicios permanentes ligados al objeto social de la empresa usuaria.

En ese orden de ideas, sobre los acotados ordenamientos jurídicos se puede determinar que éstos buscan evitar que la empresa a la cual se le suministra los trabajadores desnaturalice la intermediación laboral, con la finalidad que encubra la existencia de una relación laboral con el trabajador suministrado. En tal sentido, es que se establecen supuestos para la validez de la intermediación laboral.

Ahora bien, -conforme se manifestó líneas arriba, ante tal problema las operadoras de módulo de EsSalud demandan la desnaturalización de la referida figura jurídica, el reconocimiento de un vínculo laboral con EsSalud y la reposición a su puesto de trabajo que desempeñaba en las instalaciones de EsSalud (esta última pretensión cuando son despedidas), sosteniendo que el cargo de operadora de modulo forma parte de la actividad principal de EsSalud, no siendo tal labor una actividad complementaria sino principal de EsSalud. Asimismo, sostienen que el cargo de operadoras de modulo lo han desempeñado por un prolongado tiempo.

Al respecto, EsSalud contradice lo alegado por las demandantes, sosteniendo que las demandantes no son sus trabajadoras, sino que el destaque de las trabajadoras a sus instalaciones fue en virtud de una intermediación laboral entre EsSalud y las empresas intermediadoras, últimas que si son las empleadoras de las demandantes. Asimismo, precisa que el cargo de operadora de módulo es una actividad complementaria.

Ante las posiciones de las partes, es claro que la controversia se centra en determinar si se ha desnaturalizado la intermediación laboral. Puesto que, de haberse desnaturalizado la referida figura jurídica, consecuentemente se podrá determinar si corresponde o no amparar su pretensión de reposición.

Cabe acotar y resaltar que los supuestos de procedencia para una válida intermediación laboral deben de estar contempladas en el contrato que celebren la empresa intermediadora y la empresa a la cual se le suministra los trabajadores.

Al respecto, es menester señalar la posición asumida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N. ° 06371-2008-PA/TC, en la cual ha señalado que la mencionada figura jurídica es aquella cuyo fin único es brindar servicios, a través de un trabajador suministrado, a la empresa usuaria. Siendo el fin de ese destaque, que el trabajador brinde mano de obra de naturaleza temporal, completaría o de alta especialización a favor de la empresa que contrate con su empresa empleadora. Asimismo, el Tribunal Constitucional señala que para tal suceso, las empresas (usuaria e intermediaria) deben de suscribir un Contrato de locación de servicios). También señala que tal suministro de dicho personal no genera una relación laboral con la empresa usuaria.

### **Ámbito Local**

Tal panorama descrito en el ámbito nacional es lo que sucede en el ámbito local, en el cual las operadoras de módulo de EsSalud de la Provincia de Chiclayo interponen demandas con la pretensión de desnaturalización de la

intermediación laboral, en virtud de la cual fueron suministradas a EsSalud a prestar la referida labor.

Ahora bien, iniciado el proceso, dentro de éste se observa que la emplazada EsSalud no cumple con acreditar la existencia de todos los contratos de locación de servicios con las empresas intermediarias, contratos en virtud de los cuales las operadoras de modulo fueron suministradas a las instalaciones de EsSalud para que presten sus servicios. Ello genera una incertidumbre al juzgador en cuanto a si se estableció el supuesto de procedencia para la intermediación laboral, así como las demás exigencias establecidas por Ley para la procedencia y validez de la referida figura jurídica.

Cuestión que no está siendo analizada por el juzgador. Olvidándose de atender a lo establecido en el literal a) del numeral 23.4 de artículo 23 de la Ley 29497, mismo cuyo texto normativo establece que, corresponde al demandado (EsSalud), la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales. Siendo una de esas normas legales que debe cumplir: Acreditar que conste por escrito los contratos de locación de servicios (contrato de intermediación laboral), conforme lo establece el artículo 17 y en el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley 27626.

Resultando ello de gran relevancia e importancia para poder resolver el caso. En cuanto, -en síntesis- ante la no existencia de contratos de locación de servicios no se puede determinar la existencia del supuesto de procedencia de intermediación laboral ni las demás exigencias que establece la Ley. Por lo que, tal intermediación estaría desnaturalizada. Aunado a ello, al existir los tres elementos del contrato de trabajo durante el tiempo de prestación de servicios de la operadora de modulo a favor de EsSalud, conforme al artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, se configuraría un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre la operadora de modulo y EsSalud.

Sin embargo, -como se reitera- ello no está siendo analizado por los jueces de primera instancias ni los jueces de segunda instancia de la provincia de

Lambayeque, muy por el contrario, en segunda instancia aún no existe un criterio unánime respecto a si las labores de operadora de modulo es una labor complementaria o una labor vinculada a la actividad principal de EsSalud.

Es así, que los Jueces Superiores Rodriguez Riojas y Pérez Ramírez, dos de los 3 Jueces Superiores que conforman el Colegiado de la Segunda Sala de CSJL, consideran que la labor de operadora de modulo es una labor permanente y vinculada con la actividad principal de EsSalud.

De otro lado, la Juez Superior Tutaya Gonzáles, tiene el criterio, respecto al caso en concreto, que las labores de operadora de modulo son complementarias a la actividad principal de EsSalud.

De esta manera, se evidencia que en el referido colegiado de la CSJL no existe un criterio unánime, respecto a si las labores de operadora de modulo son o no complementarias. Constando ello, en las reiteradas sentencias recaídas en los expedientes: 02721-2015-0-1706-JR-LA-07, 00208-2016-0-1706-JR-LA-01,05314-2014-0-1706-JR-LA-01,04844-2014-0-1706-JR-LA-01, entre otras.

De esta manera, se observa que los jueces resuelven la controversia basándose en si las actividades de la operadora de modulo es complementaria o si gira en torno a la actividad principal, olvidándose de darle un mayor énfasis a la existencia o de los contratos de locación de servicio (intermediación laboral) entre EsSalud y las empresas intermediadoras, en virtud del cual se destacó a las operadoras de modulo demandantes, durante toda la prestación de servicios de la actora.

Cabe acotar que pese a que las trabajadoras destacadas o EsSalud hayan interpuesto recurso de casación contra la sentencia de vista que contiene una decisión que no le favorece, la Corte Suprema no ha precisado de forma determinada y especifica que la actividad de operadora de modulo sea una laboral complementaria o, por el contrario, se una laboral vinculada a la actividad principal de EsSalud.

En ese orden de ideas, es menester citar a Pérez (2012), quien señala que dentro de la Intermediación Laboral, siempre han de participar tres elementos, hasta tal punto es requisito indispensable que, de no presentarse alguno de ellos, nos encontraremos ante una relación jurídica distinta. Estos elementos son: oferente, demandante y el intermediario.

En ese sentido, si no existe el intermediario -que en nuestra legislación peruana sería la empresa intermediadora-, entonces no existiría una intermediación laboral sino una prestación directa entre el personal suministrado y la empresa a la cual le brinda su mano de obra (usuaria), es decir, quedaría determinado un vínculo laboral sujeto a un contrato de trabajo entre la demandante (trabajadora destacada -operadora de modulo) y la empresa usuaria (EsSalud). Ello en razón a que no existiendo contrato de intermediación, no habría una intermediación válida, menos una empresa intermediaria, quedando así desnaturalizada la referida figura, y en consecuencia establecida una relación directa bajo un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre la operadora de modulo y EsSalud.

## **1.2. Antecedentes de estudio**

### **Internacionales**

Según Villavicencio en su estudio denominado *“EL FENÓMENO DE LA SUBCONTRATACIÓN, DENOMINACIÓN, DEFINICIÓN Y CAUSAS”*, arribó a las siguientes conclusiones:

1. Que en la intermediación laboral no existe una seguridad sobre el pago de la remuneración y derechos laborales de los trabajadores suministrados; existiendo una posible defraudación de los referidos derechos.
2. Existe un elevado porcentaje de trabajadores que pueden ser contratados bajo la intermediación laboral, esto es el 50 por ciento.
3. Existe una precarización laboral de los trabajadores suministrados, ya que sus derechos laborales son menores a los derechos laborales de los trabajadores que se encuentra en planillas de la empresa usuaria, pese a

que mediante Ley se ha establecido que los trabajadores suministrados tienen el derecho a percibir el mismo monto que el personal de la empresa usuaria.

4. Por último, solo existe responsabilidad solidaria entre la empresa intermediadora y la empresa a la cual fue suministrado el personal, respecto al seguro complementario de trabajo de riesgo de los referidos trabajadores. (Citado en Pacheco, 2013).

La investigación realizada aporta a la presente investigación porque demuestra el estado en el cual se encuentran trabajando el personal destacado a la empresa usuaria y revela el motivo por el que los trabajadores suministrados quieren ser trabajadores permanentes de la empresa a la cual brindan su mano de obra (usuaria); en cuanto, al padecer tal precariedad laboral los trabajadores suministrados, se ven en la necesidad de cambiar su situación, por lo que los motivan a demandar a la empresas usuarias con la finalidad de ser trabajadores permanentes de ésta y obtener los beneficios laborales que le corresponden a los trabajadores de la empresa usuaria.

Al respecto, resulta pertinente acotar que las empresas intermediadoras ocultas se han incrementado cada vez más en los últimos años. Cabe agregar que, pese a los fraudes que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad y MTPE han comprobado, todavía existen muchas empresas fantasmas, las cuales han sido objeto de denuncias por parte de los trabajadores ante el Ministerio de Trabajo, no obstante, no se les ha podido emplazar tal denuncia, pese a que las empresas a las cuales la supuesta empresa intermediadora destacó su personal, se encuentra registrada.

Aylwin y Stade (2010) en su tesis titulada *“La Subcontratación y el Suministro de Personal: Repercusiones Sobre el Derecho Colectivo del Trabajo”*, arriban, entre otras, a las siguientes conclusiones:

Si una empresa intermediadora suministrara a sus trabajadores a la empresa usuaria, para desarrollar o ejecutar prestaciones de especialización, significa que: 1. La empresa intermediadora es una empresa con un gran poder

económico. 2. Existe un elevado índice que la empresa intermediadora ostente un mayor dominio de la especializada, de la que tiene la empresa usuaria sobre la actividad. En ese sentido, la empresa intermediadora será quien dirija a los trabajadores suministrados.

La investigación realizada por el citado autor, aporta a la presente investigación porque demuestra que es la empresa intermediadora quien debe de dirigir a los trabajadores suministrado. Siendo así, en el caso que la empresa usuaria sea quien dirija a los trabajadores suministrados significaría que la referida empresa haría el rol de empleador real. Dado que uno de los poderes del empleador frente a los trabajadores es el poder de dirección, mismo que se subsume en el elemento de subordinación, elemento que cabe precisar es un elemento de todo contrato de trabajo.

Según Gómez (2015) en su investigación titulada "*La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano*", arriba, entre otras, a las siguientes conclusiones:

En Colombia, existe desigualdad entre el trabajador y empleador en la materia procesal laboral. Ante ello, el juez en el procedo deberá interpretar y aplicar la norma teniendo presente los lineamientos por ley de orden constitucional que rijan el derecho laboral, como, por ejemplo, el principio in dubio pro operario, el cual consiste en que se aplicara la norma más favorable y la condición más provechosa a favor del trabajador.

Asimismo, el referido autor concluye que el Juez en el procedimiento laboral, en uso de los poderes que ostenta, deberá al momento del decreto y la práctica de las pruebas resguardar los lineamientos fundamentales como lo son el derecho a la verdad jurídica objetiva y el derecho a la prueba.

Ateniendo a lo expuesto, es de precisar que la citada investigación aporta a la presente tesis porque según la referida investigación en Colombia existe una desigualdad en el proceso entre el trabajador y la empleadora, sucediendo lo mismo en el Perú. Siendo así, ello ha llevado a que se le faculte al juez, bajo el principio in dubio pro operario, a tomar medidas en las cuales se pueda beneficiar al trabajador, ante la mencionada diferencia.



Es en ese sentido, que cuando el juez realice la actuación probatoria, éste estará enfocado en respaldar un derecho en sustento a una verdad jurídica objetiva, la cual será obtenida de la actuación probatoria.

De esa manera, queda determinado la importancia de la actuación probatoria, y como está enmarcada en principios como el *in dubio pro operario*, dada la existente diferencia entre el empleador y trabajador.

En esa misma línea, Cabezas (2010) en su tesis titulada “*Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral*”, entre otras, llega a las siguientes conclusiones:

En Chile, la inmediación, oralidad y concentración en la actuación probatoria hace que exista una mayor eficacia y agilidad en los procedimientos del trabajo. Asimismo, que el juez y las partes tienen en cuenta que la actuación probatoria es el eje central para los procedimientos de trabajo.

En ese sentido, se evidencia la importancia de la actuación probatoria en los procesos laborales, que en Chile son los procedimientos de trabajo. De esa manera, se determina que con la actuación probatoria se puede obtener la solución al caso concreto.

Siguiendo esa línea, el autor venezolano Fernández (2005) en su investigación titulada “*Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga dinámica de la prueba*”, concluye que:

Probar también es una carga procesal. Siendo así, la referida carga una de las de mayor efecto en el proceso, sea vista desde cualquier ángulo (desde el punto de vista de las partes procesales: aspecto subjetivo, o desde el punto de vista objetivo: juez).

Asimismo, el citado auto concluye que, el aspecto objetivo sobre la carga de la prueba, comienza desde una ineludible consideración sobre un concepto de naturaleza secundaria, que surge al momento de sentencia cuando el juez no tiene la suficiente convicción sobre la veracidad o disfraz del caso concreto.

De esa manera, la investigación aporta a la presente investigación, porque arriba a la concordante conclusión de la importancia que tiene la carga de la prueba sobre el caso concreto, y como a través de ésta se da solución al caso concreto, al generar en el Juez la convicción sobre la realidad de los hechos.

En ese orden de ideas, de las citadas investigaciones se puede arribar a que la actuación probatoria de los medios probatorios que ofrecen las partes tiene un rol importante en proceso, ya que a través de estos generan el sustento en cada una de las teorías del caso y en la convicción de certeza del juez para emitir su decisión.

Al respecto, resulta pertinente señalar la octava conclusión arribada por Campero (2014) en su tesis titulada *“La aplicación del principio protector en las pruebas del procedimiento laboral”*, la cual señala que:

Si bien el trabajador no tiene acceso a documentación que hace una relación laboral, con la finalidad que demuestre el no conocimiento de sus derechos laborales por su ex empleador ante el órgano jurisdiccional, el Código Procesal del Trabajo puso a disposición de éste, instrumentos y medios suficientes para hacer velar sus referidos derechos.

En ese sentido, respecto a la prueba documental, el citado autor señala que, pese a que el trabajador no tiene toda la documentación que necesita para poder sustentar sus solicitudes y su acto postulatorios, por lo que ante tal hecho, el trabajador en uso de sus derechos procesales puede pedir al juzgador que su empleador (el demandado) presente o exhiba la documentación necesaria que permita generar certeza en el juzgador, para que el juez pueda tomar una decisión sobre la litis de ese proceso. Agrega, el citado autor que el artículo 160 del CPT establece que si el demandado no presenta el documento que se le ha pedido presentar, el juzgador lo exhortara a presentar la documentación bajo presunción de incertidumbre.

Al respecto, precisa que el artículo 157 del antes citado cuerpo normativo, establece que si la solicitud radica un testimonio o declaración o en medio

probatorio escrito, y ésta no se presenta, se tendrá por tener como acreditadas las afirmaciones esbozadas por la parte que solicito tal documental.

Atendiendo a lo expuesto, la presente investigación aporta a la presente tesis, ya que a través de la citada investigación se permite conocer la condición del trabajador durante la relación laboral, respecto a la documentación a la cual puede tener acceso, la cual es mínima.

Asimismo, tal documentación en el proceso laboral sería de crucial importancia para que el trabajador pueda sustentar las afirmaciones que realizara a través de su demanda.

No obstante, dada las condiciones el trabajador se vería en una gran desventaja, es por ello, que en el ordenamiento jurídico de Bolivia, al igual que el ordenamiento jurídico peruano, existe la figura procesal de la exhibición de las pruebas.

En ese sentido, se busca equiparar la condición del trabajador y el empleador, misma que como se ha señalado en líneas arriba no es igual. Entonces, en ese sentido, el trabajador puede solicitar la exhibición de las documentales, de tal manera el empleador deberá de presentar la documentación que pida el trabajador.

Teniendo en cuenta lo expuesto, en el caso concreto, cuanto la trabajadora destacada demandante (operadora de modulo), dado que no cuenta con los documentos necesarios, entre ellos, el contrato de locación de servicios que celebró EsSalud con la empresa intermediadora, para acreditar sus afirmaciones esbozados en su escrito de demandada, podrá solicitar en el mismo acto postulatorios la exhibición del referido documento. Dentro de los cuales se encontraría la no existencia de la intermediación laboral. Por lo que, cuando EsSalud no presente los referidos contratos, entonces no cumplirá con acreditar la referida intermediación laboral.

## **Nacionales**

Valdivia (2015) en su tesis denominada “*LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES EN LA APLICACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL EN AREQUIPA, 2014*”, concluyó que:

La intermediación laboral se desnaturaliza, y como consecuencia se establece una relación laboral entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria, cuando se incurra en las siguientes causales:

1. Cuando las labores que sean objeto de la intermediación laboral, son distintas a labores complementarias, especializadas o temporales.
2. Las labores complementarias son aquellas actividades auxiliares, no ligadas al objeto social de la empresa usuaria.
3. Las labores especializadas son aquellas de alta especialización que requiera la empresa usuaria. En tales labores, la empresa usuaria no asume la facultad de dirigir las referidas labores de alta especialización que desarrolla el personal suministrados a la empresa usuaria.

En atención a la conclusión arribada por el citado autor, cabe señalar que la conclusión arribada es concordante a lo contemplado en el artículo 3° de la Ley 27626, cuyo texto señala que los supuestos para la validez de la referida figura jurídica, que abarque a trabajadores suministrados que desarrollan actividades en las instalaciones de la empresa usuaria, solo serán de temporalidad, complementariedad o especialización. De esta manera, queda claro que si la prestación que realiza el trabajador suministrado es distinta a la actividad complementaria o de especialidad, se desnaturalizara la referida intermediación. Lo cual originara que se reconozca la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria.

Ahora bien, si bien se llega a la antes expresada conclusión, resulta pertinente preguntarse en donde se debe consignar expresamente el supuesto que da origen a la intermediación laboral. Frente a la pregunta formulada, encontramos la respuesta, en el origen de la intermediación

laboral, es decir en el contrato que suscriben la empresa intermediadora (entidad o cooperativa) y la empresa usuaria.

Al respecto, Valdivia (2015) señala que la empresa a la cual se le es suministrada con personal está obligada a suscribir por escrito un contrato civil con la empresa intermediadora. Precisa el citado autor que con la suscripción del contrato, la AAT puede constatar la relación de intermediación laboral entre las empresas. De esa manera, se puede constatar que se cumplirán las garantías reguladas en la Ley 27626, protegiéndose así a los trabajadores suministrados de la vulneración a sus derechos.

En tal sentido, la citada investigación aporta a la presente investigación, para poder arribar a la conclusión de que resulta necesaria la existencia de un contrato que da origen a la intermediación laboral (contrato de locación de servicio), en el cual se establezca en sustento a que supuesto se estaría dando origen a la existencia válida de una intermediación laboral.

Cabe acotar que según Gálvez (2014) en su tesis para obtener el grado de maestro, titulada *“LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y EL DETERIORO DEL NIVEL DE INGRESOS DE LOS TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO EN LA CIUDAD DE AYACUCHO”*, arriba, entre otras, a las siguientes conclusiones:

1. Prestar servicios a favor de empresas intermediadoras, que suministran a su personal a las entidades de Ayacucho, ha conllevado al menoscabo parcial de los siguientes beneficios: Tener derecho a pertenecer a un sindicato, permanencia en el trabajo, acceso al sistema de pensiones y seguridad social, vacaciones, etc.
2. Resulta de beneficio a las entidades públicas obtener trabajadores, mediante empresas intermediadoras, ya que así, se encuentran liberadas de la administración y los beneficios laborales de los referidos trabajadores suministrados.

3. Los trabajadores suministrados, que ostentan una equiparable calificación al mismo nivel que aquellos trabajadores que laboran para entidades públicas de la referida ciudad tienen una menor remuneración.

4. Las SERVIS intermediadoras que suministran sus trabajadores a las entidades públicas, de lo que perciben utilidades brutas, están reteniendo el 46.67% del referido concepto.

Atendiendo a las citadas conclusiones, mediante la referida investigación se puede evidenciar que mediante la intermediación laboral entre empresas SERVIS y entidades públicas de la ciudad de Ayacucho, los derechos laborales de los trabajadores suministrados se han visto afectados. Asimismo, el afán económico de las referidas entidades con la finalidad de no gastar en mano de obra permanente ni mantener vínculo laboral con los trabajadores suministrados.

Así también, Jara y Mostacera (2018) en su tesis titulada *“LA INTERMEDIACIÓN LABORAL Y SUS EFECTOS EN EL COSTO DE MANO DE OBRA DEL CONSORCIO ALTAMIRANO DE LA CIUDAD DE TRUJILLO EN EL AÑO 2017”*, concluyen que:

Mediante la utilización de la figura jurídica de la intermediación laboral el Consorcio tuvo un ahorro en el pago de los conceptos remunerativos y beneficios sociales para el personal; además, antes de firmar el contrato, en una de las cláusulas se debe considerar que el personal destacado, para la ejecución de la obra, debe estar en planilla, quedando obligado a presentar las constancias de ingreso del personal a planilla, evitando cualquier multa, sanción o contingencia.

La tesis citada aporta a la presente investigación, en cuanto, demuestra dos cosas relevantes para la presente investigación: 1) Que la empresa usuaria (en su caso el consorcio Altamirano) mediante la intermediación laboral ahorraría en pago de conceptos remunerativos y beneficios sociales de los trabajadores destacado.; y, 2) Debe firmar un contrato la empresa usuaria y la empresa intermediadora.

Respecto a lo primero, conforme lo demuestra la citada tesis las empresas usuarias mediante la intermediación laboral ahorran en cuanto al pago de beneficios laborales al trabajador, esto hace que EsSalud, tiendan a querer contratar a personal mediante la intermediación laboral, con la finalidad de evadir los pagos antes mencionados.

Aunado a ello, cabe acotar que no solo se evita tales pagos, sino además la empresa usuaria evade que exista un vínculo laboral directo con el trabajador suministrado. De otro lado, respecto a lo segundo, se determina la necesidad de la existencia de contrato (la suscripción del mismo)

Ahora bien, determinada la necesidad de que exista un contrato de civil de para acreditar la existencia válida de la intermediación laboral, asimismo, el supuesto en el que se sustenta para la existencia de una válida la intermediación, resultando pertinente dilucidar el punto principal de la presente investigación: ¿Qué sucedería si no existiera el contrato de locación de servicios?

Al respecto cabe acotar que según Mejía (Citado en Zevallos, 2017), en su tesis titulada "*Propuestas de mejoras en la gestión de contratos en Codero*", concluye que: Los resultados de su investigación evidenciaron las insuficiencias más resaltantes, las cuales radican en la constitución de las bases de licitación, las cuales son realizadas por los encargados de realizar el contrato.

En ese sentido, evidencia que errores radican en el aspecto económico y la deficiencia en el rastreo de los referidos contratos respecto a la licitación. Para Mejía, resulta una necesidad que se investigue e identifique lo que se solicita, quien ser el proveedor y que exista una estructura para la contratación, donde exista una vigilancia constante. Es así, que se evitaren errores en los contratos, respecto a las licitaciones.

Resulta pertinente citar a Mejía, dado que la investigación que ha realizado permite evidenciar que son los encargados de la elaboración de los contratos son los responsables de los errores en que existan en la licitación.

Asimismo, porque arriba a la conclusión que existe una necesidad de que se investigue e identifique lo que se licitara.

En ese sentido, se demuestra que para la existencia de una contratación válida acorde a ley, sin ningún margen de error, es necesario que los administradores que se encarguen de realizar los contratos investiguen e identifiquen lo que se está solicitando.

En ese orden de ideas, vinculando a la presente investigación, se puede determinar que el área de gestión de contrataciones de EsSalud son quienes deben de conocer la actividad que van a desempeñar las trabajadoras destacadas, asimismo que al momento de celebrar el contrato de intermediación laboral deberá ser acorde a Ley, en ese sentido, de conformidad a los artículos 17 y 26 de la Ley 27626, éste deberá de celebrarse por escrito y deberá de contemperarse el supuesto por el cual se está realizando la contratación.

Ahora bien, ateniendo a lo expuesto, es pertinente señalar que Peña (2017) en su tesis titulada *“NECESIDAD DE REGULAR ADECUADAMENTE LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO SEÑALADO EN LA NUEVA LEY PROCESAL DEL TRABAJO”*, concluyó que:

El fin de los medios probatorios es acreditar los hechos que alega la parte demandada o parte demandante. De esta manera, se genera en el juez certeza sobre la controversia del caso. Asimismo, argumentar con sustento las decisiones a las que arriben. En ese sentido es que la adecuada actuación y ofrecimiento de los referidos medios tienen una implicancia decisiva para conseguir el fin que tiene cada una de las partes.

Asimismo, el citado autor señala que, dentro de los medios probatorios, el documento es aquel escrito u objeto mediante el cual se pretende sustentar con su contenido un hecho que es materia de controversia en un proceso, el cual puede ser objeto de oralización en la respectiva audiencia dependiendo del tipo de proceso.



En ese sentido, es de señalar que la citada investigación aporta a la presente investigación, dado que permite evidenciar el rol importante de la prueba en el proceso laboral para poder genera un sustento y acreditar las afirmaciones alegadas por las partes (el demandante o demandado); por consiguiente, generar convicción en el juez sobre la respectiva teoría del caso de cada una de las partes.

De esta manera, el medio probatorio en el proceso laboral es de suma importancia para poder acreditar la afirmación alegada, generándose de esta manera una mayor solidez y mayor posibilidad de obtener una decisión favorable por parte del Juez.

Al respecto, en el caso concreto, atendiendo a lo expuesto, es de señalar que si es EsSalud alega que el destaque de las trabajadoras que desempeñan el cargo de operadora de modulo en sus instalaciones, es en virtud de una intermediación laboral, EsSalud debe de acreditar tal afirmación esbozada, por lo que debería de presentar dichos contratos para que acredite la esbozada afirmación que sostiene. Siendo ello así, EsSalud acreditaría la existencia formal de una intermediación laboral.

En esa misma línea, Zuta (2017) en su trabajo academico titulado *“LA CARGA PROBATORIA EN EL PROCESO LABORAL A PARTIR DE LAS NORMAS QUE REGULAN LA CONSERVACIÓN DE LOS DOCUMENTOS EN ESTE ÁMBITO”*, arriba a las siguientes conclusiones:

La Ley 27949 señala que al demandado-empleador corresponde acreditar que cumple con sus obligaciones legales y contractuales, sin mencionar algún plazo que deba de tener el demandado (el empleador) para mantener los documentos o la referida inversión de la carga.

Al respecto, el citado autor indica que la Ley y su reglamento, establecen el plazo de 5 años, para que los empleadores conserven la documentación respecto a la relación laboral.

En ese orden de ideas, el citado autor agrega que le tiene la carga de la prueba el empleador sobre el cumplimiento de la obligación establecida en el

inciso a), numeral 23.4, artículo 23° de la Ley 29497. Precisando que tal obligación se atenúa por el artículo cinco del Decreto Ley N.º 25988, modificado por la Ley N.º 27029, dado que con el pasar del tiempo, ya no se podría presumir que todavía sigue tal documentación en posesión del empleador, por lo tanto, no tendría la carga de prueba para acreditar tal cumplimiento.

Atendiendo a lo expuesto, resulta importante la citada investigación para la presente investigación, dado que se evidencia que el empleador es quien tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales, conforme así lo establece el inciso a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497. Asimismo, dicha carga de la prueba solo tendría una duración de 5 años, plazo que es obtenido de normas referencial ante la inexistencia de un plazo establecido en el referido cuerpo normativo.

De esta manera, es el demandado quien debe de acreditar que cumple con las normas legales; así, en el caso concreto, EsSalud tendría la referida carga de la prueba. Por lo que, de acuerdo a los artículos 17 y 26 de la Ley 27626 establece que los contratos de intermediación laboral deben de celebrarse por escrito. Siendo ello así, se convierte en un mandato legal, mandato legal que según la referida carga de la prueba corresponde al empleador acreditar.

De otro lado, resulta pertinente señalar que según Jauregui & Medina (2019) en su tesis titulada "*Emplazamiento de empresas tercerizadora en procesos de desnaturalización de contratos de tercerización Laboral*", arriban, entre otras, a la conclusión que:

Cursar traslado a las empresas tercerizadora como parte demandada en el proceso genera un sobre costo que perjudica al Poder Judicial, ya que se ve afectado el principio de economía procesal, el mismo que consiste en el uso correcto del tiempo, esfuerzo y dinero. Causando un daño que se ve relevado en el desperdicio de la capacidad instalada del Poder Judicial, como: Juez, los Auxiliares, las salas de audiencia y luz eléctrica, lo que afecta los fines de la reforma del proceso laboral.

Respecto a la conclusión arriba por el citado autor, con el debido respeto, el presente investigador señala que tal conclusión es errónea. Ya que de no emplazar a las empresas sub contratistas, en el caso de investigación del citado actor, la empresa tercerizadora, implicaría la vulneración de derecho de defensa de la referida empresa; por cuanto, no se le permitiría hacer uso de su defensa frente al acto postulatorio presentado por el trabajador demandante.

Al respecto, cabe precisar que si bien la trabajadora suministrada implícitamente solicita de determine la desnaturalización de la referida figura jurídica, la invocada intermediación tiene como origen la relación entre EsSalud y una empresa intermediadora, la cual habría destacado a la demandante a prestar servicios de operadora de modulo en las instalaciones de EsSalud.

Por lo que, si la trabajadora invoca la desnaturalización de la intermediación laboral, o teniendo en cuenta el hecho consistente en que la trabajadora suministrada es trabajadora de la empresa intermediadora, es lógico y jurídicamente necesario que se emplaze a su empleadora formar, misma que es parte de la intermediación laboral. Con la finalidad que se respete su derecho de defensa, mediante el cual esbozara su teoría del caso frente al juez.

Asimismo, cabe señalar que emplazando a la empresa subcontratista se evitaría de futuras nulidades; las cuales si se presentarían si atentarían contra el principio de economía procesal, ya que se tendría que volver a empezar de cero el proceso. Ya que, si es que no se emplaza a empresa sub contratista, ésta después puede solicitar la nulidad de todo lo actuado al haberse afectado su derecho a la defensa. Y es pues, que entre el derecho a la defensa que es un derecho constitucionalmente protegido ante un lineamiento que nace de ley, cuya naturaleza es procesal, como lo es el principio de encomia procesal, siempre primara el derecho constitucional.

Aunado a lo expuesto, cabe señalar que en el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral y Procesal Laboral-Arequipa 2016, en su cuarto tema sobre la

legitimidad para obrar de las empresas sub contratistas (tercerizadora o intermediadoras), el pleno acordó por mayoría que: Sí existen razones técnicas procesales para la participación de las empresas tercerizadora o intermediadoras, según sea el supuesto, en los casos en los que se invoca en la demanda que la empresa usuaria es la empleadora.

En ese sentido, queda totalmente evidencia acorde al orden constitucional y jurisprudencial, que se les debe de emplazar a las empresas sub contratistas, entre ellas la empresa intermediadora, cuando la trabajadora suministrada demande que la empresa usuaria es su empleadora.

Además, cabe acotar que según el artículo 17 de la Ley 27626, contempla que es la empresa intermediadora quien tiene la obligación de registrar el contrato que celebre con la empresa usuaria para el suministro de personal. Por lo que resultaría necesaria su participación, dado que en el sentido que EsSalud no cuente con el contrato la empresa intermediadora puede presentarlo. Claro en el caso de que si exista un contrato y no se haya llevado a cabo en forma distinta a la establecida legalmente la intermediación laboral, de caso contrario se estaría atentando contra la naturaleza de la citada figura jurídica.

### **Locales**

CAMPOS (2018) en su tesis titulada “*El principio de primacía de la realidad como elemento desnaturalizado de los contratos por servicio específico en la provincia de Chiclayo, 2013-2016*”, concluye que:

El principio de primacía de la realidad se aplica cuando se trate de encubrir un vínculo laboral mediante diferentes figuras jurídicas, radicando su fin en el no cumplimiento de las leyes laborales. Asimismo, que el referido principio se considera base fundamental del Derecho Laboral. Motivo por el cual tiene como finalidad garantizar seguridad jurídica al trabajador, protegiendo sus derechos constitucionales y laborales.

En tal sentido, la conclusión arriba por el citado autor aporta a la investigación, en cuanto sustenta que el principio de primacía de la realidad

se deberá aplicar cuando se pretenda encubrir las relaciones laborales. De esta manera, si en la presunta intermediación laboral no hay contrato que acredite la existencia de ésta ni los supuestos para su procedencia válida, quedaría determinado que la operadora de módulo (trabajadora destacada) prestó servicios de manera directa para EsSalud (usuaria).

De esa manera, en concordancia con el artículo cuatro del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, se establece un vínculo laboral entre EsSalud y la trabajadora suministrada a sus instalaciones.

Cabanillas (2019) en su tesis titulada INTERVENCIÓN OBLIGATORIA DEL OSCE EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA REALIZADOS POR LA MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE CHICLAYO, AÑOS 2014-2016, concluyó que:

El proceso de contratación se desarrolla a través de procedimientos. El referido proceso consta de tres etapas, las cuales son: La etapa de planificación y actuaciones preparatorias, la etapa de selección, y la etapa de ejecución del contrato. El funcionario, Servidor o Proveedor, deberán contar con el conocimiento de cada una de estas etapas.

[Respecto a la primera fase, refieren que del] análisis de los encargados de INCISPP (2017), señalan también, que dentro de esta etapa se puede observar la división de 2 etapas:

La primera sería: Planificación de las Contrataciones, es la evaluadora de aprobar las compras, y estas evaluaciones consisten en: ¿Qué es lo que se comprará? (Lo que se comprará será el objeto que sustente la contratación), ¿Cuál serán las características del objeto que se desea contratar? (las descripciones de lo objeto); ¿Determinación del costo? (Cuanto constara, un aproximado), ¿Forma de la compra? (El procedimiento que se realizara para realizar la compra), ¿Determinación de la fecha de la compra? Todos estos puntos deben constar en un escrito denominado Plan Anual de Contrataciones (PAC), mismo que es conforma Plan Operacional de la Institucional y el Presupuesto de la Institución, de Apertura.

En ese sentido, la referida información aporta a la presente investigación, en cuanto se evidencia que se necesita de una etapa previa para que posteriormente se pueda realizar la contratación. Es decir, en esta etapa se recopilará toda la información y pasos necesarios para que se pueda llevar a cabo una buena contratación, de tal manera que no existan errores en dicha contratación. Es pues, en el caso concreto, que no exista una determinada y concreta especificación del objeto de la contratación, se puede incurrir en un error que trae como consecuencia una desnaturalización de tal contratación.

Es así, que en el caso de que se celebre una intermediación laboral para destacar a trabajadoras para que desempeñen el cargo de operadoras de modulo, si antes haber determinado si tal actividad es completaría y puede ser objeto de intermediación.

Asimismo, especificar dentro de la contratación el supuesto de intermediación y las funciones que desarrollaran estas, acorde a como lo establece el artículo 26.2 de la Ley 27626. Cabe acotar que tal supuesto y las demás directrices necesarias para la contratación de la intermediación laboral, éstas deben de constatar en el contrato que celebre la empresa usuaria con la empresa intermediadora, en el proceso de ejecución (última etapa).

Flores (2016) en su tesis titulada *“INCUMPLIMIENTOS Y EMPIRISMOS APLICATIVOS EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO REALIZADAS EN LA GESTION PÚBLICA DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE MOTUPE DURANTE EL AÑO 2016”*, arribó a las siguientes conclusiones:

Se ha evidenciado incumplimientos en las contrataciones, cuyos responsables son el personal encargado de dichas contrataciones. Dado que el referido personal no conoce ni aplica la normativa que regula el proceso de contrataciones del estado.

Asimismo, que tales incumplimientos son porque el referido personal no aplica de manera adecuada los planeamientos referidos respecto a los antes mencionados procesos. Precizando el citado autor que tales incumplimientos

radica en la carencia de capacitación al referido personal sobre las contrataciones del estado.

En ese sentido, la investigación del citado autor aporta a la presente investigación porque ha identificado una causa que lleva a una mala praxis en el proceso de contratación. Es pues, que el proceso de contratación con el Estado, atendiendo a que EsSalud sería quien inicia el referido proceso para buscar una empresa intermediadora que le suministre de trabajadoras; los encargados de llevar a cabo ese proceso deben de estar facultados y conocer las referidas normas que regulan al proceso y el objeto de ese proceso.

De tal manera, que lo primero, en el caso de la intermediación laboral, para llevar a cabo tal proceso es cumplir con todas las formalidades necesarias para una válida intermediación laboral, dentro de las cuales se encuentra que la empresa intermediadora y EsSalud celebren un contrato de intermediación laboral por escrito, ello conforme está contemplado en los artículos 17 y 26 de la Ley 27626.

En ese sentido, si no se encuentra con un personal calificado, podrían llevar a cabo otra forma de supuesto pacto para calificarla como válida a la intermediación laboral, como serían las órdenes de compra.

Respecto a lo último cabe precisar que se ha señalado ello, porque uno de los argumentos de EsSalud gira en torno a que la intermediación laboral es válida por cuando se llevó a cabo a través de órdenes de compras. Al respecto, cabe acotar que por mandato legal (artículo 17 y 26 de la Ley 27626) el contrato de intermediación laboral debe de constar por escrito. Por lo que las órdenes de compra no serían la formalidad adecuada para que se tenga por válida la intermediación laboral.

### **1.3. Teorías relacionadas al tema**

#### **1.3.1. Definición de intermediación laboral**

En nuestra Legislación peruana, la intermediación laboral todavía no se encuentra específicamente definida; no obstante, con la finalidad de poder arribar a una definición de la referida figura jurídica se acude a la doctrina y la legislación comparada, mediante las cuales se la define a la antes mencionada figura jurídica como:

Aquella figura cuyo fin único es prestar mano de obra a una empresa usuaria, por parte de una empresa intermediadora. De esa manera, en la referida figura jurídica se encuentra vinculadas tres sujetos: La empresa intermediadora, los trabajadores suministrados y la empresa a la cual se le destaca los trabajadores. Precizando que los trabajadores suministrados serán quienes brindan el servicio, constituyendo tal servicio el objeto de la intermediación. (Revista de Consultoría Contable-Tributario- Laboral)

En esa misma línea, cabe señalar que en la legislación española a través del numeral 3 del artículo 16 del Real Decreto Legislativo 1/1995, modificado por la Ley 3/2012, establece que la intermediación laboral es aquella actividad que radica en contratar a personas (trabajadores) para transferirlos de forma temporal a otras empresas; actividad que solo podrá ser realizada por empresas de trabajo temporal que cuenten con una autorización regulada por una legislación determinada.

Asimismo, Salvatierra (2013) indica que la citada figura jurídica tiene como objeto único el suministro de mano de obra por una intermediadora.

En esa misma línea, Torres (2015) define a la referida figura como una modalidad pactada a través de la cual una empresa intermediadora transfiere a su propio personal a otra empresa (empresa usuaria), teniendo como fin que ejecuten trabajos temporales, complementarios o especializados. Precizando de esta manera que mediante la intermediación laboral se transfiere fuerza de trabajo de los trabajadores suministrados, mismos que están aptos para llevar a cabo la actividad a ejecutar; y que la referida figura jurídica solo puede llevarse a cabo a través de empresas intermediadora que se hayan constituido como personas jurídicas o



cooperativas conforme a su respectiva ley, las cuales deberán de tener por objeto única la prestar servicios de intermediación laboral.

Para Bossio (2013) la referida figura jurídica es un tipo de figura que tiene como actividad única brindar servicios de intermediación laboral, la cual debe de constar en su denominación, encontrándose aptas las empresa intermediadoras para ejecutar paralelamente labores de intermediación laboral de actividad temporal, complementaria y especializada, establecidas legalmente, que se encuentran reguladas en sus normas internas y la respetiva inscripción ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

En esa misma línea, Jara y Mostacero (2018) definen a la referida figura jurídica como el suministro de servicios por parte de una empresa intermediadora (identidad o cooperativa, constituidas con el objeto único de llevar a cabo tal fin) hacia otra empresa (empresa usuaria), existiendo solo vínculo laboral entre la empresa intermediadoras y los trabajadores transferidos.

Para Campos (2010), la antes mencionada figura jurídica es una anomalía al contrato de trabajo, mismo que comúnmente y únicamente son parte de éste, el empleador y el trabajador. Precisa que la referida figura jurídica participa como un tercero en la relación laboral, teniendo como consecuencia el empleado destacado dos empleadores; de los cuales, uno sería su empleador formal (empresa intermediadora), y el otro empleador será el real (empresa usuaria), toda vez, que el empleador real es a quien el trabajador suministrado ejecuta los servicios.

Al respecto, cabe señalar, respecto al poder directivo que trasfiere temporalmente la empresa intermediadora a la empresa a la empresa a la cual fueron destacados los trabajadores, que no todas las facultades del referido poder son transferidas, ya que el poder disciplinario le sigue perteneciendo a la empresa intermediadora.

De esta manera, se evidencia que existe un empleador formal y un empleador real. Precizando que no existe un vínculo laboral entre el personal suministrado y la empresa a la cual fue destacado. En ese sentido,

se hace un punto de quiebre en la común relación laboral entre el prestador de servicios y el receptor de aquella prestación de servicios, misma que será subordinada y dependiente, dada la existencia de un tercer actor en la relación (empleador formal de los trabajadores suministrados). (Valdés citado en Campos, 2010)

En esa misma línea, para Ermida (Citado en Toyama, 2008), la referida figura jurídica como aquel fenómeno de préstamo laboral que está vinculada con la subcontratación de servicios, dado que el pacto no se origina directamente entre la empresa favorecida con el servicio (empresa usuaria o principal) y el trabajador que presta los servicios, sino que se produce a través de una tercera empresa subcontratista (empresa temporal o intermediadora).

Asimismo, Espinoza (2018) señala que la referida figura jurídica envuelve la subcontratación de mano de obra con otra empresa para llevar a cabo los servicios periféricos, es decir, servicios que son necesarios para el desarrollo de la empresa, no obstante, éstos no están vinculados con el proceso productivo que constituye el objeto social.

Para maestro Toledo, la intermediación laboral consiste en que una empresa usuaria pacta con otra empresa de servicios el destaque de sus trabajadores, con el fin de que se brinde mano de obra a favor de ésta; siendo de esta manera, que el trabajador suministrado no tendrá relación laboral con la empresa usuaria, sino que el trabajador suministrado será dirigido y controlado por la empresa intermediadora.

En esa misma línea, el autor Toyama (2008) concuerda con la definición del maestro Toledo, dado que el citado autor define a referida figura jurídica como aquella a través de la cual una empresa usuaria pacta con una empresa intermediadora el suministro trabajadores, para la ejecución de un servicio a su favor. Precizando que no existirá relación laboral entre el suministrado y la empresa a la presta su mano de obra; y, que quien mantendrá la dirección y control del trabajador suministrado será la empresa de servicios (intermediadora).

Por su parte, el Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo, la define como aquel suministro de personas o de mano de obra de una empresa intermediadora (entidad o cooperativa de trabajadores) a una tercera empresa. Nótese que el destaque de personal no altera la relación laboral entre el personal destacado y su empleadora; en ningún caso, una figura de intermediación laboral -correctamente desarrollada genera un vínculo laboral entre el personal suministrado y la usuaria. (Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, 2018)

Respecto a lo último, es necesario hacer un inciso, y enfatizar lo señalado por el referido Ministerio, respecto a que, si configura una correcta intermediación laboral, no se genera vínculo laboral entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria. Peor entonces, cuando no se desarrolla así, se tiene por lo contrario, esto es, un vínculo laboral entre las referidas partes.

En tal sentido, la intermediación laboral es aquella la figura jurídica laboral mediante la cual, una empresa intermediadora (entidad o cooperativa de trabajo) suministra su propio personal a otra empresa (denominada usuaria) con el fin de prestar su mano de obra de naturaleza temporal, complementario o de especialización, en virtud de la relación civil que mantiene la empresa intermediadora y la empresa usuaria.

### **1.3.2. Sujetos de la intermediación laboral**

#### **1.3.2.1. Empresa Usuaria**

De acuerdo a lo señalado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018) mediante la intermediación laboral una tercera empresa (entidad intermediadora o cooperativa de trabajadores) transfiere personal o mano de obra hacia una empresa usuaria.

En este sentido, la empresa usuaria es aquella empresa inmersa en la intermediación laboral, a la cual la empresa intermediadora la dota de personal o cede mano de obra; precisándose que ese destaque de trabajadores será de forma temporal, periodo sujeto a la duración del

contrato de intermediación laboral que suscriban la empresa que destacara a su personal y la empresa que recibiera a su favor a ese personal

En esa línea, Pérez (2012) refiere que el demandante es aquella persona natural o jurídica de suministro de personal o mano de obra. Al respecto, cabe acotar que el demandante, como se le conoce en el mercado laboral comercial de España, en nuestra legislación sería la empresa usuaria.

En ese sentido, la empresa usuaria es aquella empresa o entidad del estado que necesita de mano de obra (personal) para llevar a cabo una actividad que no puede ser llevada a cabo con su solo personal; por lo que, contrata con otra empresa (empresa intermediadora) para que ésta ultime suministre su personal para llevar a cabo tal actividad. Cabe precisar al respecto que tal actividad solo podrá tener naturaleza complementaria, temporal o de especialidad.

### **1.3.2.2. Empresa intermediadora**

La intermediación laboral es aquella figura mediante la cual una empresa usuaria pacta con una tercera empresa, para que ésta última le destaque su personal, el cual se encontrara sujeto al poder de dirección que la tercera empresa le transferirá a la empresa usuaria. Señalándose que la empresa que suministra su personal a la empresa usuaria podrá ser una cooperativa de trabajadores o una persona jurídica (SERVICE) (Alva & Garcés Asesoría Laboral, 2018)

En ese sentido, la intermediadora es la empresa suministradora de sus trabajadores a la usuaria, con la cual ha celebrado un contrato de intermediación laboral, con la finalidad del que el personal destacado realice las actividades, las cuales deben de estar bajo los alcances de la Ley 27626. Asimismo, ésta empresa intermediadora podrá constituirse como una persona jurídica, es decir una empresa de servicios o también conocida como SERVICE, o podrá constituirse como una cooperativa de trabajadores.

En esa misma línea, cabe señalar que en la legislación española, a través del artículo 12 de la Ley federal de trabajo, texto vigente mediante la última

reforma publicada DOF 09-04-2012, definen a la empresa intermediadora como aquella persona jurídica que contrata con otra empresa, para que la primera preste servicios a favor de la segunda, la cual según el referido artículo sería el patrón.

De otro lado, cabe acotar que en el ordenamiento jurídico español, según Rodríguez (Citado en Pérez, 2012), señala que, un Intermediario laboral [empresa intermediadora] es aquella persona natural o jurídica que se comporta el nexo entre el oferente y el mercado laboral. Es decir, el intermediario es aquel que coloca al oferente [trabajador suministrado], en la empresa que requiere de sus servicios.

En esa línea, el citado autor indica que existen 3 tipos de intermediarios laborales, teniendo cada uno de estos tipos es diferente dependiendo de sus funciones. Estos tres tipos de intermediarios laborales son: la agencia de empleo, intermediario simple y las empresas de trabajo temporal.

Al respecto cabe precisar que las empresas de trabajo temporal son las empresas que guardan relación con las empresas de intermediación laboral del Perú. Toda vez, que las denominadas ETT, son aquellas que destacan a personal a una tercera empresa, para que el referido personal realice funciones de manera temporal.

En ese orden de ideas, la empresa intermediadora es aquella entidad o cooperativa de trabajo que pacta con la otra empresa o entidad del estado, para que la primera empresa le suministre su personal (trabajador o socio trabajador) a la segunda empresa, a fin de llevar a cabo una actividad que ésta última empresa necesita se lleve a cabo, la cual solo podrá tener naturaleza completaría, temporal o de especialización.

#### **1.3.2.2.1. Clases de empresa intermediadoras**

Teniendo en cuenta que la empresa intermediadora es aquella empresa que suministra a sus trabajadores a una tercera empresa; y que la empresa intermediadora conforme lo establece la Ley 27626, puede a su vez ser persona jurídica o cooperativa de trabajadores, es de señalar que el

respectivo cuerpo normativo establece que los supuestos de intermediación son de complementariedad, alta especialización y temporal.

Es así, que la empresa intermediadora debe de optar o adecuarse de acuerdo al supuesto en que se sustente la intermediación, es decir, dicha empresa al pactar con la empresa a la cual le suministrara su personal, la primera empresa debe de adecuarse al determinado supuesto en virtud del cual nace esa contratación. De esta manera la empresa intermediadora, atendiendo al supuesto de intermediación laboral, se clasifica en la siguiente forma:

#### **a) Empresa Intermediadora de servicios temporales**

Dentro de la clasificación de la empresa intermediadora, se encuentra la empresa intermediadora de servicios temporales, cuya definición se encuentra establecida en el numeral 11.1, artículo 11° de la Ley 27626.

El referido artículo la define como aquella persona jurídica que contrata con otras empresas, denominadas usuarias, para que suministre servicios de forma temporal en la ejecución de sus actividades, a través del suministro de los trabajadores de la empresa intermediadora.

El citado artículo también establece el poder de dirección de las actividades que ejecuten los trabajadores suministrados está a cargo de la empresa usuaria.

Siendo así, la referida empresa suministra sus trabajadores a la empresa usuaria, con la finalidad de que éste ejecute:

1. Actividades ocasionales, las misma que deben ser diferentes a las actividades innatas de la empresa usuaria.; y,
2. Actividades de naturaleza suplencia, estando sujeto el personal destacado a la dirección y supervisión de la empresa a la cual fueron suministrados.

Por último, cabe señalar que el citado artículo establece las labores de naturaleza ocasiona y de suplencia, son las que ésta reguladas en el Decreto Supremo 000-97-TR.

En esa misma línea, Villavicencio señala que este clase de empresas intermediadora es una persona jurídica que se ha constituido con el único objeto de contratar con terceras empresas, denominadas empresa usuarias, el suministro de trabajadores para que lleven a cabo labores de naturaleza temporal, principal o secundaria, cuya finalidad sea reemplazar una plaza indeterminada que se está transitoriamente vacante; asimismo, para reemplazar plazas no indeterminadas establecidas para satisfacer necesidades transitorias que son diferentes a la actividad usual de la usuaria.

Por su parte Torres (2015) nos precisa que cuando la norma hace menciona a la a ocasionalidad, ésta hace referencia a que a través de la intermediación laboral (destaque del trabajador) se necesita satisfacer insuficiencias temporales diferentes a las labores usuales de la empresa usuaria. Precizando que dicha actividad tiene un plazo máximo de 6 meses en un año.

De otro lado, nos precisa el citado autor que cuando la referida norma hace mención a la suplencia, ésta se refiere a que mediante la intermediación laboral (destaque de trabajador) se cubrirá una plaza de un trabajador permanente de la empresa usuaria, el cual ese instante mantiene con la empresa usuaria un vínculo laboral suspendido, el cual puede tener como origen el acuerdo mutuo o algún supuesto regulado por Ley. Respecto a este último caso, precisa que la duración será la que sea necesaria.

En ese orden de ideas, se puede arribar a la conclusión de que la empresa intermediadora de servicios temporales es aquella que pacta con otra empresa o con una entidad del estado, el suministro de su personal para que pueda llevar a cabo una actividad cuya naturaleza sea temporal, tal naturaleza responderá a las contrataciones de suplencia y de ocasional.

#### **b) Empresas Intermediadora de servicios complementarios**

Respecto a esta clase de empresa intermediadora, cabe señalar que su definición se encuentra regulada en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley

27626, cuyo texto define a la referida empresa intermediadora como una empresa jurídica que suministra personas a una empresa usuaria, con el fin de que su personal suministrado ejecute labores no ligadas o accesorias al objeto social de la usuaria a la cual fueron suministrados los trabajadores.

En esa misma línea, Torres (2015) señala que la referida empresa es una persona jurídica que suministra trabajadores a una tercera empresa, con el objetivo que los trabajadores suministrados ejecuten labores no vinculadas al objeto social o accesorio a éste, de la tercera empresa. Precizando que la empresa usuaria no establece ni controla las labores de los trabajadores que le han sido suministrados.

Asimismo, Villavicencio define a la referida empresa intermediadora como una persona jurídica que suministra personal para que lleve a cabo actividades secundarias (actividades no ligadas al objeto social de la empresa intermediadora o accesorias a éste), las cuales pueden ser indeterminadas o transitorias (privilegiándose la naturaleza de la actividad), como son: aseo de las instalaciones, vigilante, seguridad, entre otros.

En ese orden de ideas, es menester señalar que una labor complementaria de la empresa usuaria, significa que tal labor tiene naturaleza auxiliar, misma que no está ligada al giro principal de ésta. En ese sentido, su abandono o no desarrollo no impide que se ejecute la actividad empresarial de la empresa. Ejemplos de ello son las actividades de: vigilante, Courier externo y aseo de las instalaciones. Es así que la labor de naturaleza complementaria resulta no prescindible para el desarrollo de las labores principales de la empresa usuaria. Por lo que las empresas intermediadoras de servicios complementario deberán de tener la completa autonomía técnica y a la vez tener la responsabilidad del desarrollo de sus actividades. (Salvatierra citado en Torres, 2015)

En ese sentido, se arriba a la conclusión que las empresas intermediadoras de servicios complementarios son aquella que celebran con una empresa o entidad del estado, el destaque sus propios trabajadores a favor de la segunda empresa o entidad del estado, a fin de que desarrollen actividades



cuya naturaleza sea auxiliar, es decir secundaria, o se encuentre directamente ligada al objeto social de la empresa o entidad del estado.

### **c) Empresas Intermediadora de servicios especializados**

Esta clase de empresa intermediadoras, al igual que las otras clases de empresas intermediadoras, encuentra su definición regulada en el artículo 11 de la Ley 27626, específicamente en el numeral 11.3 del referido artículo, cuyo texto indica que la empresa intermediadora de servicios especializados es una persona jurídica que presta mano de obra de alta especialización a una tercera empresa.

Asimismo, el referido artículo precisa la usuaria no ostenta la facultad de dirigir las labores llevadas a cabo por el personal suministrado. También, establece como ejemplos de servicios de alta especialización a los siguientes: auditorías, implementación de soportes informáticos, entre otros.

En esa misma línea, Villavicencio las define como personas jurídicas que ofrecen mano de obra de alta especialidad. Siendo éstas de naturaleza transitoria o indeterminada, teniendo un carácter auxiliar. Precisa que la tercera empresa, denominada usuaria, no ostentan la facultad de dirigir a los suministrados por la intermediadora, sobre sus labores que realicen durante el tiempo que dure el destaque.

Por su parte Torres (2015) precisa que la intermediación laboral de servicios de alta especialización radica en suministrar mano de obra de alta especialización, la cual será secundaria y no vinculada al objeto social, y requerirán un elevado grado de conocimientos. El citado autor señala como ejemplos el mantenimiento y saneamiento especializado.

Atendiendo a lo expuesto, se puede concluir que la empresa intermediadora de servicios de especialización es aquella empresa que celebra con una empresa o entidad del estado, el suministro de su personal para que lleven a cabo a favor de la segunda empresa o entidad del estado, labores de especialización. Precisándose que tales labores serán auxiliares a giro de la actividad principal de la empresa o entidad del estado. Asimismo, que el

poder de dirección lo tiene la empresa intermediadora y no la empresa o entidad a la cual fueron suministrados el personal de la empresa intermediadora.

#### **d) Cooperativas de trabajadores**

Respecto a las cooperativas de trabajadores es de señalar que conforme lo establece el artículo 12 de la Ley 27626, existen dos de éstas, las cuales son las cooperativas de trabajadores temporales y cooperativas de trabajo de fomento del empleo.

Las cooperativas de trabajadores temporales son aquellas que son fundadas únicamente para suministrar a los socios que conforman esta cooperativa a empresas usuarias, con la finalidad de que los socios destacados lleven a cabo actividades consistentes en la suplencia u ocasional, cuyas supuestos contractuales se encuentran reglamentados en el Decreto Supremo número 003-97-TR.

Asimismo, conforme establece el citado artículo, las cooperativas de trabajo y fomento del empleo son aquellas cuyo fin único es suministrar a sus socios a una tercera empresa, con el fin de que desempeñen labores de naturaleza complementaria o especialidad.

Ateniendo a lo expuesto, siguiendo esa misma línea, Torres (2015), nos señala que: Las cooperativas de trabajo temporal se fundan únicamente para suministrar sus propios socios a empresa usuarias, con el objetivo de que los socios destacados ejecuten labores originados de la contratación ocasional y suplencia, los cuales están contemplados en el Decreto Supremo número 003-97-TR. Asimismo, nos señala respecto a las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, que estas son aquellas dedicadas, únicamente, a suministrar mano de obra de naturaleza complementaria o especialidad, mediante sus socios trabajadores suministrados a la empresa usuaria.

Ahora bien, cabe señalar que las cooperativas de trabajo se dividen en dos cooperativas, estas son: las cooperativas de trabajo temporal y las cooperativas de trabajo y fomento del empleo.

Las primeras cooperativas son las aquellas encargadas de suministrar a su personal a una tercera empresa, con el fin de brindar mano de obra de forma temporal, cuya naturaleza responda a suplencia u ocasión.

Las segundas cooperativas son aquellas encargadas de suministrar a su personal a una tercera empresa para que desempeñen o brinden mano de obra, cuya naturaleza de la labor sea complementaria o de especialización.

#### **1.3.2.2.2. Formalidades de la empresa intermediadora**

De acuerdo a la Ley 27626 y su reglamento aprobado por el Decreto Supremo 003-2002-TR, las empresas que quieren convertirse en empresa intermediadora, por tanto, que busquen ejercer la intermediación laboral, deberán de cumplir con ciertas formalidades que regula los referidos cuerpos normativos, para que puedan ejecutar de manera válida la intermediación laboral.

##### **a) Objeto social**

Una de las más importantes formalidades que debe de poseer la empresa que desea constituirse como una empresa intermediadora que tenga como objeto exclusivo la intermediación laboral, conforme el artículo dos de la Ley 27626.

Al respecto, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2018) señala que la intermediación laboral solo puede ser brindada por las empresas especiales de servicios, las cuales se fundan como personas jurídicas acorde a lo regulado en la Ley 26887, o por cooperativas, las cuales se encuentran reguladas por el Decreto Legislativo N.º 85. Preciséndose que el objeto exclusivo de las entidades intermediadoras será solo prestar servicios de intermediación laboral.

Ahora bien, cabe señalar que a una mayor amplitud, el del Decreto Supremo 003-2002-TR, en su artículo dos establece que las referidas empresas intermediadoras deben tener como objeto único brindar intermediación laboral.

Asimismo, que las referidas empresas intermediadoras (complementaria, especialización y temporal) tienen como objeto ejecutar paralelamente la referida figura jurídica laboral regulada en la Ley 27626, con la condicionante de que ello figure en su estatuto y en el registro de las referidas empresas.

También, establece el citado artículo que las cooperativas de trabajo temporal solo tendrán como objeto exclusivo la intermediación laboral, respecto a la prestación de servicios de naturaleza temporal; y, las cooperativas de trabajo y fomento del empleo su objetivo exclusivo será la intermediación laboral, respecto al suministro de mano de obra de labores de naturaleza complementaria o especialización.

La parte *in fine* del referido artículo establece que las actividades accesorias, que se encuentren en forma directa vinculadas e indispensables para realizar labores de intermediación laboral, serán tomadas en cuenta como una fracción del objeto social de las referidas empresas intermediadora (especialización, complementaria o temporal)

En ese orden de ideas, la existencia que la intermediación laboral sea el objeto social al momento de la constitución de una empresa intermediadora resulta de mayor importancia y trascendencia para la configurarse como tal, conforme así lo establece el artículo 2 del citado cuerpo normativo. Es decir, una empresa intermediadora para que se considere como tal, ha debido desde el momento de su constitución como objeto social la intermediación laboral.

Al respecto, cabe precisar que el citado artículo establece una excepción para lo antes expuesto, en cuanto, no será en forma única que la empresa intermediadora tenga como objeto social la intermediación laboral, sino que también puede tener como objeto social ejecutar paralelamente la

intermediación laboral, siempre y cuando, así lo haya registrado en su estatuto y al momento de registrarse.

Respecto a las cooperativas de trabajo, éstas tendrán como objeto social la intermediación laboral, dependiendo de la naturaleza de la cooperativa.

#### **b) Capital de 45 UIT**

Otra de las formalidades que debe de cumplir una empresa para constituirse como empresa intermediadora es que acorde al artículo 14 de la Ley 27626, éstas deberán de ostentar un patrimonio económico-social de un valor no inferior de 45 Unidades Impositivas Tributarias, o también pueden acreditar tal cantidad en certificado de aportaciones, al momento de su fundación. Asimismo, el referido artículo establece que en aquellos casos en los que corresponda, al momento de la constitución, se deberá presentar un duplicado del documento le otorga su permiso o el documento de su registro.

En esa misma línea, conforme lo contempla el artículo 14 de la Ley 27626 y el artículo 7 del Decreto Supremo 003-2002-TR (reglamento de la referida Ley), el capital social de la empresa que desee construirse como empresa intermediadora es de 45 Unidades Impositivas Tributarias como mínimo, capital que no puede ser disminuido. Dado que las 45 Unidades Impositivas Tributarias son un imperioso deber a cumplir por parte de la intermediadora o la que se quiera convertir en una empresa intermediadora.

#### **c) Inscripción de la empresa intermediadora en el Registro Nacional de Entidades y Empresas que realizan actividades de Intermediación Laboral**

Conforme al artículo 13 de la Ley 27626, también es una formalidad imperativa que las empresas que se desean constituir como empresas intermediadoras es indispensable que se inscriban en el Registro, ya que así podrán iniciar y llevar a cabo la prestación de servicios de intermediación laboral.

Es decir, mediante la inscripción se habilita a la nueva empresa intermediadora a poder llevar a cabo prestaciones de intermediación laboral;

precisándose que levara la prestación de intermediación laboral durante la vigencia de la autorización que se le brinde.

Asimismo, referido artículo establece que el registro para constituirse como empresa intermediadora debe de llevarse a cabo ante la AAT, que en ese momento tenga jurisdicción en la localidad en donde se encuentra ubicada la nueva empresa intermediadora que realizará actividades de intermediación laboral.

### **1.3.2.3. Trabajador suministrado o socio trabajador suministrado**

Según el artículo 1 del Decreto Supremo 0002-2003-TR, define al trabajador suministrado como aquel trabajador que se encuentra subordinado [entiéndase subordinado por la empresa intermediadora] o como aquel socio trabajador suministrado a una empresa usuaria.

En ese sentido, a un mayor abundamiento cabe señalar que de los citados cuerpos normativos se desprende que un trabajador suministrado o socio trabajador suministrado es aquel trabajador que fue suministrado por una empresa intermediadora (Entidad o Cooperativa de trabajadores, su empleado formal o asociación a la cual pertenece) a una tercera empresa, denominada empresa usuaria, para que éste lleve a cabo algún servicio bajo un supuesto intermediación laboral.

Al respecto, cabe acotar que tal servicio debe constar en el contrato que suscriban la intermediadora (entidad o cooperativa de trabajadores) y la usuaria. De igual manera constara en el contrato de trabajo del trabajador suministrado o socio trabajador suministrado y la empresa intermediadora o cooperativa de trabajadores. Cabe señalar que los servicios que prestan los referidos trabajadores suministrados serán para desempeñar actividades de naturaleza complementaria, temporal o especializada.

En esa línea, en la legislación española, según Rodríguez (2012) señala que el oferente [el trabajador suministrado] es aquel que inmerso en una relación de naturaleza laboral es suministrado al demandante [que sería en Perú, la empresa usuaria] para que preste su mano de obra para las actividades que

éste le encargue. Siendo tal laboral supervisada y direccionada por la empresa usuaria.

En ese orden de ideas, el trabajador suministrado es aquel trabajador que pertenece al personal de la empresa intermediadora, y que en virtud de la intermediación laboral es suministrado a la empresa usuaria para que brinde mano de obra de naturaleza complementaria, de especialización o temporal.

### **1.3.3. Objeto de la intermediación laboral**

Según Bernuy (Citado en Torres, 2015) manifiesta que la referida figura jurídica únicamente es brindada a través de empresas fundadas como personas jurídicas o por cooperativas, mediante un contrato (contrato de intermediación laboral), cuya finalidad sea suministrar a su personal a las instalaciones de una tercera empresa, teniendo como único objeto social la intermediación laboral.

Por su parte, Torres (2015) señala que las empresas intermediadoras (complementaria, temporal y especialización) pueden tener como objeto paralelamente ejecutar las actividades de intermediación laboral prevista en la Ley, pero con la condición de que así figure en su Estatuto y Registro. Asimismo, el citado autor señala que las cooperativas de trabajo temporal solo tendrán como objeto exclusivo el supuesto temporal; y, las cooperativas de trabajo y fomento del empleo, tendrán como único objetivo labores de naturaleza complementaria y especialidad.

También señala que las actividades accesorias, que se encuentren en forma directa vinculadas e indispensables para llevar a cabo labores de intermediación laboral, serán tomadas como fracción del objeto social de las referidas empresas intermediadoras.

El citado autor agrega que resulta necesario que las empresas que prestan servicios de intermediación laboral se funden como personas jurídicas o cooperativas, y que cualquiera sea su forma de constituirse, deben de tener necesariamente como objeto social exclusivo brindar servicio de intermediación laboral.

En ese orden de ideas, es pertinente acotar que el artículo dos de la Ley 27626, contempla que la intermediación laboral únicamente podrá ser brindada por personas jurídicas que se hayan constituidas de acuerdo a la Ley 26887 o cooperativas constituidas conforme al Decreto Supremo 074-90-TR; y, tiene como objeto único la intermediación laboral.

#### **1.3.3.1. Actividades objeto de la intermediación laboral**

En ese orden de ideas, y atendiendo a los supuestos de la referida figura jurídica, es menester señalar cuáles son las actividades que pueden ser objeto de la referida intermediación:

Según el artículo 1 del Decreto Supremo N.º 008-2007-TR, que modifica el artículo 01 del Decreto Supremo 0003-2002-TR, señala que una actividad complementaria es la que ostenta una naturaleza auxiliar, es decir, dicha actividad no encuentra ligada con el objeto social de la empresa que es suministra con personal; asimismo, que la no ejecución o su ausencia no impida la ejecución de la actividad empresarial de la mencionada empresa. Siguiendo esa línea, el referido artículo establece como ejemplos de las referidas actividades, que estas serían las labores de vigilante, seguridad, reparación, mensajería externa y limpieza.

Ahora bien, respecto a la actividad de alta especialización, cabe señalar que dicha actividad es aquella labor de naturaleza de alta especialización de la tercera empresa que requiere el personal; teniendo tal mano de obra (la labora) un carácter complementario, secundario o no ligado a la actividad principal de la empresa usuaria. Dicha actividad requiere un alto grado de conocimientos técnicos, científicos o particularmente aptos.

De esta manera, sirve como ejemplo señalar que actividades de alta especialización serían: el mantenimiento y saneamiento especializados., conforme así lo establece el artículo 1 del Decreto Supremo 003-200-TR.

#### **1.3.3.2. Actividad no posible de intermediación laboral**



Ahora bien, habiéndose señalado las labores que si pueden ser objeto de intermediación laboral, es menester señalar cuáles son las actividades que no puede ser objeto de intermediación laboral, la cual es:

La actividad principal de la empresa usuaria. Dado que la referida actividad es el objeto social de la empresa usuaria. Siendo así, si faltara o no se ejecuta la actividad principal se vería perjudicado o impediría el desarrollo del referido objeto de la empresa usuaria. De esa manera, se evidencia que la referida actividad no puede ser objeto de intermediación laboral.

Aunado a lo expuesto, cabe precisar que el artículo tres de la Ley 27626 en su parte *in fine* establece la prohibición de que a través de la intermediación laboral se brinden servicios que impliquen llevar a cabo el desarrollo permanente de la actividad principal de la empresa usuaria.

A lo expuesto, resulta pertinente acotar que el artículo uno del Decreto Supremo N.º 008-2007-TR, señala que una actividad principal es aquella sin su ejecución se perjudicaría o no se puede cumplir con el objeto social de la empresa.

#### **1.3.4. Supuestos de la Intermediación Laboral**

##### **1.3.4.1. Supuestos de procedencia de la intermediación laboral**

Los supuestos para que proceda una intermediación laboral válida acorde a Ley, se encuentra establecidas en el artículo tres de Ley 27626, los cuales, el referido texto normativo, indica que son: Temporalidad, complementariedad o especialización.

Cabe acotar que -conforme se ha señalado líneas arriba-, el citado artículo establece la prohibición de que a través de la intermediación laboral se destaque a trabajadores a la empresa usuaria para que éstos brinden servicios que involucren el desarrollo de la actividad principal de ésta.

Teniendo en cuenta dichos supuestos de la referida figura jurídica, es menester precisar la definición de éstos.

Por su parte el artículo 1 del Decreto Supremo 003-2002-TR, regula que la intermediación de servicios temporales reside en suministrar personal de manera temporal a una tercera persona, la cual puede ser natural o jurídica, cuya denominación será empresa usuaria, la cual dirigirá y supervisará las tareas.

Respecto a lo expuesto, resulta pertinente acotar que conforme el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 27626 establece que los contratos inmersos bajo este supuesto son los contratos de ocasión o suplencia, los mismos que están regulados por el Decreto Supremo 003-97-TR.

De otro lado, respecto a los supuestos de alta especialidad y complementaria, cabe resaltar que éstos dos supuestos consisten en brindar los respectivos servicios a una empresa usuaria, destacándose personal para que lleve a cabo las referidas laborales complementarias o alta especialización. En estos supuestos la empresa la cual han sido suministrados los trabajadores, no controla ni señala las actividades que desempeñara el trabajador suministrado.

Al respecto, resulta pertinente señalar que el numeral 11.2 del artículo once de la Ley 27626 establece que en los casos del supuesto y complementariedad los trabajadores suministrados realizarán actividades accesorias o no ligadas con el objeto social de la empresa usuaria.

Asimismo, resulta pertinente acotar que el numeral 11.3 del artículo 11 de la Ley 27626 establece que la empresa a la cual se ha suministrado de personal, no tiene facultad de dirigir las actividades que desarrolla los trabajadores suministrados.

#### **1.3.4.2. Supuestos prohibidos de intermediación laboral- infracciones**

Dado que existen supuestos únicos de intermediación laboral, otros supuestos mediante los cuales se quiera intermediar se encontrarán prohibidos, y se convertirán en infracciones. Dentro de éstos tenemos:

Según el artículo 4 del citado cuerpo normativo será nula la intermediación laboral cuando el suministro del personal hacia la tercera empresa haya

tenido como fin vulnerar o limitar los derechos colectivos de los trabajadores de esa empresa o la empresa que los destaca.

Cabe acotar, que existen otros supuestos prohibidos de la referida figura jurídica, los mismos que se encuentra regulados en el artículo ocho de la Ley 27626, cuyo texto normativo regula que los supuestos que no pueden ser objeto de intermediación laboral, es decir la empresa intermediadora no puede suministrar trabajadores a la empresa usuaria cuándo:

1. Los trabajadores suministrados (trabajadores destacado o socio trabajador suministrado) sean destacados para reemplazar a trabajadores que estén en huelga.; y,
2. Los trabajadores suministrados para reemplazar trabajadores de otra empresa intermediadora.

También, otros supuestos prohibidos de intermediación laboral s encuentra regulados en el artículo cuatro del Decreto Supremo 003-2002-TR, cuyo texto normativo establece que estos son:

- a) Que se exceda del porcentaje máximo para la intermediación, donde se suministre mano de obra de naturaleza temporal. Al respecto, resulta pertinente acotar, que de conformidad con el artículo 6 de la Ley 27626, en el supuesto de temporalidad el límite es de 20% del total del personal que tenga la empresa a la cual fueron suministrados.

Precisándose que en los casos donde la intermediación laboral, se dé por la prestación de mano de obra por naturaleza complementaria o de alta especialización no existirá el referido limite, pero para ello existe la condición de que la empresa intermediadora (Entidad o cooperativa) tenga la autonomía y responsabilidad del desarrollo de las actividades de los trabajadores suministrados (trabajador suministrado o socio trabajador suministrado).

Respecto a este supuesto, es menester señalar que el artículo 144 del TUO del D. Leg. 728, amplía el porcentaje hasta el suministro del personal del

50% del total del personal de la usuaria, solo para las cooperativas de trabajado temporal y para las empresas de servicios temporales.

b) La mencionada figura jurídica tenga como supuesto el suministro de mano de obra temporal; no obstante, tal figura jurídica se realiza para fines distintos a destacar trabajadores, que obedezca a contratos de suplencia u ocasionales.

c) La referida figura jurídica que se realice teniendo otros supuestos distintos al que desempeñan las empresas intermediadoras de trabajo (entidades y cooperativas de trabajo).

d) En reiteradas oportunidades la empresa usuaria incumple con su obligación de pedir el documento donde conste la inscripción en uso de la empresa intermediadora; asimismo, incumple con su obligación de tener copia de dicha constancia de inscripción en el lapso de vigencia del contrato. Igualmente, cuando contrata la empresa usuaria con una empresa intermediadora sin registro vigente.

### **1.3.5. Limite porcentual para destaque de intermediación**

Según la Ley 27626 y su reglamento aprobado mediante el Decreto Supremo 003-2002-TR, establecen un porcentaje limitativo de trabajadores o socio trabajadores que estén hábiles para ser suministrados a la empresa usuaria; no obstante, el referido porcentaje no aplica para todos los supuestos que den origen a una intermediación laboral.

Atendiendo a lo expuesto, cabe señalar que el artículo 6 de la Ley 27626 establece que las empresas intermediadoras dedicadas a prestar servicios de la mencionada figura jurídica, bajo el supuesto de suministro de mano de obra temporal, tendrán como límite de número de trabajadores que puedan destacar: el 20% del personal de la empresa a la cual fueron suministrados los trabajadores.

Es decir, los trabajadores que sean suministrados a la tercera empresa, para que brinden mano de obra de manera temporal, no deberán de exceder su número del 20% del total de los trabajadores que tenga la empresa usuaria.

Cabe acotar que según el artículo 3 del Decreto Supremo 003-2002-TR establece que los trabajadores suministrados serán en virtud de contratos de trabajo ocasionales o de suplencia, que celebren con la empresa intermediadora, los cuales se encuentra regulado por el Decreto Supremo 003-97-TR.

De otro lado, cuando los referidos supuestos de señalada figura jurídica sean los servicios complementarios o alta especialización, el antes mencionado límite porcentual no es aplicable. Sin embargo, cabe señalar que dicho porcentaje no será aplicable, bajo la condición de que la empresa intermediadora tenga la autonomía y responsabilidad del desarrollo de las actividades de los trabajadores suministrados (trabajador suministrado o socio trabajador suministrado)

### **1.3.6. Derechos y beneficios laborales**

Dada la naturaleza de la intermediación laboral, mediante la cual se desprende que existen tres sujetos, que son: el personal suministrado, la empresa intermediadora y la empresa usuaria; es que el estado peruano con el fin de que los derechos laborales del personal suministrados no se vean afectados, es que mediante la Ley 27626, reconoce los derechos y beneficios laborales que éstos tienen, al igual a la protección de esos derechos y beneficios laborales.

En ese sentido, resulta pertinente señalar que el artículo 7 de la Ley 27626, en correlación con el artículo 4 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 003-2002-TR, establece que los trabajadores (trabajadores suministrados y socio trabajadores suministrados) de las empresas intermediadoras (Entidad-empresa de servicios- y Cooperativa de trabajadores) tienen los mismo derechos y beneficios que el personal de la empresa usuaria bajo el régimen laboral de la actividad privada.

Asimismo, el referido artículo establece que los trabajadores suministrados (trabajador y socio trabajador) son suministrados a la tercera empresa, poseen el derecho a recibir una remuneración durante el lapso de la prestación de servicios, y una la igualdad de situación de trabajo que tenga el personal de la empresa usuaria.

En esa línea, Torres (2015) señala que cuando la remuneración y condiciones ofrecidas por la tercera empresa (empresa a la cual fueron suministrados los trabajadores) a sus propios trabajadores sean en general, el personal suministrados ostenta el derecho a tenerla misma remuneración y condiciones ofrecidas por la empresa usuaria. Precisando que las remuneraciones y situación están sujetas a la categoría o función que ocupa o desempeña el trabajador.

De igual manera, precisa el citado autor, que cuando las remuneraciones o condiciones que la tercera empresa (la empresa usuaria) otorgue a su personal obedezcan a una situación especial objetiva, innatas a la clasificación persona, la ejecución de determinadas actividades, dependiendo del puesto o que el trabajador cumpla con condiciones específicas, no se podrá extender tales derechos a favor de los trabajadores suministrados.

Agrega el citado autor que no es posible que se extienda derechos y beneficios a los trabajadores suministrados cuando las actividades que ejecuten no sean ejecutadas por ninguno de los trabajadores propios de la empresa usuaria.

Ahora bien, es importante señalar que cuando se afecte los derechos y beneficios laborales del trabajador suministrado tanto la usuaria (la tercera empresa) como la empresa intermediadora son responsables solidarios. Precisándose que acorde a lo contemplado en el artículo 26 del Decreto Supremo 003-2002-TR, cuando estos derechos laborales tengan su origen legal o por convenios colectivos, estos derechos no están bajo los alcances de la carta fianza que brinda la empresa intermediadora.

En esa misma línea, cabe señalar que si la fianza brindada por la empresa intermediadora no resulta suficiente realizar la cancelación de los derechos labores del personal suministrado, es así que la usuaria y la intermediadora son responsables solidaras para el pago de los referidos adeudos.

Es pertinente precisar que la antes mencionada solidaridad entre las referidas empresas solo será durante el lapso del destaque del personal a la empresa usuaria.

### **1.3.7. Formalidades de la intermediación Laboral.**

#### **1.3.7.1. Suscripción de contrato de locación de servicios entre la empresa intermediadora y la empresa usuaria**

Según el artículo 17 de la Ley 27626 establece que las entidades (empresa intermediadora) poseen la obligación de registrar los contratos de locación de servicios (contratos de intermediación laboral) que suscriban con las empresas usuarias.

En esa misma línea, el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley 27626 establece que los contratos de locación de servicios que celebra la empresa intermediadora y la empresa usuaria, deben de tener entre otras la siguientes cláusulas:

1. Describir las actividades que realizara el trabajador suministrado, bajo el supuesto de intermediación laboral, que estén relacionadas con el objeto social de la empresa usuaria.
2. Términos del contrato de trabajo de los trabajadores suministrados.

Asimismo, el artículo 12 del Reglamento de la Ley 27626, probado por el Decreto Supremo 003-2002-TR, establece el procedimiento para registrar los referidos contratos de locación de servicios entre las empresas intermediarias y empresa usuaria.

Al respecto, resulta pertinente acotar que el contrato que suele utilizarse entre la empresa principal y el intermediario es la de la locación de obra o servicio.(Basualdo & Morales, 2014)

En ese orden de ideas, por mandato legal queda establecido que los contratos de locación de servicios (los contratos de intermediación laboral) entre las referidas empresas deben de constar por escrito.

#### **1.3.7.1.1. Procedimiento del registro de contratos de locación de servicios**

Ahora bien, el artículo 12 del Decreto Supremo 003-2002-TR regula el procedimiento para el registrar los contratos de intermediación laboral entre las referidas empresas. Dentro de los cuales, el procedimiento es el siguiente:

1. Se deberá presentar el contrato mediante una petición enviada a la Dirección de Empleo y Formación Profesional o dependencia.
2. Las referidas empresas tendrán 15 días naturales desde la celebración del contrato de intermediación laboral para que procedan a registrarlo.
3. En el supuesto de que el referido contrato de intermediación laboral se presenta extemporáneamente se abonará una tasa, además se le impondrá una multa.

#### **1.3.7.2. Suscripción de contratos entre la empresa intermediadoras y el trabajador suministrado**

De otro lado, cabe señalar que –conforme se ha señalado- existe un contrato de intermediación celebrado entre la intermediadora y la usuaria. Asimismo, existe un contrato de trabajo entre el personal suministrado y la intermediadora.

Siguiendo esa misma línea, cabe señalar que el artículo 11 del Decreto Supremo 003-2002-TR, contempla que los contratos de trabajo, sean esto a plazo indeterminado o plazo fijo, celebrados entre el personal suministrado y la empresa intermediadora, deberán constar por escrito.



Asimismo, que estos contratos deberán de registrarse dentro de los 15 días naturales desde su suscripción.

De igual manera, el referido artículo establece que en los casos de las cooperativas de trabajo la obligación de registrar los contratos se encuentra efectuada con la expresa manifestación por escrita de la declaración jurada ante la AAT, la referida declaración deberá de contener la nómina de trabajadores suministrados.

También, establece que la declaración jurada debe de presentarse dentro de los quince días naturales de haberse llevado a cabo el destaque del personal a las instalaciones de la empresa usuaria.

### **1.3.7.3. Carta Fianza**

Otra de las formalidades que deben de existir en la intermediación laboral es la carta fianza que deben de otorgar la empresa intermediadora a la empresa que se le suministra el personal (usuaria).

Al respecto, cabe señalar que el artículo 24 de la Ley 27626 establece que las empresas intermediadoras (Entidad-empresa de servicios, o cooperativas) cuando celebren con las empresas usuarias quedan exigidas a otorgar fianza. Esta fianza tiene como objetivo responder por el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad del personal que ha sido suministrado.

En esa misma línea, Torres (2015) señala que en los casos en donde la fianza que otorga la empresa intermediadora para responder por la cancelación de los derechos laborales que se adeuden al personal suministrado.

Asimismo, el citado autor señala que las empresas usuarias responderán de manera solidaria sobre la cancelación de los referidos adeudados, durante el lapso que el trabajador suministrado prestó servicios.

De igual manera, el autor citado señala que a través de ello, se busca evidenciarla protección que el estado peruano quiere proteger al personal suministrado, mediante la protección de sus derechos laborales.

Siendo así, de dicha forma se busca obligar que las empresas intermediadoras respondan por las obligaciones pendientes o carentes de cumplimiento; asimismo, se busca proteger al trabajador suministrado.

#### **1.3.7.3.1. Clases de fianza**

Atendiendo a lo expuesto, es de señalar que la empresa intermediadora puede elegir entre las diferentes clases de fianza, entre estas tenemos a:

##### **a) Fianza a nombre del Ministerio**

Al respecto, se encuentra la fianza que se realiza a nombre del Ministerio de Trabajo, la cual según el literal a) del artículo 17 del Decreto Supremo 003-2002-TR, establece que consiste en aquella fianza que concedida por un banco o financiera a nombre del referido Ministerio, cuyo destino es a favor de los trabajadores suministrados.

En este tipo de fianza es menester señalar que se encuentra dos tipos de modalidades; asimismo, cuanta con un monto y plazo, forma de renovación, devolución y ejecución de la fianza.

##### **a.1) Modalidades**

Los tipos de modalidades de la referida carta son dos:

1. Fianza individual. La cual consiste en cubrir el contrato de intermediación laboral celebrado entre ambas empresas (usuaria e intermediaria).
2. Fianza global. Esta modalidad de fianza, consiste en la cobertura que se otorga en total a todos los contratos intermediación laboral que han celebrado la empresa intermediadora con las diferentes empresas usuarias.

##### **a.2) Monto y plazo de fianza**

Según el artículo 19 del Decreto Supremo 003-2002-TR, contempla que ambas modalidades de la antes mencionada fianza (individual y global) deben de cumplir con la cancelación de un mes de remuneración, derechos y beneficios laborales que se aplicara al total del personal suministrado.

Asimismo, el referido artículo establece que el monto que corresponde a los conceptos antes señalados será señalado en la declaración jurada.

De igual manera, el citado artículo establece la vigencia mínima de las cartas de fianza. Teniendo de esta manera la carta fianza individual una vigencia equitativa al plazo del contrato intermediación laboral, esto es, la adición de 90 días; y, la carta fianza global, el plazo que estará vigente será no menor de 3 meses, precisándose que puede ser renovada los ultimo días de cada trimestre, empezando desde el 31 de marzo hasta el 31 de diciembre.

### **a.3) Renovación y reajusta de la carta fianza**

En este acápite, es menester señalar que la renovación se puede presentar hasta los 3 últimos días a la fecha de vencimiento de ésta. Asimismo, se deben de reajustar el monto mensual cuando varié. (Artículo 20 del Decreto Supremo 003-97-TR)

### **a.4) Devolución de la carta fianza**

Sobre este acápite, cabe señalar que el artículo 23 del reglamento de la Ley 27626, establece los casos en los cuales se regresa la carta fianza que tengan en sus manos. Estos casos son:

1. Cuando al vencimiento de carta de fianza individual no existe ninguna acción laboral por parte del personal suministrado a través del contrato de intermediación laboral.
2. Cuando vencido el plazo de la carta fianza global o habiendo pasados 30 días desde que se concluyó la actividad por la cual fueron destacados los trabajadores, no existiera demanda alguna.

### **a.5) Ejecución de la carta fianza**

De otro lado, cuando se incumple con las obligaciones de los derechos laborales o de seguridad, se procede a ejecutar la carta fianza que había sido otorgada al Ministerio a favor del personal destacado.

Al respecto, se precisa que el artículo 25 del Decreto Supremo 003-2002-TR señala que la referida carta será ejecutada por el Procurador Público del Ministerio. Dicha ejecución se hará a pedido de parte, siendo primero presentar la resolución judicial consentida o ejecutoriada (se agotan todas las instancias) que ordenase el monto líquido.

Asimismo, el referido artículo establece que la ejecución será a favor del trabajador suministrado. Y que en caso sea parcial la ejecución de la carta fianza, el monto restante seguirá manteniendo la calidad de garantía hasta que venza.

De otro lado, en el caso de que el monto que se debe de cubrir no alcanza con la suma de la carta fianza, el ministerio deberá tomar en cuenta para que se realice la cancelación, la fecha que data de haber recibido el aviso de la parte interesada, o de no existir esta la fecha en la que fue expedida la sentencia judicial.

#### **b) Fianza a favor de la empresa usuaria**

La otra clase es la fianza a favor de la empresa usuaria, la cual de acuerdo al literal b del artículo 17 del Reglamento de la Ley 27626, se establece que esta clase de fianza se otorga para avalar ante la empresa usuaria que se cumplirá con las obligaciones laborales y previsionales del personal suministrado.

Asimismo, el referido artículo establece que el tipo, requisitos, vigencia, monto, ejecución, devolución (liberación) u otros considerandos serán objeto de pacto entre las referidas empresas.

De otro lado, resulta pertinente acotar que la parte *in fine* del artículo 17, del citado cuerpo normativo, establece que las clases de fianza son excluyentes. Es decir, si es que la empresa intermediaria escoge una de las dos clases de fianza, se tiene por cumplida la formalidad de la fianza.

### **1.3.8. Desnaturalización de la intermediación laboral**

#### **1.3.8.1. Contrato**

Según Orrego (2015) señala que el contrato es aquel actor jurídico bilateral o acuerdo mediante el cual se originan derechos y obligaciones. Agrega el citado autor que mediante la voluntad de las partes, éstas se originan obligaciones.

En esa misma línea, Pons (2016) indica que es el pacto de voluntades entre las partes, las cuales pueden ser dos o más, crean, modifican o extinguen obligaciones, derechos reales y otros efectos jurídicos patrimoniales.

En ese sentido, se entiende por contrato aquel acuerdo cuyo origen radica en la voluntad de las partes que deseen celebrarlo, cuyo fin es la crear, modificar o extinguirlas relaciones jurídicas entre las partes.

##### **1.3.8.1.1. Contrato de locación de servicios**

El artículo 1764 del Código Civil establece que mediante la locación de servicios, el locador se obliga ante el comitente, a brindar su mano de obra por un determinado plazo u obra, a cambio de una contraprestación. Precisándose que el locador no se encuentra subordinado al comitente.

##### **1.3.8.1.2. Contrato de trabajo**

Se conceptualiza como el acuerdo voluntario entre el trabajador y el empleador, que da origen a la existencia de un vínculo laboral entre ambos; en el cual, el trabajador ofrecerá sus servicios en forma personal y subordinada a favor del empleador, y éste, en forma de contraprestación, le otorgará una remuneración. Tal definición acorde a lo establecido en el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR.

En esa línea, conforme al artículo 4 del citado cuerpo normativo, se determina que todo contrato de trabajo tiene 3 elementos, los cuales son: La prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

La prestación personal del servicio consistirá en que el trabajador brindara sus servicios de manera personal a favor del empleador.

El segundo presupuesto o elemento es la subordinación. La prestación de servicios que brinde el trabajador a favor del empleador será bajo subordinación. Dado que el empleador tendrá el poder de dirección, controlador y sancionador. Es decir, el empleador dirigirá, controlara y sancionará al trabajador, respecto a la prestación de servicios que brinde a favor del empleador durante la existencia del vínculo laboral entre ambos.

Por último, el tercer presupuesto básico o elemento es la remuneración. Este elemento se evidencia en la relación laboral que se mantiene, cuando el empleador por la prestación brindada por el trabajador le otorga un pago. Al respecto, resulta pertinente acotar, que la remuneración que perciba el trabajador deberá de ser libre disposición, es decir el trabajador puede disponer de ésta al momento que corresponde otorgarse.

De igual manera, resulta pertinente acotar que si bien la remuneración puede ser otorgada al trabajador en moneda o especie, en la actualidad no existe un porcentaje entre éstas.

### **1.3.8.2. Desnaturalización de la intermediación laboral**

La intermediación laboral se desnaturaliza cuando ésta no se encuentra acorde o se originó careciendo de los requisitos necesarios para la validez de su existencia.

#### **1.3.8.2.1. Causales establecidas en la Ley**

Las causales que hacen que se desnaturalice la referida figura jurídica se encuentran reguladas en la Ley 27626 y en el Decreto Supremo 003-2002-TR.

Al respecto, es menester precisar que la infracción a las normas establecidas en los referidos cuerpos normativos, las cuales sean de tercer grado, son consideradas como causales de desnaturalización laboral, las cuales son:

1. El personal suministrado a la empresa usuaria brinden servicios que envuelvan el desarrollo constante de la actividad principal de ésta última.

En esa causal, si la intermediación tiene por fin suministrar a trabajadores para que realicen labores vinculadas con la actividad principal de la empresa usuaria, se tendrá por desnaturalizada la referida figura jurídica.

2. La intermediación laboral no esté sustentada en ninguno de sus supuestos de procedencia regulados el artículo 3 de la Ley 27626.

Se incurrirá en la señalada causal, cuando sea suministrado un trabajador para que realice labores distintas a actividades complementarias, de especialización o temporales a favor de la empresa usuaria. Como, por ejemplo, que realice labores permanentes o actividad principal de la empresa beneficiaria de la mano de obra.

3. El suministro del personal tenga como finalidad vulnerar o limitar los derechos colectivos de los trabajadores que pertenecen a la empresa usuaria o empresa intermediadora.

Se incurrirá en la señalada causal cuando el suministro de los trabajadores tenga como fin vulnerar alguno de los derechos regulados en el artículo 28 de la Constitución, tales como el derecho a la sindicación y negociación colectiva, de los trabajadores tanto de la empresa usuaria como la empresa intermediadora.

Por ejemplo: Si los trabajadores de la empresa intermediaria se encuentran organizando un sindicato, y la referida empresa para impedir que se formalice el sindicato suministra a los directivos o a todos los trabajadores que quieren formar el sindicato a otra empresa. Siendo así, se incurriría en dicha causal.

4. El suministro de los trabajadores a la empresa usuaria, tenga como finalidad reemplazar a personal de esta última empresa que se ejerciendo su derecho a la huelga.

Se incurre en ese supuesto, cuando los trabajadores suministrados reemplacen aquellos trabajadores de la empresa usuaria que están realizando una huelga.

5. El suministro de los trabajadores de una empresa intermediadora, sea para reemplazar a otros trabajadores de una empresa intermediadora.

Se incurrirá en la señalada causal cuando se suministre trabajadores a una empresa que también tiene la condición de empresa intermediadora, con el fin de reemplazar a los trabajadores de ésta última empresa.

6. Cuando la intermediación laboral este sustentada en el supuesto temporalidad, y se excede limite porcentual, es decir que el personal suministrado excede al 20% del personal de la empresa usuaria. Con la excepción de las empresas temporales y cooperativas de trabajo temporal, cuyo límite máximo para suministrar personal es hasta el 50% del total de la empresa usuaria.

Tal supuesto se tendrá por incurrido, cuando los trabajadores suministrados son más del 20% del personal que tiene la empresa beneficiaria de la mano de obra, o el 50% en los casos antes señalados.

Por ejemplo: Si la empresa usuaria tiene 100 trabajadores, solo podrá tener hasta máximo 20 trabajadores suministrados prestando mano de obra a su favor, ya que, si se excede de ese número de trabajadores, mismo que equivale al 20% de sus 100 trabajadores, se incurrirá en la causal antes señalada.

7. Cuando la intermediación laboral obedezca a los supuestos de complementaria o alta especialidad, la empresa intermediaria no tiene la autonomía y responsabilidad del desarrollo de las actividades de las actividades de los trabajadores suministrado.

Se incurrirá en la causal antes señalada, si la empresa usuaria es quien ejerce la subordinación sobre los trabajadores, indicándoles cómo, cuándo y dónde realizaran las labores, careciendo así la empresa que suministro a los



trabajadores de autonomía. Asimismo, cuando quede contemplado en el contrato que será la empresa beneficiaria con la mano de obra por parte de los trabajadores suministrados quien dispondrá el cese de alguno de los trabajadores suministrados.

8. La intermediación laboral que obedezca al supuesto de temporalidad, ostente una finalidad distinta a la de reemplazar a trabajadores de la empresa usuaria por naturaleza ocasional o de suplencia.

Se incurre en la señalada causal, cuando en virtud de una intermediación laboral bajo el supuesto de temporalidad, el trabajador suministrado realice labores vinculadas a un incremento de la actividad productiva de la empresa usuaria.

9. La intermediación laboral sea realizada teniendo otros supuestos distintos al que desempeñan las empresas de servicios complementarios, de temporalidad, de alta especialización o cooperativas de trabajo (Cooperativa de trabajo y cooperativa de trabajo y fomento del empleo).

Se incurrirá en la referida causal, cuando se suministre al trabajador en virtud de un supuesto distinto a la complementariedad, temporalidad o alta especialización, como, por ejemplo, prestar mano de obra bajo a una actividad permanente o principal de la empresa usuaria.

#### **1.3.8.4. Consecuencia de la desnaturalización de la intermediación laboral**

Si la intermediación laboral tiene una causal que la desnaturalizara, entonces ¿Qué consecuencia traería para los tres sujetos de la intermediación laboral?

Según Torres (2015) señala que el efecto de la desnaturalización de la referida figura jurídica es que dada las infracciones ambas empresas que llevan a cabo la invocada intermediación laboral recibirá una multa. Pero lo más resaltante radica en que los trabajadores suministrados tendrán una relación laboral con la usuaria.

Es decir, declarada la desnaturalización de la referida figura jurídica, se determina que se le considera al trabajador suministrado, mismo que prestó servicios de forma directa para la empresa usuaria, como un trabajador de esta última. Por tanto, se declararía la existencia de una relación laboral entre éstos.

### **1.3.9. Principio de primacía de la realidad**

El principio de primacía de la realidad implica que en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero. En otras palabras, debe otorgarse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos a lo que pueda constar por escrito.

Al respecto, el reconocido maestro laboralista Plá (1998) nos señala que la existencia de una relación depende, en consecuencia; no de lo que las partes hubieran pactado, sino de la situación real en que el trabajador se encuentre colocado de donde resulta erróneo pretender juzgar la naturaleza de una relación de acuerdo con lo que las partes hubieran pactado, ya que, si las estipulaciones consignadas en el contrato no corresponden a la realidad, carecerá de todo valor.

En esa línea, Silva señala que el mencionado principio es que el mediante el cual en una discordia entre los hechos que ocurren en la realidad y los hechos consignados en escritos, se otorgara predomina lo que ocurre en la realidad.

Agrega el citado autor que a través del referido principio se determina si existe o no un vínculo laboral, y de ser así, se emana a otorgar la protección correspondiente al trabajador. De igual manera, en esa línea Villegas (Citado en Díaz, 2012) señala que a través del principio de primacía de la realidad prevalece la realidad que el documento.

Por su parte, Arbulú señala que el referido principio tiene como fin impedir que exista fraude y simulación mediante la cual se busque eludir el

cumplimiento de los derechos laborales. Por lo que, tal principio resulta manifestación del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo.

Sigueiendo esa línea, Pacori (2019) señala que a través del referido principio se permite que un documento escrito, un contrato o un registro no sean asumidos como contenedores de la verdad, puesto que permite que valorando pruebas adicionales y testimonios estos se contrapongan a estos documentos.

De esta manera, se deberá procurar una valoración conjunta de las pruebas, incluso con la utilización de medios de prueba de oficio, con la finalidad de hallar la verdad y no la verdad procesal

En ese orden de ideas, se puede determinar que el referido principio resulta de gran importancia y relevancia para tutelar los derechos de los trabajadores, en cuanto, mediante éste se privilegia los hechos que ocurren en la realidad ante los supuestos actos que consten en documentos.

Es así, que si bien en documentos puede observarse la aparente existencia de un contrato de intermediación laboral, en la realidad de los hechos se puede determinar que se ha incurrido en una causal desnaturalización de la referida figura jurídica, en consecuencia, se establecería una relación laboral entre el personal suministrado y la empresa usuaria.

#### **1.3.10. Participación de la Autoridad Administrativa de Trabajo en los procesos de desnaturalización de la intermediación laboral**

La Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante AAT) mediante un procedimiento inspectivo aplicando el principio de primacía de la realidad puede determinar que en una invocada validez intermediación laboral se estén infringiendo las normas que la regulan, es decir no se cuenta con las formalidades necesarias para su validez, por consiguiente, la AAT señalaría que tal intermediación está desnaturalizada, y que personal suministrado mantiene una relación laboral con la empresa usuaria.

De esa manera, es importante y relevante el rol que tiene la Autoridad Administrativa de Trabajo al momento de establecer una relación laboral entre el personal suministrado y la empresa usuaria, dada la infracción a las formalidades necesarias para la validez de la referida figura jurídica.

Al respecto, según Arbulú, la AAT tiene la facultad de determinar que una aparente relación civil o comercial en la realidad de los hechos es una relación laboral. Siendo tal afirmación originada de los hechos que se desprende de la realidad. Es decir, en el terreno de los hechos se demuestre que existe una prestación personal remunerada y subordinada.

En esa línea, es menester señalar que la inspección que realice la AAT tiene como fin vigilar y exigir el cumplimiento de las normas legales y demás originadas en el contrato o acuerdo convencional, conforme así lo establece el artículo 3 de la Ley 28806.

Siguiendo esa línea, es de señalar que los trabajadores suministrados pueden accionar ante la AAT o ante el Poder Judicial teniendo como pretensiones: La protección de sus derechos laborales, constatación de la naturaleza de los contratos modales a los cuales están sujetos, su reposición a su centro de trabajo y que se le reconozca como personal de la empresa usuaria. Precisándose que tales acciones serán impeditas de que se le imponga una multa a la empresa en caso de evidenciarse tal infracción.

### **1.3.11. La Prueba**

La prueba es aquel o conjunto de hecho mediante los cuales se prueba la existencia o inexistencia de éstos. En ese sentido, en el caso que se presuma un hecho como veraz, ello debe haber arribado luego de un proceso de control de veracidad o falsedad de otro hecho (García, 2018).

Siendo así, la prueba en un proceso tiene un rol importante, por cuanto, a través de esta se corrobora lo la teoría del caso de cada una de las partes. Permitiendo al juzgador tener claridad sobre los hechos y tenga un mejor resolver. Asimismo, la prueba resulta necesaria en un proceso para que se constate que el empelador ha cumplido con las exigencias establecidas por

Ley, y no exista vulneración a los derechos laborales del trabajador, en cuanto se establezca terminos o supuestos distintos a los permitidos por Ley.

### **1.3.12. Carga probatoria en el proceso laboral**

#### **1.3.12.1. Carga de la prueba de la demandante**

Respecto a la carga de la prueba del demandante durante el proceso, respecto al caso concreto (desnaturalización de la intermediación laboral), es menester señalar que el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley 29497, establece que acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

De esta manera, en el caso concreto, por mandato legal queda establecido que la demandante (operadora de modulo) en el proceso contra EsSalud, solo bastará que acredite la prestación personal hacia EsSalud, y se tendrá por presumida la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado con EsSalud.

De esa manera, si EsSalud sostiene que la prestación personal de la operadora de modulo en sus instalaciones, se sustenta en una intermediación laboral, deberá acreditar tal afirmación. Siendo así, se tiene que la carga de la prueba varia, puesto que EsSalud tiene el deber de desvirtuar la referida presunción de existencia de un vínculo laboral.

Al respecto, cabe precisar que EsSalud puede desvirtuar tal presunción, cuando en autos acredite la existencia de una valida intermediación laboral, en virtud de la cual se ha destacado a la trabajadora para que desempeñe el cargo de operadora de modulo.

Aunado a lo expuesto, cabe acotar que el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, establece que en toda prestación personal de servicios remunerada y subordinada, es presumible la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

### **1.3.12.2. Carga de la prueba de la demandada**

Respecto a la carga de la prueba de la demandada, es menester señalar que el literal a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497 establece que: incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.

En ese sentido, por mandato legal queda establecido que en el proceso laboral corresponde al demandado indicado empleador, le corresponde la carga de prueba del cumplimiento de las normas legales. Es decir, el demandado debe de acreditar durante el proceso que ha cumplido con las normas legales durante la prestación de servicios del demandante.

En atención a lo expuesto, respecto al caso concreto, dado que EsSalud ha sido señalado como su empleador, corresponde a EsSalud la carga de la prueba del cumplimiento, entre otras, de las siguientes normas legales: artículo 26 y 17 de la Ley 27626

Al respecto, conforme se ha señalado líneas arriba, por mandato legal (artículo 17 y 26.2 de la Ley 27626), ha quedado establecido la obligatoriedad de que los contratos de intermediación laboral con las empresas de intermediación laboral deben constar por escrito.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la existencia por escrito del contrato de intermediación laboral es un mandato legal; y, teniéndose en cuenta que EsSalud, es el demandado, por tanto, tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales, se determina que EsSalud en el proceso laboral debe acreditar la existencia por escrito del contrato de intermediación laboral que ha suscrito con la empresa intermediadora, en virtud del cual se ha destacado a la demandante a sus instalaciones para llevar a cabo la labor de operadora de modulo.

### **1.3.13. La presunción de laboralidad en la Ley 29497- Nueva Ley procesal del Trabajo**

Atendiendo al objeto de estudio de la presente investigación, es menester señalar que es verificable en la experiencia peruana (y comparada) que algunas empresas, indistintamente de su magnitud, suelen optar por recurrir a maniobras evasivas con el propósito de reducir sus costos y aumentar su competitividad. A estos trabajadores, pese a desarrollar labores efectivas de carácter subordinado, no se les reconoce los beneficios establecidos en su favor por las normas jurídicas y los convenios colectivos.(Fajardo, 2015)

Siendo así y por conocida asimetría que existe entre el poder que ostenta la empresa y el trabajador, es que el estado reconoce y regula en las normas directrices que equilibren la balanza las partes, entre éstas se encuentra la presunción de laboralidad. La cual tiene por fin que el trabajador no se encuentre en desventaja al momento de acudir a la vía judicial para reclamar sus derechos laborales, sino que esa asimetría existente desaparezca y que exista entre los justiciables un equilibrio.

Respecto a la presunción de laboralidad, es pertinente señalar que la referida directriz se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico, en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR y la Ley 29497- Nueva Ley Procesal del Trabajo.

El artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, establece que: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”*. En ese sentido, la presunción de laboralidad se evidencia al establecerse que: Si el demandante que alega ser trabajador, demuestra que presta sus servicios de manera personal bajo la subordinación del presunto empleador y como contraprestación recibe una remuneración, se tiene por presumida la existencia de una relación laboral entre el demandante (el trabajador) y la demandada (empresa- presunta empleadora).

Cabe precisar que tal principio, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 29497 (15 de junio del 2010), jugó un rol aún más amplio e importante en los procesos laborales. El artículo 23.2 de la referida Ley, establece que: Solo

basta que el demandante (presunto trabajador) acredite que prestó o presta servicios personales a favor de la demandada (presunto empleador), para que se tenga por presumida la existencia de una relación laboral indeterminada entre los justiciables.

Siendo así, la presunción de laboralidad logra un mayor rol en los procesos a partir de la entrada en vigencia de la referida Ley. Y es que como se reitera, tan solo con acreditar uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal), se puede presumir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminada entre los justiciables.

De esta manera, el legislador ha dado un mayor esplendor a la presunción de laboralidad, permitiendo que se equilibre la carga probatoria en los procesos laborales. Todo ello en razón a la reconocida asimetría de la relación laboral, así como la innegable informalidad laboral que existe en nuestro país, por la cual, en muchos casos, se hace uso fraudulento de la regulación contractual de naturaleza civil o comercial, con la finalidad de encubrir verdaderas relaciones laborales, la presunción legal introducida en la nueva Ley procesal de Trabajo 29497, resulta ser una necesaria facilitación probatoria a favor del trabajador

No se debe dejar de señalar que la referida presunción de laboralidad en el proceso laboral debe ser desvirtuada por el presunto empleador (demandado). Por ejemplo: En el caso de un contrato de locación de servicios. La empresa "A" contrata a Juan Pérez para que pinte su fachada, sin establecer ningún horario ni otorgarle las herramientas para que realice sus servicios. En ese panorama, Juan Pérez presta servicios personales empero no se encuentra subordinado por la empresa "A".

Por lo tanto, en el supuesto caso que Juan Pérez demande la desnaturalización de contrato de locación de servicios, y acredite durante el proceso laboral la prestación personal de servicios, por consiguiente se tenga presumida la existencia de una relación laboral entre los justiciables; tal presunción quedara desvirtuada por la empresa demandada, al adjuntar la empresa los medios probatorios, como el contrato de locación de servicio



(en el cual no figura subordinación alguna), ficha RENIEC (rubro de la empresa- a que se dedica), entre otros, y los argumentos que esbozara en su escrito de constatación de demanda, como: que las labores de pintar la fachada no constituyen labores de su rubro y que tal prestación no estuvo bajo subordinación alguna sino que fue en mérito al contrato de locación de servicios.

En ese sentido, si bien en un primer momento se obtiene la presunción de la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, posteriormente si en la realidad no existió un contrato de trabajo sino un mero contrato de locación de servicios, se tiene por desvirtuada tal presunción de laboralidad.

Ahora bien, en el caso concreto, cuando la operadora de módulo de EsSalud interpone su demanda de desnaturalización de intermediación laboral, en sustento al principio de presunción de laboralidad, en el proceso solo debe acreditar la prestación personal. Hecho que puede ser acredita con su registro o control asistencia, copia de los documentos que registren la emisión de citas, entre otros.

Acreditada la prestación personal de servicios a favor de EsSalud, en base del principio de presunción d laboral, se tiene por presumida la existencia de una relación laboral entre la operadora de modulo (demandante) y EsSalud (demandado). Quedando a cargo de EsSalud (carga de la prueba) de desvirtuar la referida presunción.

Al respecto, como se señaló líneas arriba, en la intermediación laboral, existen tres partes, la empresa usuaria, la empresa intermediadora y la trabajadora destacada. En el caso de EsSalud, las operadoras de modulo son destacadas en virtud de un alegado contrato de locación de servicios (contrato de intermediación laboral) que celebra EsSalud con una empresa intermediadora, siendo esta ultima la alegada verdadera empleadora de la trabajadora destacada.

Siendo así, y de acuerdo a los artículos 17 y 26.2 de la Ley 27626, el contrato de locación de servicios (contrato de intermediación laboral) debe de constar por escrito. Por lo tanto, el referido contrato sería una prueba

idónea para acreditar que la operadora de modulo fue destacada en virtud de la alegada intermediación laboral originada por la celebración del referido contrato.

Cabe reiterar, que la finalidad de la exigencia de la formalidad escrita de los contratos de locación de servicios, no sólo es acreditar la intermediación laboral, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, como, por ejemplo, verificar la descripción de las labores que realizara el personal destacado, y el supuesto en que se sustenta la intermediación laboral, acorde a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27626.

Bajo ese panorama, se evidencia la relevancia de acreditación del contrato de locación de servicios en virtud del cual habría sido destacada la operadora de módulo.

Ahora bien, en el caso que EsSalud no acredite la existencia del contrato de locación de servicios (contrato de intermediación laboral), no existiría medio probatorio en físico que corrobore la existencia de la alegada intermediación laboral por la cual habría sido destacada la operadora de modulo a prestar servicios en su local.

En ese sentido, sino existe medios probatorios idóneos que acrediten la alegada existencia de una intermediación laboral en virtud de la cual habría sido destacada la operadora de modulo entonces el solo argumento de EsSalud no sería suficiente para acreditar que existió una intermediación laboral. Tanto más, si como reiteramos la finalidad de la exigencia de la formalidad escrita del contrato de locación de servicios (contrato de intermediación laboral) responde al control de legalidad y el supuesto en virtud del cual se sustenta que se haya utilizado la figura de la intermediación laboral. De esta manera, al no existir medio idóneo que desvirtuó la presunción de laboralidad antes establecida, se tiene por determinada la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre la operadora de modulo y EsSalud.

#### **1.3.14.- Jurisprudencia**

#### **1.3.14.1.- Sentencia recaída en el expediente número 208-2016-0-1706-JR-LA-01, emitida por la Según Sala Laboral de Lambayeque.**

El proceso versa sobre la desnaturalización de la intermediación laboral en virtud de la cual habría sido destacada la operadora de modulo.

La teoría del caso de la operadora de modulo es: Su labor como operadora de modulo es una labor que se encuentra vinculada con la actividad principal de EsSalud. Por lo que sus labores no son de naturaleza complementaria. En ese sentido, queda determinado que mantenía una relación laboral con EsSalud. Siendo así, no podía ser despedida sino por causa justa; sin embargo, fue despedida sin causa justa, por el contrario, fue despedida en razón a la denuncia que presentó ante la Autoridad Administrativa de Trabajo. Precisa al respecto, que desde el 1 de diciembre hasta el 15 de diciembre del 2015 prestó servicios a EsSalud sin suscripción de contrato.

La teoría del caso de EsSalud es: La labor de operadora es una labor complementaria. Tal labor no gira en torno a su actividad principal. Asimismo, señala que la operadora de modulo demandante prestó sus servicios a EsSalud en virtud de una intermediación laboral que celebro con otras empresas intermediadoras, las cuales fueron sus verdaderas empleadoras de la operadora de modulo demandante.

Primera instancia: Resuelve declarar fundada la demanda interpuesta por la actora, y en consecuencia declaró la desnaturalización de la intermediación laboral, y la existencia de una relación laboral entre la operadora de modulo y EsSalud. Asimismo, ordenó la reposición de la actora.

Segunda Instancia: En el caso bajo análisis por parte del colegiado, conformado por 3 jueces superiores, existen dos posiciones diferentes por respecto a si la labor de operadora de modulo se encuentra o no ligada a la actividad principal de EsSalud.

Cabe señalar que, existen 3 jueces superiores que conforman el colegiado. Dos de los jueces superiores (Pérez y Rodriguez) su posición frente a si las labores de operadora de modulo son o no labores vinculadas a la actividad

principal, es que tal labor si está vinculada a la actividad principal de EsSalud. Por su parte, el tercer Juez Superior (Tutaya), tiene la posición de que la labor de operadora de modulo es una labor complementaria. Es así, que dada la confrontación de posiciones surge discordia, por lo de acuerdo con el artículo 144 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, se llama al Juez Superior dirimente expedito, con el fin de que se resuelva el caso de autos. Los Juez llamados son: Juez Superior Cervera o Juez Superior Pineda.

Al respecto, se debe precisar que La Juez Superior Cervera considera que la labor de operadora de modula gira entono a la actividad principal de EsSalud (Mismo criterio que los Jueces Superiores Pérez y Rodriguez).Mientras que el Juez Superior Pineda considera que la labor de operadora de modulo es complementaria (Siguiendo el Criterio de la Juez Superior Tutaya).

Por lo que, en el caso que llame al Juez Superior Pineda, por surgida la discordia, los votos quedarían 2 a 2. Siendo así, surge la necesidad de volver a llamar a otro Juez Superior, siguiendo en ese orden la Juez Superior Cervera, misma que dada su posición en el caso de operadora de modulo, los votos quedarían 3 a 2. Es decir, tres votos a favor de confirmar la resolución que declaró fundada la demanda (la labor de operadora de modulo es una labor vinculada a la actividad principal de EsSalud) contra dos votos porque se revoque la resolución apelada y reformándola se declare infundada la demanda (la labor de operadora es una labor complementaria a la actividad principal de EsSalud).Tal panorama descrito se reitera en diferente jurisprudencia emitida por la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lambayeque (04844-2014-0-1706-JR-LA-01,02721-2015-0-1706-JR-LA-07, entre otras). Lo origina una mayor prolongación para que la operadora de modulo tenga el resultado de la decisión por parte del citado órgano jurisdiccional.

Ahora bien, precisado ello, retomando al caso en concreto, debe señalarse que el ponente para resolver la controversia fue el Juez Superior Pérez.

La sentencia de prima instancia resolvió declara fundada la demanda. Frente a dicha decisión, EsSalud formulo recurso de apelación, argumento que: La demandante no laboró para EsSalud sino para las empresas intermediadoras, *Servicios SBK SRL* y *Baruck Corporation y Asesoramiento SRL*. Asimismo, que de acuerdo al artículo 1 de la Ley 27056, la labor de operadora no resultaría una labor vinculada a la actividad principal de EsSalud. De igual manera, que convocó mediante Procesos de adjudicación de menor cuantía - para la contratación del servicio de Apoyo al Asegurado en los Módulos de Atención al Asegurado en la Red Asistencial Lambayeque, perfeccionándose a través de órdenes de servicios de acuerdo a la Ley de Contrataciones del Estado. También, que no corresponde la reposición de la actora, toda vez que no mantuvo vínculo laboral con EsSalud, y que para ser repuesta debe acreditar haber ingresado por concurso público y lo que la plaza sea presupuesta, esto último acorde al precedente vinculante *Huatuco Huatuco*, recaído en el expediente 05057-2013-PA/TC

El Juez Superior ponente, atendiendo a los argumentos de apelación y los autos, resuelve que debe confirmarse la apelada, misma que declaró fundada la demanda, en razón a los siguientes argumentos:

1. EsSalud no ofreció medio probatorio para acreditar un supuesto de procedencia de la intermediación laboral que mantuvo con *Servicios SBK*.
2. EsSalud no ha podido desvirtuar las conclusiones y constataciones efectuadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo de Lambayeque (en adelante AAT), materializadas en la Orden de Inspección N. ° 4624-2014-GR-LAM/GRTPE-SDIT. En la cual se determinó, dada las funciones que realiza una operadora de modulo, que su labor está vinculada a la actividad principal y no puede ser considerada una labor complementaria.
3. En la relación contractual civil de las partes, subyacía una relación contractual de naturaleza laboral, dado que se reunían los tres elementos de todo contrato de trabajo: La prestación persona (acreditada con las

diligencias de la AAT), subordinación (acreditado al encontrarse integradas y subordinadas a la organización empresarial) y la remuneración.

4. La atención a los pacientes asegurados en EsSalud inicia mediante la entrega de citas médicas, mismas que son entregadas por la operadora de modulo, para que luego el administrado pueda acudir a su Médico tratante. Por lo tanto, la labor de operadora es de naturaleza permanente, ya que formaban parte de la actividad principal de la empresa usuaria – EsSalud. Siendo, queda desnaturalizada la intermediación laboral, y evidencia la existencia de una relación laboral entre la operadora de modulo y EsSalud.

5. Al haberse determinado la existencia de una relación entre la operadora de modulo y EsSalud, la operadora solo podía ser despedida por causa justa; no obstante, fue despedida sin causa justa. Por el contrario, contrastadas las fechas, se advierte que la operadora de modulo fue despedida después de haber presentado la denuncia ante la ATT, por lo que se ha incurrido en un despido nulo, asistiéndole a la operadora su derecho a reposición.

Bajo esos argumentos –como se reitera-, el Juez Superior Perez resuelve confirmar la recurrida, misma que declaro fundada la demanda. Al respecto, debe señalarse que al voto del Juez Superior se adhiere el voto del Juez Superior Rodriguez. Sin embargo, la Juez Superior Tutaya emite su voto en discordia, consistente en que se revoque la apelada y reformándola se declare infundada la demanda, bajo los siguientes argumentos:

1. Si bien el Juez *a quo* considero las labores desempeñadas por la demandante como Operadora de Módulo de Atención, constituyen una actividad consustancial a la actividad principal de EsSalud, tal conclusión la considera equivocada, por cuanto resultaría incorrecto considerar que las labores operadora de modulo deban considerarse como parte de la actividad principal; dado que sus funciones no tenían vinculación directa con la prestación del servicio de Salud, *ergo*: como médicos o enfermeras, profesionales especializados de la salud que realizan una labor del giro directo de la demandada, debido a sus conocimientos especializados en

dicha materia y que resulta ser la actividad principal de la codemandada EsSalud. Máxime si alega que se desempeñó como personal operativo y no administrativo.

2. Las labores de operado de modulo son de naturaleza auxiliar y secundaria a la actividad principal. Además, su cargo se ha circunscrito a la ejecución de la labor intermediada. Por lo que, la ausencia la labor de operadora, no significaría una afectación o paralización de la prestación de salud. Ya que su labor de atención al público fu establecida con la idea de prestar una mejor calidad de servicio, en los ámbitos periféricos de la prestación de salud (Atención al público, limpieza, vigilancia, etc.).

3. Respecto a la documental denominada Términos de Referencia, en la que aparece la descripción de las funciones que debe desempeñar la Operadora del Módulo de Gestión. Señala que está fue elaborada por la Oficina Central Organización de Informática de EsSalud - OCOI, con el fin de establecer los lineamientos que deben seguirse en los procesos logísticos a realizarse bajo la modalidad de intermediación laboral. Por lo tanto, tal documento no cuenta con las características de un documento que propiamente regule las funciones del personal de la demandada, sino que su elaboración ha sido consecuencia de la Fase inicial del proceso de intermediación.

4. Respecto al periodo que la actora prestó servicios sin suscripción de contrato, señala que ello no se encuentra regulado como un supuesto relativo a desnaturalización de la intermediación laboral. Máxime, si las empleadoras de la operadora de modulo fueron las empresas intermediarias. Siendo así, la no suscripción del contrato de trabajo vinculaba la última empleadora de la operado de modulo (Empresa Baruck Corporation y Asesoramiento S.R.L.). Por lo que, en todo caso, debería de demandar su reposición a dicha empresa intermediadora y no a EsSalud.

5. Respecto al incumplimiento de formalidades para la constitución de la intermediación laboral, señala que: i) El Anexo a la Medida de Requerimiento - Hechos Comprobados, derivada de la Orden de Inspección N.º 2624-2014-GR.LAMB/GRTPE-SDIT, la AAT ha señalado que EsSalud no han logrado

acreditar la existencia del contrato de locación de servicios con la empresa Servicios SBK de acuerdo a Ley. ii) La operadora de modulo demandante de forma posterior a su contratación con la empresa Servicios SBK SRL, y antes de la interposición de esta demanda, celebro contratos de trabajo por incremento de actividad con la Empresa (intermediaria) Baruck Corporation y Asesoramiento S.R.L, por el periodo del 01 de octubre al 30 de noviembre del 2015.; y, la AAT no ha supervisado el referido periodo, sino el periodo en el cual la actora fue destacada por la empresa Servicios SBK. En ese sentido, el periodo en el que laboró bajo la subordinación de la Empresa Servicios SBK, fue superado, no habiendo realizado ningún cuestionamiento en su debida oportunidad; por lo que, tal irregularidad de dicha intermediación laboral cesó, no continuando a la fecha.

Bajo los argumentos descritos, la Juez Superior Tutaya fundamenta su voto en discordia. Existiendo discordia, de acuerdo al artículo 144 del Texto Único Ordenado de Ley Orgánica del poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 017-93-JUS, se llama al Juez Superior dirimente expedito, con el fin de que se resuelva el caso de autos. En dicho caso se llamó a la Juez Superior Cervera, misma que dada su posición, se adhirió al voto del Juez Superior Ponente Pérez. De esta manera, la votación queda 3 a 1; 3 votos a favor de que se confirme la recurrida que declaro fundada, contra un voto para que se revoque y reformulándola se declare infundada la demanda. Por lo tanto, se resuelve confirmar la recurrida en todos sus extremos.

Analizada la sentencia se observa que los Jueces Superiores solo se enfocan en determinar si la labor de operadora de modulo es una labor complementaria o una labor vinculada a la actividad principal. Perdiendo de vista así las demás formalidades exigidas por Ley para la procedencia de la intermediación Laboral. Entre estas la no existencia de contratos de locación de servicios entre EsSalud y la empresa intermediadora Servicios SBK. Misma que de analizarse se hubiera determinado –de igual manera- la desnaturalización de la intermediación laboral. Ello en sustento a los siguientes argumentos:



Respecto a la carga de la prueba de la demandada, es menester señalar que el literal a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497 establece que: “(...) *incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, **el cumplimiento de las normas legales**, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad. (...)*” (El negreado es nuestro)

En ese sentido, por mandato legal queda establecido que en el proceso laboral corresponde al demandado que sea señalado empleador, le corresponde la carga de prueba del cumplimiento de las normas legales. Es decir, EsSalud debe de acreditar durante el proceso que ha cumplido con las normas legales durante la prestación de servicios del demandante.

En atención a lo expuesto, respecto al caso concreto, dado que EsSalud ha sido señalado como su empleador, corresponde a EsSalud la carga de la prueba del cumplimiento, entre otras, de las siguientes normas legales: numeral 26.2 del artículo 26 y 17 de la Ley 27626, mismas que establecen la exigencia de que los contratos de locación de servicios (contratos de intermediación laboral) consten por escrito.

En ese sentido, teniendo en cuenta que la existencia por escrito del contrato de intermediación laboral es un mandato legal; y, teniéndose en cuenta que EsSalud, es el demandado; por lo tanto, EsSalud tenía la carga de la prueba de acreditar la existencia del referido contrato de locación de servicios con la empresa Servicios SBK, en virtud del cual –según alega EsSalud- se habría destacado a la demandante de autos para llevar a cabo la labor de operadora de modulo en sus instalaciones

De esta manera, dada la no existencia del contrato de locación de servicios entre EsSalud y la empresa Servicios SBK, EsSalud no ha cumplido con acreditar el cumplimiento de la normativa precitada, necesaria para la validez de la invocada intermediación laboral. Precisándose que es exigible la formalidad escrita de los contratos de locación de servicios para efectos de la intermediación laboral. En cuanto, la finalidad de la exigencia de la formalidad escrita de los contratos de locación de servicios, no sólo es

acreditar la intermediación laboral, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, entre éstos, -el más importante- verificar el supuesto en que se sustenta la intermediación laboral, acorde a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27626, y la descripción de las labores que realizara el personal destacado.

En ese sentido, al no acreditar EsSalud la existencia del contrato de locación de servicios de la intermediación laboral, infringe las formalidades legales exigidas para su existencia. Ello conlleva a determinar que no se encuentra acreditado que la prestación de servicios de la demandante a la demandada EsSalud, durante el periodo que alega que duro el contrato obedezca a una intermediación laboral. Por consiguiente, queda determinado que la operadora de modulo prestó sus servicios de forma directa a favor de EsSalud.

Al respecto, cabe precisar que la operadora de modulo en el caso bajo análisis, presentó entre sus medios probatorios la emisión de las citas, asimismo, la AAT constató que la operadora de modulo prestaba sus servicios a EsSalud. En ese sentido, la operadora de modulo acreditó su prestación personal a favor de EsSalud; por lo que, de acuerdo a lo establecido en el numeral 23.2. del artículo 23 de la Ley 29497, se tiene por presumida la existencia de un vínculo laboral a plazo indeterminado entre la operadora de modulo y EsSalud, salvo que exista prueba en contrario que desvirtúe tal presunción.

Sin embargo, en el caso bajo análisis EsSalud no ha ofrecido material probatorio que desvirtúe la presunción de laboralidad, por el contrario EsSalud no ha negado que la demandante haya prestado servicios en sus instalaciones. Por lo tanto, queda evidenciado que la operadora de modulo destacada prestó servicios en forma directa, y atendiendo al principio de presunción de laboralidad, se presume que entre la operadora de modulo y EsSalud existía una relación laboral a plazo indeterminado.

En ese orden de ideas, ante la inexistencia de contratos de Locación de servicios que sustenten la procedencia, validez y demás exigencias legales de la invocada intermediación laboral de la demandante, conforme se ha indicado -en el párrafo precedente- se determina que la prestación de servicios de la actora a favor de EsSalud ha sido brindada de manera directa a dicha demanda, y de conformidad a lo previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, dicha relación laboral es a plazo indeterminado.

De otro lado, en cuanto a las órdenes compra que EsSalud expidió a favor de las empresas intermediadoras, cabe señalar que conforme lo han establecido los artículos citados, por mandato legal los contratos de locación de servicios (contrato de intermediación laboral) deben de constar por escrito. Siendo necesaria y exigible tal formalidad escrita. En ese sentido, las referidas órdenes de compra no constituyen un contrato de locación de servicios, tanto más, ateniendo a la finalidad de que consten por escrito.

Bajo los argumentos expuestos, queda determinado que si el Colegiado hubiera analizado la no existencia del contrato de locación de servicios y sus efectos, se tendría por desnaturalizada la intermediación laboral, y establecida la existencia de una relación laboral entre la operadora de modulo y EsSalud.

Por lo que, si bien cada Juez Superior del Colegiado tiene un distinto criterio respecto a la naturaleza de las labores de la operadora de modulo, lo cual ha conllevado a que su voto sea por confirmar o revocar la recurrida, sin embargo, si se hubiera analizado la no existencia del contrato de locación de servicios, todos los Jueces Superiores que conforman el Colegiado (Pérez, Rodríguez y Tutaya) hubieran confirmado la sentencia. Dado que no habría discordia, sino en todo caso habría un voto singular, pero igual se confirmaría la recurrida, en cuanto, ésta haya declarado fundada la demanda.

#### **1.3.14.2. Sentencia recaída en el expediente número 1783-2011-PA/TC**

El caso versa sobre el proceso de amparo, terminado en última instancia ante el Tribunal Constitucional, el cual fue incoado por Alberto López (accionante), mismo que interpone recurso de agravio constitucional contra la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, la cual había declarado infundada su demanda de amparo.

La teoría del caso que sostiene el accionante consiste en que, prestó de forma ininterrumpida sus servicios mediante contratación sujeta a modalidad, durante más de dieciséis años, a favor de Inca Tops S.A.A. Precisando que en la realidad de los hechos su labor era de naturaleza permanente y no eventual, por lo tanto, se habría desnaturalizado la contratación modal, y en consecuencia desde el inicio existió un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por lo que, solo existía la posibilidad que se le despidiera si existiera causa justa. Sin embargo, se procedió a despedirlo sin causa justa, configurándose un despido arbitrario, correspondiendo se la reposición.

La teoría del caso de la empresa demandada consiste en que es una empresa industrial de exportación no tradicional, motivo por el cual la contratación del actor estuvo sujeta al régimen laboral regulado en el D.L. número 22343. Siendo así, al dieciséis del octavo mes del año dos mil nueve no existió un despido arbitrario sino la terminación de la contratación temporal del actor.

Primera instancia resolvió: Teniendo en cuenta que la labor del actor era de naturaleza permanente y dado que no existió en autos contratos de exportación que originaron la contratación del actor, sujeta al D.L. número 22342; se tiene por desnaturalizada los alegados contratos, en consecuencia, se habría configurado un vínculo laboral a plazo indeterminado entre las partes. Precisando que al ser ello así, el actor solo podía ser despedido por causa justa. Bajo los argumentos detallados, el juzgador resolvió declaró fundada la demanda del actor.

Segunda instancia resolvió: La contratación del actor fue sujeta al régimen laboral del D.L. número 22342, y se ha evidenciado que se cumplió con los

requisitos para dicha contratación; por lo que, no existió despido arbitrario. En consecuencia, declaró infundada la demanda.

Bajo el panorama antes detallado, la controversia del presente caso radicó en determinar si en la realidad de los hechos existió un vínculo laboral entre las partes, para así se establezca si el accionante solo podía ser despedido por causa justa.

El Tribunal de la revisión de autos determina que: La demandada es una empresa exportadora de productos no tradicionales (conforme consta de la constancia y certificado). Por lo tanto, podía contratar a personal bajo el régimen laboral regulado por el D.L. número 22342.

Asimismo, dado que la demandada no ha negado la afirmación del actor, consiste en que prestó a favor de ésta servicios desde el trece de abril de mil novecientos noventa y tres hasta el quince de agosto del dos mil diecinueve, señala que corresponde se dilucide la controversia durante dicho periodo.

De igual manera, si bien la demandada sostiene que durante el récord laboral del actor estaba bajo una contratación regulada por el referido Decreto, no obstante, no ha acreditado tal afirmación, toda vez que en autos solo obra unos cuantos contratos de trabajo por determinados periodos y no durante todo el récord laboral.

Aunado a ello, precisa el Tribunal que la empresa, luego de un requerimiento de su parte, ha expresado que no encuentra los contratos temporales anteriores al segundo mes del año dos mil cuatro.

Ante la no existencia de aquellos contratos, la demandada sostiene que el artículo cinco del D.L. número 25988, la exonera de mantener aquellos contratos han superado el tiempo mayo de sesenta meses. Frente a tal argumento el TC señala que existe una norma especial posterior al referido Decreto que ha establecido que la demandada debe acreditar que cumple con las obligaciones que surgen del contrato de trabajo (Ley 29497).

Aunado a ello, señala que quien afirma un hecho debe probarlo, sin embargo, en el caso de autos la demandada no ha logrado acreditar la

existencia de dichos contratos, mismos que acreditarían que el actor laboró bajo el régimen del referido Decreto durante todo su récord laboral.

En ese orden de ideas, el TC resuelve que al no corroborarse en autos la existencia de una contratación modal durante todo el récord laboral del actor, en concordancia con lo establecido en el artículo cuatro del Decreto Supremo número 003-97-TR, determina que se ha configura una relación laboral a plazo indeterminado entre las partes. Por lo tanto, si el actor sería despedido debía estar sustentado tal despido en una causa justa. En consecuencia, son nulos los contratos derivados de la alegada contratación bajo el régimen del D.L. 22342, mismos que pretendían encubrir una relación laboral a plazo indeterminado entre las partes.

Respecto al caso, resulta pertinente señalar que es necesaria la existencia de los contratos dado que, en éstos, de acuerdo a Ley, se deben establecer la causa objetiva que justifica la contratación modal del actor. Sin embargo, no obra en autos dichos contratos, por lo que, de ser así, no existe causa plasmada en el contrato que justifique la contratación del demandante.

En consecuencia, se tiene por desnaturalizada la alega contratación modal y determina la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado entre los justiciables, bajo el régimen de la actividad privada. Máxime, si cuando no existen contratos además de su desnaturalización al no establecerse la causa que justifique la contratación, durante ese tiempo que no existe contrato modal escrito, el trabajador prestó servicios personales, estuvo bajo subordinación y fue remunerando por la empresa, queda evidenciado a todas luces la existencia de un contrato de trabajo, ello acorde a lo establecido en el artículo del Decreto Supremo 003-97-TR

De esta manera, queda evidenciada la necesidad de la existencia de los contratos, toda vez, que en éstos se establece la causa que justifica la contratación, y los demás presupuestos que exige la Ley. Y como natural consecuencia, de no existir dicha causa objetiva se tiene por desnaturalizada la alegada relación modal y establecida una relación laboral a plazo indeterminado entre el prestador de servicios y la empresa que recibe esos

servicios, bajo el régimen de la actividad privada. Máxime, si durante dicho periodo que no se acreditó la existencia de contratos, -por ende, la existencia causa objetiva y demás presupuestos que justifiquen la contratación modal-, existieron los tres elementos del contrato de trabajo, esto es: La prestación personal, subordinación y remuneración.

#### **1.3.14.3. Sentencia recaída en el expediente número 00250-2014-0-1706-JR-LA-01**

Previo al análisis de la sentencia es menester señalar que, si bien el proceso versa sobre la desnaturalización de contratos modales, lo que resulta relevante y guarda relación con la presente investigación y con la propuesta planteada es el sustento para declarar la desnaturalización de la referida contratación. Asimismo, cabe precisar que la sentencia bajo análisis, también fue emitida por la Segunda Sala Laboral de Lambayeque.

La parte demandante sostiene que tiene un récord laboral de 03 años, 06 meses y 16 días, bajo una contratación modal, misma que ha sido desnaturalizada acorde a lo previsto en el literal d) del artículo 77 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, toda vez que se utilizó una contratación modal para simular la prestación de laborales temporales cuando en realidad las labores que realizaba eran de naturaleza permanente. Por lo que, lo que en la realidad existió fue una relación laboral a plazo indeterminado con su empleadora (Empresa Agroindustrial Túman). Siendo así, solo podía ser despedido por causa justa, sin embargo, el 30 de diciembre del 2013 fue despedido sin que existiera causa justa, por lo que se ha configurado un despido incausado. Afirma que la demandada lo hacía firmar contratos sucesivos, pero no le entregaba copia alguna y que tampoco ha hecho de conocimiento al Ministerio de trabajo.

La parte demandada en el proceso se encuentra en la condición de rebelde.

Primera Instancias resolvió: Infundada la demanda. En razón de que al no existir los contratos de trabajo sujetos a modalidad no se puede determinar si se estableció adecuadamente la causa objetiva.

Segunda Instancia: La Segunda Sala Laboral atendiendo al caso, señala que la contratación laboral a plazo fijo está sujeta a límites sustantivos, formales y temporales. Precisando que los límites sustantivos son aquellos vinculados a la existencia de una causa objetiva que justifique la contratación temporal y se encuentre prevista por ley, la que debe ser consignada expresamente en el contrato de trabajo.

Asimismo, señala que, en el presente proceso, no se ha acreditado debidamente la existencia de los respectivos contratos de trabajo sujetos a modalidad, mediante los cuales se contrataba al actor temporalmente. Siendo así, la Sala señala que no se podría determinar su existencia de la causa objetiva, en tanto dicha contratación tiene una formalidad *ad solemnitatem*; menos efectuar análisis del cumplimiento de la causalidad como sustento de dicha contratación modal.

De igual manera, señala que: 1. El artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR, establece que los contratos modales de ben de constar por escrito.; y, 2. El numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497, establece que el demandado tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, la carga de la prueba de acreditar la existencia de los contratos modales correspondía a la empleadora (E.A. Túman).

Al respecto, la sala precisa que la finalidad de la exigencia de la formalidad escrita de los contratos de trabajo sujetas a modalidad, no sólo es acreditar la que en el contrato se plasme la temporalidad del servicio, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, por ejemplo, verificar la descripción de las labores que realizara el trabajador, y la causa objetiva que determina la contratación. Por lo tanto, al no acreditar la empresa demandada la existencia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, infringe las formalidades legales exigidas para su existencia; circunstancias que conllevarían a determinar que no se encuentra acreditado que la prestación de servicios del demandante a la empresa demandada obedezca a una



relación laboral a plazo determinado originado de un contrato sujeto a modalidad (servicio específico).

En ese orden de ideas, la Sala determina que ante la inexistencia de contratos de trabajo sujetos a modalidad (servicio específico), por ende, la no existencia causa objetiva que sustente la contratación del demandante a plazo determinado; y, dado el actor que prestó sus servicios de manera personal a favor de la empresa demandada, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, queda determinado que dicha relación laboral es a plazo indeterminado.

Siendo así, el actor solo podía ser despedido por causa justa; sin embargo, en autos no se aprecia la existencia de un proceso disciplinario ni que se le hubiera cursado una carta de preaviso de despido, por lo que se configuraría que el actor fue objeto de un despido incausado, por ende, le asiste el derecho de reposición.

Analizada la sentencia, emitida por la Segunda Sala Laboral de Lambayeque, se evidencia que ésta misma ha determinado relevancia y cuan determinante es para resolver el caso, que se acrediten los contratos que deben de constar por escritos, cuando así lo establezca la Ley. En razón a que tal existencia importa porque se podrá contrastar si en éste se encuentran establecidas las exigencias normativas que justifiquen la contratación del trabajador, las funciones del trabajador y otros requisitos esenciales establecidas por Ley.

#### **1.4. Formulación del problema**

¿De qué forma se puede desnaturalizar la intermediación laboral ante la inexistencia de contratos de locación de servicios?

#### **1.5. Justificación e importancia del estudio**

Dada la no existencia de un criterio unánime por parte de los órganos jurisdiccionales, de si la actividad de operadora de modulo gira o no en torno a la actividad principal de EsSalud, los justiciables se encuentran en la

incertidumbre de la decisión que tomara el órgano jurisdiccional al respecto, ya que pueden declarar fundada o infundada su demanda. Precisando que estas se dan en primera y segunda instancias, e incluso en materia de casación, la Corte Suprema aún no se pronunciado concretamente al respecto. Bajo ese panorama, mediante la presente investigación se podrá determinar si se puede desnaturalizar la intermediación laboral bajo otros argumentos distintos a los antes señalados, es decir, si se puede desnaturalizar la referida figura jurídica ante la inexistencia de contratos de intermediación entre la empresa intermediadora y la empresa usuaria (EsSalud). De ser así, cuáles serían los factores que conducirían a la referida desnaturalización; y, explicar en qué consisten éstos. De esta manera, los trabajadores representados por su abogado encontrarían una forma distinta de poder obtener decisión favorable sustentada en derecho.

## **1.6. Hipótesis**

Si no existe el contrato de locación de servicios que acredite la intermediación laboral entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora **entonces** se desnaturalizara la intermediación laboral, en virtud de la cual se destacó a la operadora de modulo, y en consecuencia se declarará un vínculo laboral entre la operadora de modulo destacada y la EsSalud.

## **1.7. Objetivos**

### **1.7.1. Objetivo general**

Determinar si existe desnaturalización de la intermediación laboral por la inexistencia de contratos de locación de servicios que acrediten ésta.

### **1.7.2. Objetivos específicos**

1. Conocer el marco jurisprudencial nacional de la desnaturalización de la intermediación laboral y de la carga de la prueba del empleador de cumplir con las normas legales.

2. Explicar los factores que conducen a la desnaturalización de la intermediación laboral de las operadoras de módulo de EsSalud ante la inexistencia de contrato de locación de servicios.
3. Proponer la incorporación como supuesto de desnaturalización de la intermediación laboral: La inexistencia de contratos de locación de servicios entre la empresa usuaria y la intermediadora.

## **II. MATERIAL Y MÉTODO**

### **2.1. Tipo y Diseño de Investigación**

Dada la naturaleza de la presente investigación, el tipo de investigación es cualitativa, toda vez que se ha tomado fuentes de información doctrinal para la construcción del marco teórico que sirvió para el desarrollo de la presente investigación. (Hernández Fernández y Baptista, 2014). En esa línea, es menester señalar a Hernández & Mendoza (2018), quienes señalan que mediante la investigación cualitativa se conoce y comprende fenómenos que son estudiados a partir desde su origen en el ámbito natural, el cual se encuentra vinculado con dicho contexto.

Es menester señalar que de la misma forma la presente investigación se encuentra clasificada como Descriptiva propositiva, puesto que mediante la investigación se busca describir los hechos vinculados con la problemática que se pretende dilucidar, y proponer la modificación en la Ley 27626, en el sentido de agregar una causal de desnaturalización de la intermediación laboral.

### **2.2. Población y muestra**

#### **2.2.1. Población**

La presente investigación tiene como población a los casos sobre desnaturalización de la intermediación laboral de las operadoras de módulo de EsSalud en la provincia de Chiclayo.

### 2.2.2. Muestra

La muestra está constituida por tres sentencias nacionales, conforme al siguiente detalle:

<b>Órgano Jurisdiccional</b>	<b>Proceso</b>	<b>Expediente</b>
Segunda Sala Laboral de CSJL	Desnaturalización de intermediación laboral	208-2016-0-1706-JR-LA-01
Tribunal Constitucional	Amparo	01783-2011-PA/TC
Segunda Sala Laboral de CSJL	Desnaturalización de contrato	00250-2014-0-1706-JR-LA-01

### 2.3. Variables, Operacionalización

#### 2.3.1. Variables

**Variable independiente:**

Inexistencia de contratos de locación de servicios.

**Variable dependiente:**

Desnaturalización de la intermediación laboral.

### 2.3. Operacionalización

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
<b>DEPENDIENTE:</b>  Desnaturalización de la intermediación laboral	La consecuencia de la infracción a los referidos supuestos, trae como consecuencia, la existencia de un vínculo laboral entre los trabajadores suministrados y la empresa usuaria (TORRES, 2015)	Legal	Causales establecidas en la Ley 27626 y Decreto Supremo 003-2002-TR	Gabinete-documentaria
		Efecto jurídico	Contrato de trabajo a plazo indeterminado entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria	
<b>INDEPENDIENTE:</b>  Inexistencia de contratos de locación de servicios	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. (Artículo 1764 del Código Civil Peruano)	Carga de la prueba	Literal a, del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497	
		Causal de desnaturalización	Infracción a los artículos 17 y 26.2 de la Ley 27626	

## **2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad**

### **2.4.1. Técnica**

Para la recolección de datos de la presente investigación se utilizarán la siguiente técnica: Técnica de gabinete o técnica documentaria y análisis documentario. Al respecto, la Universidad Naval (2016), respecto a la técnica de gabinete señala que es aquella técnica que indaga y analiza la información documental. Asimismo, que serializa al inicio de la investigación con el fin de revisar la bibliográfica y ubicación teórica del problema de investigación, elaboración del marco teórico y organización de la información seleccionada. Por su parte Róman (2018), señala que el análisis de documentos es la base y fundamento en las investigaciones que pretenden incluirse en la realidad del momento, como lo es la problemática del presente estudio.

Es así, que la técnica utilizada en la presente investigación permitió al autor de la misma, la revisión y análisis de las sentencias recaídas en los expedientes números: 208-2016-0-1706-JR-LA-01,01783-2011-PA/TC y 00250-2014-0-1706-JR-LA-01.

## **2.5. Procedimientos de análisis de datos**

Teniendo en cuenta la naturaleza de la presente investigación no se aplica instrumento alguno de recolección de datos, como cuestionarios; por lo que, no se llevara procesamiento de datos. Sin embargo, si se llevara análisis de la casuística obteniéndose información relevante a nivel casuístico jurídico.

## **2.6. Criterios éticos**

### **2.6.1. Valor social**

Según González (s.f) la investigación tiene que coadyuvar a mejorar la condición de vida de la población u origine conocimientos que les permitan

poder dilucidar sus conflictos, pese a que no se de forma inmediata. Es en ese sentido, que la realización de la presente investigación permitirá que las operadoras de módulo de EsSalud que se encuentre bajo la modalidad de intermediación laboral y deseen demandar su la desnaturalización de la referida figura jurídica obtengan una solución.

### **2.6.2. Confirmabilidad o reflexividad**

Según Noreña, Alcaraz y Guillermo (2012), al criterio de confirmabilidad o reflexividad también se le es denominado de neutralidad u objetividad. Los citados autores señalan que el referido criterio mantiene como directriz que los resultados obtenidos del estudio sean veraces de las descripciones hechas del fenómeno. Asimismo, señalan que mediante la confirmabilidad se tiene conocimiento sobre el rol de autor de la investigación durante el desarrollo de ésta, asimismo, determinar las repercusiones y restricciones que tuviera el investigador para mantener bajo control los probables juicios o críticas que origina el objeto de estudio. De igual manera, señalan que para lograr la objetividad es necesario que el instrumento refleje los objetivos del estudio; asimismo, que los resultados se contrasten con la literatura existente sobre el tema, respetando la citación de las fuentes.

### **2.6.3. Relevancia**

Respecto al criterio de relevancia, es menester señalar que Noreña, Alcaraz y Guillermo (2012), señalan que el referido criterio posibilita estimar el logro de los objetivos de la investigación y si se logró conocer más sobre el objeto de investigación. En ese sentido, a través del citado criterio ha evaluado el logro de los objetivos de la presente investigación; asimismo, que a través de la investigación se ha conocido más sobre la desnaturalización de la intermediación laboral en las labores de operadora de modulo

### **2.6.4. Beneficencia**

A través de la presente investigación se busca dar solución a la problemática actual detallada líneas arriba. Problemática que atenta, entre

otros derechos, el derecho al trabajo. De esa manera, mediante la presente investigación los abogados tendrán concomimiento de la solución formulada para que puedan obtener un resultado favorable cuando estén frente a un proceso de esta naturaleza. Así, podrán velar por el derecho al trabajo de las operadoras de módulo de EsSalud.

## **2.7 Criterios de Rigor Científicos**

### **2.7.1. Fiabilidad**

Los datos que se obtendrán de la aplicación de la técnica e instrumento de la presente investigación, serán veraces y fiables, no existiendo manipulación alguna por parte del autor de la investigación.

### **2.7.2. Originalidad**

La presente investigación fue creación del propio autor, sin que exista duplicidad de otra investigación. Asimismo, los resultados de la investigación fueron obtenidas del propio desarrollo de la investigación que realizó el investigador. Obteniéndose así, la originalidad de la presente investigación.

### **2.7.3. Autenticidad**

La autenticidad está involucrada con el intento de representar del modo más realista posible el mundo social que se intenta analizar (Blesa, y otros, 2014). En la presente investigación se ve reflejado el citado criterio, toda vez que el investigador analizó el objeto de estudio desde una perspectiva neutral y realista, y analizó el expediente físico en el cual se encuentra recaído el proceso de desnaturalización de la intermediación laboral de la operadora de módulo de EsSalud.

### **2.7.3. Conciencia de complejidad**

Respecto a este criterio, Blesa y otros (2014) señala que se necesita que el investigador tenga presente la enorme complejidad del tipo de objeto al que nos enfrentamos en ciencias sociales. Generalmente cualquier



problemática que pretendamos estudiar contiene muy diversas mediaciones institucionales (...) resultando muy difícil que una investigación puntual “resuelva” de plano dichas cuestiones. Más bien en el caso de la investigación cualitativa precisamos de la acumulación de diversas aproximaciones a los mismos temas para ser capaces de proponer salidas factibles. (Blesa, y otros, 2014)

En ese sentido, en la presente investigación se observa el referido principio, pues el autor de la misma ha tenido claro que el objeto de estudio tiene una variedad de figuras jurídicas que implican desde su origen hasta su desarrollo. Asimismo, en que la propuesta planteada a través de la presente investigación propone una solución a la problemática, una de muchas que puede tener la problemática analizada.

### III. RESULTADOS

#### 3.1. Resultados en tablas y figuras

**Tabla 1**

*Sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lambayeque*

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
N.º208-2016-0-1706-JR-LA-01	Apelación	Desnaturalización de intermediación laboral	Lambayeque	Fundada la demanda

*Nota:* Proceso perteneciente al expediente numero208-2016-0-1706-JR-LA-01

## FLUJOGRAMA DEL PROCESO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE N.º208-2016-0-1706-JR-LA-01

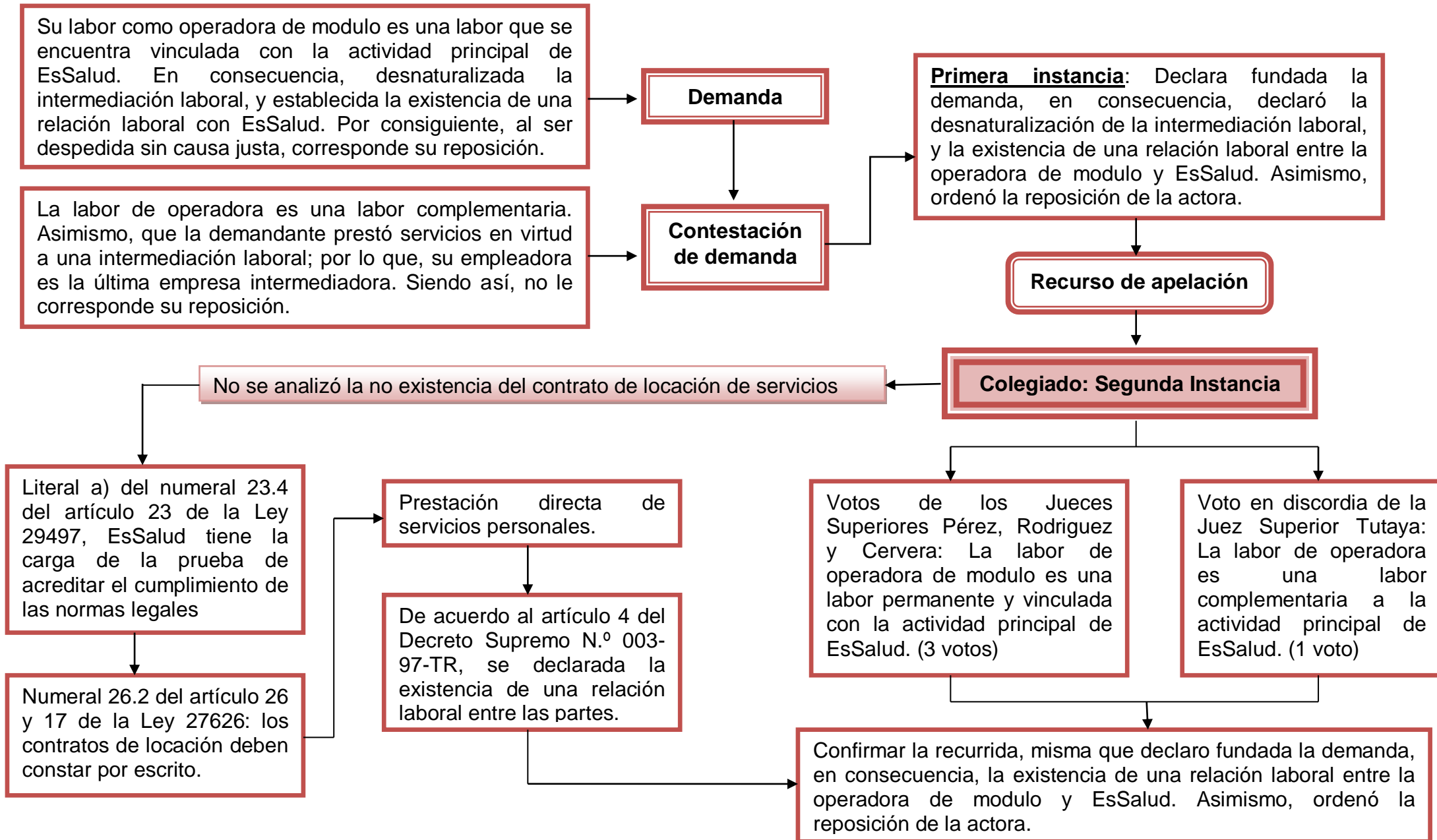


Figura 1: Proceso de desnaturalización de intermediación laboral.

NOTA: Elaboración propia

**Tabla 2**

*Sentencia del Tribunal Constitucional*

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
N.º01783-2011-PA/TC	Agravio Constitucional	Amparo	Arequipa	Fundada la demanda

*Nota:* Proceso perteneciente al expediente numero 01783-2011-PA/TC

## FLUJOGRAMA DEL PROCESO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE N.º01783-2011-PA/TC

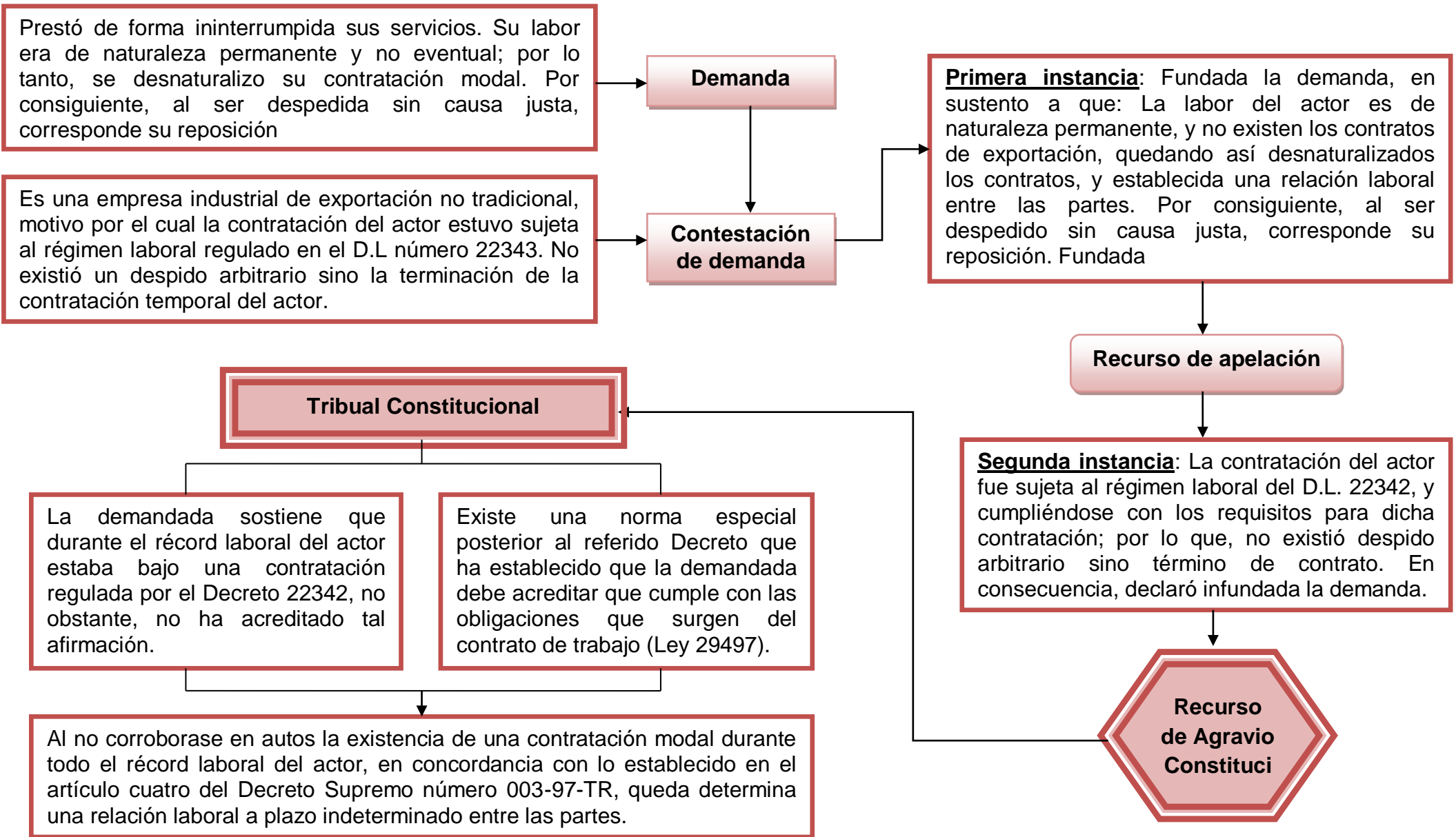


Figura 2: Proceso de reposición

NOTA: Elaboración propia

**Tabla 3**

*Sentencia de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Lambayeque*

EXPEDIENTE	RECURSO	PROCESO	REGIÓN	HA RESUELTO
N.º250-2014-0-1706-JR-LA-01	Apelación	Desnaturalización de contrato	Lambayeque	Fundada la demanda

*Nota:* Proceso perteneciente al expediente numero 250-2014-0-1706-JR-LA-01

## FLUJOGRAMA DEL PROCESO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE N.º250-2014-0-1706-JR-LA-01

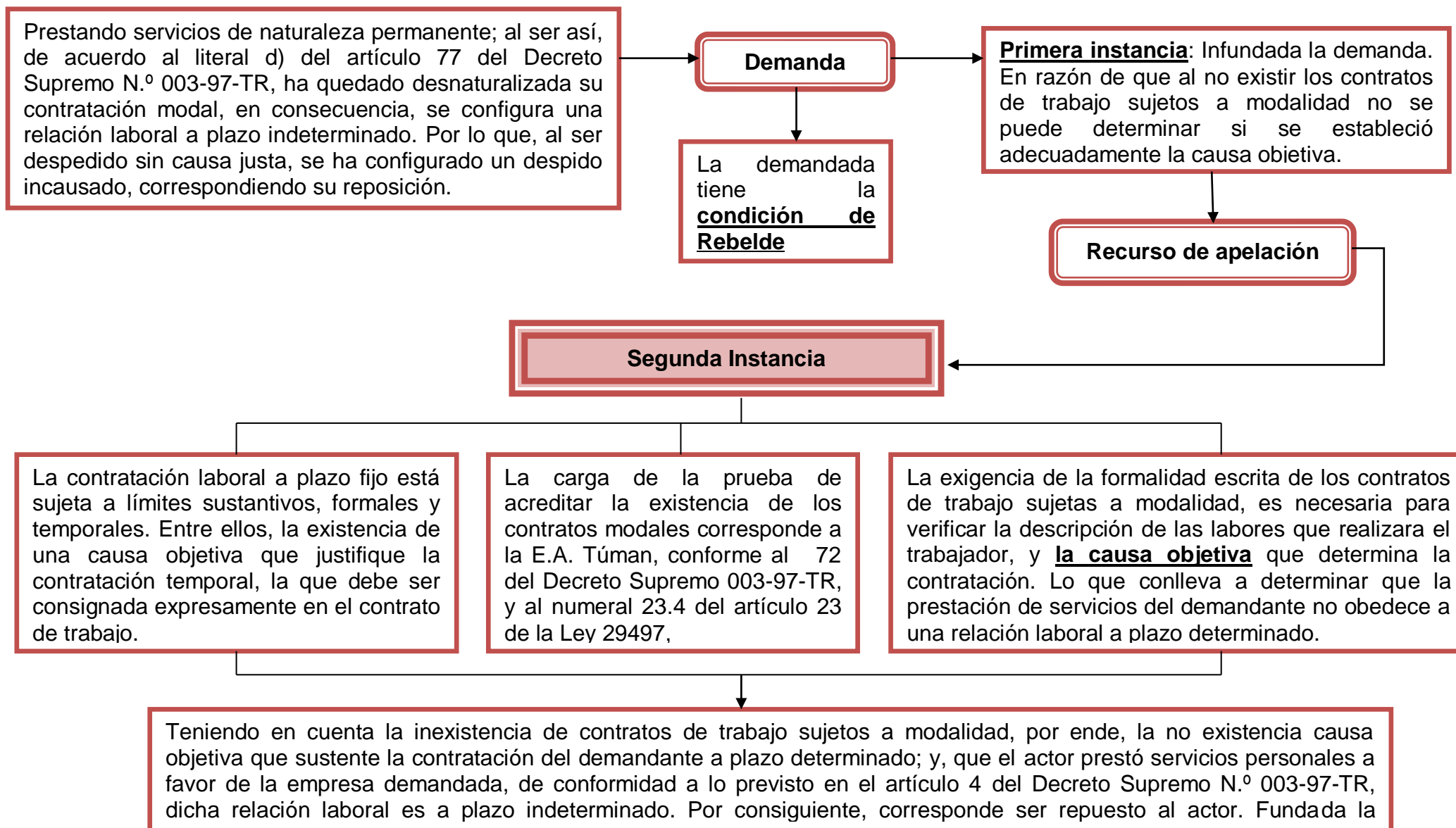


Figura 3: Proceso de desnaturalización de contrato

NOTA: Elaboración propia

## **3.2. Discusión de resultados**

**3.2.1.** Aplicada la técnica de gabinete, se analizó la sentencia recaída en el Expediente N.º208-2016-0-1706-JR-LA-01, emitida por la Segunda Sala Laboral de la CSJL, evidenciándose que:

El colegiado de la Segunda Sala Laboral en los casos de desnaturalización de operadora de modulo, solo se enfoca en determinar si la labor de operadora de modulo es una labor vinculada con la actividad principal o no. Perdiendo de vista así, las demás formalidades exigidas por Ley para la procedencia de la intermediación Laboral, entre éstas, la exigencia de la existencia de contratos de locación de servicios por escrito. La cual si fuera analizada también se hubiera determinado la desnaturalización de la intermediación laboral, y la existencia de una relación laboral entre EsSalud y la operadora de modulo demandante. En tanto, el numeral 26.2 del artículo 26 y 17 de la Ley 27626, establecen que los contratos de locación (contrato de intermediación laboral) deben constar por escrito. Por su parte, el literal a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497, establece que al demandado corresponde la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, en el caso de autos, EsSalud tenía la carga de la prueba de acreditar la existencia de los contratos de locación de servicios. Siendo exigible la formalidad escrita de los referidos contratos, no sólo para acreditar la intermediación laboral, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, entre éstos, -el más importante- verificar el supuesto en que se sustenta la intermediación laboral, acorde a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27626. Por lo tanto, al no existir contratos de locación de servicios conlleva a determinar que la labor de la operadora de modulo no obedezca a una intermediación laboral. Siendo así, queda determinada la existencia de una relación directa entre la operadora de modulo y EsSalud, misma que de acuerdo con el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, se configura en una relación laboral a plazo indeterminado.

La conclusión expuesta guarda relación con la conclusión de Zuta (2017) en su trabajo académico titulado *“La carga probatoria en el proceso laboral a partir de las normas que regulan la conservación de los documentos en este ámbito”*, la cual consiste en que el empleador es quien tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las obligaciones legales, conforme así lo establece el literal a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 27497. Siendo así, queda corroborado que en el proceso laboral el demandado debe de acreditar el cumplimiento de las normas legales, en centrándose dentro de esas normas legales los artículos 17 y 26 de la Ley 27626, mismos que establecen que el contrato de intermediación laboral debe de constar por escrito. De igual manera, guarda relación con la conclusión arriba por Jara y Mostacera (2018) en su tesis titulada *“La intermediación laboral y sus efectos en el costo de mano de obra del consorcio Altamirano de la ciudad de Trujillo en el año 2017”*, la cual consiste en que antes de firmar el contrato de intermediación laboral en una de las cláusulas se debe considerar que el personal destacado para la ejecución de la obra debe estar en planilla. Quedando así, corroborado que la empresa usuaria y la empresa intermediadora deben de firmar el contrato de intermediación laboral, en el cual establecerán las exigencias legales que establece nuestro ordenamiento jurídico.

**3.2.2.** Aplicada la técnica de gabinete, se analizó la sentencia recaída en el Expediente N.º01783-2011-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, evidenciándose que:

El máximo intérprete de la constitución ha determinado que en los casos en los cuales la demandada sostenga que durante el récord laboral del trabajador demandante estaba bajo una contratación modal (en el caso analizado: regulada por el Decreto 22342), debe de acreditar ello. Por lo que, al no corroborarse en autos la existencia de una contratación modal durante todo el récord laboral del actor, en concordancia con lo establecido en el artículo cuatro del Decreto Supremo número 003-97-TR, queda determina una relación laboral a plazo indeterminado entre las partes. Precizando el TC que existe una norma especial posterior al referido Decreto que ha establecido



que la demandada debe acreditar que cumple con las obligaciones que surgen del contrato de trabajo (Ley 29497). Al respecto, es menester precisar que la finalidad de la exigencia de que consten por escrito los contratos modales radica en que en éstos se encuentra establecida causa que justifica la contratación modal, y los demás presupuestos que exige la Ley para su validez. Evidenciándose así, un rol importante de la carga de la prueba en el proceso, y como a través de ésta se resuelve el caso analizado.

La conclusión arribada guarda relación con las conclusiones arribadas por Peña (2017) en su tesis titulada "*Necesidad de regular adecuadamente la actividad probatoria en el procedimiento señalado en la nueva ley procesal del trabajo*", consistentes en que el fin de los medios probatorios es acreditar los hechos que alega la parte demandada o parte demandante. De esta manera, se generará en el juez certeza sobre la controversia del caso.; y, en que el documento es aquel escrito u objeto mediante el cual se pretende sustentar con su contenido un hecho que es materia de controversia en un proceso. Por lo tanto, si el empleador afirma que la prestación del trabajador demandante obedece a una contratación distinta a la contratación a plazo indeterminado, corresponde a éste acreditar tal afirmación, siendo en primer orden, el medio idóneo para presentar: El contrato.

De igual manera guarda relación con la conclusión arribada por Cabezas (2010) en su tesis titulada "*Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral*", la cual consiste en que la actuación probatoria es el eje central para los procedimientos de trabajo. Pudiendo a través de éste resolver la controversia del proceso. Corroborándose así, la importancia de la carga de la prueba, y como a través de la existencia o carencia de la prueba se resuelve los procesos.

**3.2.2.** Aplicada la técnica de gabinete, se analizó la sentencia recaída en el Expediente N.º00250-2014-0-1706-JR-LA-01, emitida por la Segunda Sala Laboral de la CSJL, evidenciándose que:

El colegiado de la Segunda Sala Laboral ha determinado que en los casos en los que no se ha acreditado debidamente la existencia de los respectivos

contratos de trabajo modales, no se podrá determinar su existencia de la causa objetiva, en tanto dicha contratación tiene una formalidad *ad solemnitatem*, conforme así lo establece el artículo 72 del Decreto Supremo 003-97-TR; menos efectuar análisis del cumplimiento de la causalidad como sustento de dicha contratación modal. Precisándose que según el numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497, el empleador demandado tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales. En ese sentido, la carga de la prueba de acreditar la existencia de los contratos modales correspondía a la empleadora. Por lo tanto, al no acreditar la existencia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, se infringe las formalidades legales exigidas para su existencia; circunstancias que conllevarían a determinar que no se encuentra acreditado en autos que la prestación de servicios del trabajador demandante a favor de la demandada obedezca a una relación laboral a plazo determinado originado de un contrato sujeto a modalidad. En ese sentido, teniendo en cuenta la inexistencia de contratos de trabajo sujetos a modalidad, por ende, la no existencia causa objetiva que sustente la contratación del demandante a plazo determinado; y, acreditada la prestación de servicios personales a favor de la empresa demandada, de conformidad a lo previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, dicha relación laboral es a plazo indeterminado. Por consiguiente, establecida una relación laboral a plazo indeterminado el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, en el caso que sea despedido sin causa justa corresponde su reposición.

Lo concluido guarda relación con la conclusión arribada por Fernández (2005) en su investigación titulada "*Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga dinámica de la prueba*", la cual consiste en que probar también es una carga procesal. Por lo que tal carga tiene un elevado efecto en el proceso. En ese sentido, queda corroborada la importancia que tiene la carga de la prueba sobre el caso concreto, y como a través de ésta se da solución al caso concreto, al generar en el Juez la convicción sobre la veracidad de los hechos o la falsedad de éstos.

De igual manera guarda relación con lo concluido por Gómez (2015) en su investigación titulada "*La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano*", la cual cosnsite en que dada la desigualdad entre el trabajador y empleador en la materia procesal laboral, corresponde al juzgador interpretar y aplicar la norma teniendo presente los lineamientos por ley de orden constitucional que rijan el derecho laboral. Por lo que, la interpretación y aplicación de la norma, que realice el juzgador, debe ser acorde a derecho y enmarcado a proteger al eslabón más débil de la relación laboral. Quedando corroborado así, la importancia de la prueba en el proceso laboral, y como a través de la interpretación de la norma el juzgador realiza una interpretación y aplicación del dinamismo de la carga probatoria.

### **3.3. Aporte práctico**

#### **PROYECTO DE LEY**

**SUMILLA: LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 14 DEL DECRETO SUPREMO N.º 003-2002-TR- A FIN DE AGREGAR NUEVO SUPUESTO DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL**

El investigador y Bachiller Manuel Jheferson Rodriguez Ortiz, de la Facultad de Derecho y Humanidades de la Universidad Señor de Sipan, en ejercicio del derecho a INICIATIVA LEGISLATIVA reconocido en el artículo número 107 de la Constitución Política del Perú, en concordancia con los artículos 74,75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente proyecto de ley:

#### **FORMULA LEGAL**

**LEY QUE MODIFICA EL ARTICULO 14 DEL DECRETO SUPREMO N.º 003-2002-TR, A FIN DE AGREGAR NUEVO SUPUESTO DE DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL**

#### **Artículo 1.- Objeto de la Ley**

El Objeto de la presente Ley es modificar el artículo 14 Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, con el fin de que se regularice como nuevo supuesto de desnaturalización de la intermediación laboral: La inexistencia de contrato de locación de servicios (contrato de intermediación laboral) entre la empresa intermediadora y la empresa usuaria. Evitándose así, el encubrimiento de una relación laboral entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria bajo una Parente intermediación; y, garantizando el derecho constitucional del trabajador suministrado al trabajo, reconocido en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú.

**Artículo 2.- Modificación del artículo 14 del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR- Mediante el cual se establecieron disposiciones para la aplicación de las Leyes números 27626 y 27696, que regulan la Actividad de las Empresas Especiales de Servicios y de las Cooperativas de Trabajadores.**

Modifíquese el artículo 14 del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, en los siguientes términos:

“Artículo 14.- Infracción a los supuestos de intermediación laboral

Sin perjuicio de lo expuesto en los Artículos 4 y 8 de la Ley, se considera desnaturalizada la intermediación laboral, y en consecuencia configurada una relación laboral directa con el trabajador y la empresa usuaria, cuando se produzcan cualesquiera de los siguientes supuestos:

- El exceso de los porcentajes limitativos establecidos para la intermediación de servicios temporales.

(...)

- **La inexistencia de contrato de locación de servicios entre la empresa intermediadora y la empresa usuaria.**

La verificación de los supuestos establecidos anteriormente son infracciones de tercer grado de la empresa usuaria y de la entidad, respectivamente.”

## **EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

La intermediación laboral es una figura jurídica de naturaleza laboral que ha generado, desde su incorporación a la legislación nacional, una flexibilización en la tradicional relación laboral empleador - trabajador. Dado que, a través de la referida figura jurídica, en la relación existen tres elementos: La empresa intermediadora, la empresa usuaria y el trabajador suministrado. En dicha relación el trabajador suministrado no tiene vínculo laboral con la empresa usuaria, pese a que le preste sus servicios de manera personal; sino que el referido trabajador mantendrá una relación laboral con la empresa intermediadora, misma que

mantiene un contrato de intermediación laboral con la empresa usuaria, y es en virtud de tal contrato que el trabajador suministrado debe prestar sus servicios a la empresa usuaria.

De esta manera, se evidencia que la referida figura jurídica origina una carencia de estabilidad laboral al trabajador que es suministrado. Dado que, si bien el trabajador suministrado mantiene una relación laboral con la empresa intermediadora, sin embargo, dicha empresa en la mayoría de los casos tiene un periodo de existencia muy corto, sospechosamente concordante con la duración del contrato con la empresa usuaria, mismo origen el destaque del trabajador. Por lo que, al mantener el trabajador suministrado una relación laboral con la referida empresa, tal vínculo solo existirá durante la duración del periodo de tal contratación o hasta la duración existencia de la empresa intermediadora, en el caso que el trabajador suministrado sea trabajador permanente de la referida empresa, no obstante, -como se reitera- en la mayoría de los casos sospechosamente se extinguen cuando termina la contratación con la empresa usuaria. Por lo que, al terminar dicha contratación el trabajador suministrado quedara en sin ningún vínculo, ni con la empresa que lo contrato ni con la empresa a la cual prestaba sus servicios (empresa usuaria) en virtud a la intermediación laboral.

Es a raíz de la naturaleza de la referida figura que ésta se puede prestar para atender contra el derecho constitucional al trabajo. Evidenciándose ello con los números casos que el juzgador a través de la aplicación del principio de primacía ha podido identificar que mediante una aparente intermediación laboral se estaba encubriendo una relación laboral entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria.

Es así, que el legislador para proteger el derecho constitucional al trabajo, estableció supuestos en los cuales al incurrir en éstos se tiene por desnaturalizada la intermediación, y en consecuencia la existencia de una relación laboral entre el trabajador suministrado y la empresa usuaria, tales supuestos se encuentran regulados en el artículo 14 del Decreto Supremo 003-2002-TR.

Cabe señalar, respecto al derecho constitucional al trabajo, que el Tribunal Constitucional, en el fundamento 12 de la sentencia recaída en el N.º 1124-2001-AA/TC, ha precisado que el derecho al trabajo implica dos aspectos: i) el de acceder a un puesto de trabajo; y ii) el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Siendo este último aspecto el relacionado a la estabilidad laboral que debe tener todo trabajador, evitando así que pueda ser despedido sin que exista una causa justificada que origine y sustente su despido.

Asimismo, es menester señalar que al año 2019, según señala el diario Gestión (2019), existen alrededor de 650 empresas registradas que prestan estos servicios de intermediación y más 100,000 mil trabajadores destacados bajo esta figura, que van desde cobertura temporal de una posición permanente de un trabajador de la empresa usuaria, hasta brindar servicios complementarios y especializados a favor de ésta última empresa. De esta manera, se evidencia el índice elevado de la utilización de la referida figura jurídica y de los trabajadores que son destacados, mismos que dada la naturaleza de la referida figura jurídica carecen de una estabilidad laboral.

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos, se evidencia que dada la naturaleza de la intermediación laboral, resulta necesaria la regulación de supuestos de desnaturalización, que al incurrirse en éstos, su natural consecuencia sea la desnaturalización de la intermediación laboral. Máxime si tales supuestos responden a límites enmarcados a una protección contra el derecho al trabajo del trabajador suministrado.

Motivo por el cual, el bachiller coadyuvando a tal fin, y atendiendo a que se ha podido identificar una problemática, misma que puede ser solucionada mediante la presente propuesta, propone que sea regulariza la inexistencia del contrato de locación de servicios de la empresa intermediadora y la empresa usuaria, como supuesto de desnaturalización de la referida figura jurídica.

Tal pedido contiene una cadena de razonamientos que parten desde la exigencia legal de que los contratos de locación de servicios (contratos de intermediación laboral) que celebre la empresa intermediadora con la empresa usuaria deben de

constar por escrito, misma que se encuentra regulada en el numeral 26.2 del artículo 26 de la Ley 27626.

Y sigue, con la exigencia de la carga de la prueba que le corresponde a la parte al empleador demandado en un proceso laboral, en cuanto al cumplimiento de las normas legales, conforme lo establece el literal a) del numeral 23.4. del artículo 23 de la Ley 29497. En el sentido que, el numeral 26.2 del artículo 26 y artículo 17 de la Ley 27626 extingue que los contratos de intermediación deben de constar por escrito. Por lo tanto, tal exigencia es por imperio de la Ley, siendo así, dado que en un proceso laboral quien tiene la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento de las normas legales es la parte demandada (la empleadora), entonces ésta es quien debe de acreditar la existencia del contrato de intermediación, mismo contrato que deberá de contener la descripción de las labores que realizara el trabajador suministrado, y el fundamento de la naturaleza de tales laborales y su relación con el giro de la empresa. Además, los términos de la contratación de dicho del trabajador que será suministrado.

Teniéndose muy en cuenta que la exigencia de la formalidad escrita de los contratos de locación de servicios, no sólo es acreditar la intermediación laboral, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, como, por ejemplo, verificar la descripción de las labores que realizara el personal destacado, y el supuesto en que se sustenta la intermediación laboral, acorde a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27626.

Concluyendo esa cadena de razonamiento con la aplicación del principio de presunción de laboralidad, en cuanto, si en la realidad de los hechos se evidencia la inexistencia del contrato de intermediación laboral en virtud del cual habría sido destacado el trabajador a prestar servicios a favor de la empresa usuaria, se puede apreciar que el trabajador aparentemente ha cumplido con prestar sus servicios de manera personal a favor de la empresa usuaria, es decir se configura uno de los elementos de todo contrato de trabajo, esto es la prestación personal.

Al respecto, el numeral 23.2 del artículo 23 de la Ley 29497 establece que se presume la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado con solo



acreditar la prestación personal, correspondiéndole a la parte demandada acreditar mediante pruebas lo contrario. En ese sentido, si no existe el alegado contrato de intermediación en virtud del cual fue destacado el trabajador a la empresa usuaria, sino por el contrario se evidencia la prestación personal del trabajador a favor de la empresa usuaria, se tiene por declarada la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado entre ambas partes, ello concordante con el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR.

### **EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL**

Al aprobarse el Proyecto de Ley, éste no transgrede la Constitución Política del Perú ni las Leyes del ordenamiento jurídico nacional, teniendo la iniciativa legislativa como fin modificar el 14 del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, en cuanto a su integración al citado cuerpo normativo, el supuesto de desnaturalización: La inexistencia de contrato de locación de servicios entre la empresa intermediadora y empresa usuaria. Para garantizar la protección al derecho constitucional al trabajo.

### **ANÁLISIS CONSTO BENEFICIO**

El presente Proyecto de Ley no origina costo para el Estado ni trasgrede disposiciones normativas fiscales ni presupuestarias.

### **VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL**

El presente Proyecto de Ley guarda relación con la política de estado del Acuerdo Nacional, siguiente:

**Décimo cuarta.** -Acceso al Empleo Pleno, Digno y Productivo.

## IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

### 4.1. Conclusiones

Realizada la presente investigación, el investigador arribó a las siguientes conclusiones:

- 4.1.1. Existe la desnaturalización de la intermediación laboral ante la inexistencia de los contratos de locación de servicio (contrato de intermediación laboral) que acrediten la referida figura jurídica; por ende, las demás exigencias legales, inmersa dentro de éstas, establecer el supuesto de procedencia de la intermediación laboral.
- 4.1.2. Luego de conocer el marco jurisprudencial nacional de: La desnaturalización de la intermediación laboral y de la carga de la prueba del empleador, en cuanto a cumplir con las normas legales, se ha podido evidenciar que: Si el empleador no cumple con acreditar en el proceso laboral con las normas legales, dentro de estas, los artículos 17 y 26 de la Ley 27626, mismos que establecen que el contrato de intermediación laboral debe de constar por escrito, entonces quedara desnaturalizada la intermediación laboral; y, en consecuencia, quedara determinada la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado entre la operadora de modulo (trabajador) y EsSalud (empleador-empresa usuaria).
- 4.1.3. Los factores que conducen a la desnaturalización de la intermediación laboral de las operadoras de módulo de EsSalud ante la inexistencia de contrato de locación de servicios consisten en que: **1.** Según el literal a) del numeral 23.4 del artículo 23 de la Ley 29497 establece que el empleador tiene la carga de la prueba del cumplimiento de las normas legales. **2.** El numeral 26.2 del artículo 26 y 17 de la Ley 27626, establecen la exigencia de que los contratos de locación de servicios (contratos de intermediación laboral) consten por escrito. En ese sentido, corresponde a EsSalud –como empleador demandado- en el proceso acreditar la existencia de los contratos de locación de servicios

que haya celebrado con la empresa intermediadora. **3.** De no cumplir EsSalud con acreditar el contrato de locación de servicios entonces queda determinado que EsSalud no ha cumplido con acreditar el cumplimiento de la normativa citada, necesaria para la validez de la invocada intermediación laboral. Toda vez, que la formalidad escrita - *ad solemnitatem*- de los contratos de locación de servicios tiene por finalidad no sólo es acreditar la intermediación laboral, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, entre éstos, -el más importante- verificar el supuesto en que se sustenta la intermediación laboral, acorde a lo establecido en el artículo 3 de la Ley 27626, y la descripción de las labores que realizara el personal destacado. **4.** No acreditada la existencia del contrato de locación de servicios de la intermediación laboral, EsSalud ha infringido las formalidades legales exigidas para su existencia. Ello conlleva a determinar que no se encuentra acreditado que la prestación de servicios de la demandante a la demandada EsSalud, durante el periodo que alega que duro el contrato, obedezca a una intermediación laboral. Por consiguiente, queda determinado que la operadora de modulo prestó sus servicios de forma directa a favor de EsSalud. **5.** Ante la inexistencia de contratos de Locación de servicios que sustenten la procedencia, validez y demás exigencias legales de la invocada intermediación laboral de la demandante, y teniendo en cuenta que ha quedado determinado que operadora de módulo sus servicios personales directos a favor de EsSalud, de conformidad con en el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, queda desnaturalizada la alegada intermediación laboral, y establecida una relación laboral a plazo indeterminado entre la operadora de modulo y EsSalud, bajo el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N.º 728.

**4.1.4.** Mediante un proyecto de Ley se ha propuesto la incorporación como supuesto de desnaturalización de la intermediación laboral: La

inexistencia de contratos de locación de servicios entre la empresa usuaria y la intermediadora.

## **4.2. Recomendaciones**

En sustento a la investigación realizada, el investigador propone las siguientes recomendaciones:

- 4.2.1.** Se exhorta humildemente a los Juzgadores especialistas en materia laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, a utilizar los criterios expuestos en la presente investigación, respecto a determinar la desnaturalización de la intermediación laboral ante la inexistencia de contrato de locación de servicios.
- 4.2.2.** Se exhorta y ofrece el permiso, previa referencia, a la comunidad jurídica a utilizar y analizar los criterios expuestos en la presente investigación, respecto a establecer como causal de desnaturalización de la intermediación laboral: la inexistencia del contrato de locación de servicios entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora.
- 4.2.3.** Al Congreso de la República, que la propuesta de la presente investigación consistente en el proyecto de Ley para la incorporación de una nueva causal de desnaturalización: *la inexistencia del contrato de locación de servicios, y los criterios plasmados en este documento que sustentan la referida propuesta*, sea tomada en cuenta para promulgarse una Ley que modifique el artículo 14 del Decreto Supremo N.º 003-2002-TR, en el sentido que incorpore dicha causal de desnaturalización en el referido texto normativo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alva & Garcés Asesoría Laboral. (2018). *Tercerización e Intermediación Laboral*.  
<https://www.alvaygarces.com/tercerizacion-intermediacion-laboral/>
- Arbulú, L. (s.f.). *La Consideración y Aplicación del Principio de Primacía de la Realidad en el Procedimiento de Inspección del Trabajo*.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/16972/17273>
- Aylwin, L., & Stade, M. (2010). *La subcontratación y el suministro de personal : Repercusiones sobre el derecho colectivo del trabajo*. Obtenido de  
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107005>
- Basualdo, V., & Morales, D. (2014). *La tercerización laboral: orígenes, impacto y claves para su análisis en América Latina*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.
- Blesa, B., Cobo de Guzmán, F., García, M., Gehrig, R., Muñoz, P., Palacios, J., y otros. (2014). *Guía de criterios básicos de calidad en la investigación cualitativa*.  
[https://www.researchgate.net/publication/268808402\\_Guia\\_de\\_criterios\\_basicos\\_de\\_calidad\\_en\\_la\\_investigacion\\_cualitativa](https://www.researchgate.net/publication/268808402_Guia_de_criterios_basicos_de_calidad_en_la_investigacion_cualitativa)
- Bossio, G. (s.f.). *¿La intermediación laboral y la tercerización, desvirtúan el empleo en el Perú?*  
<https://es.slideshare.net/GinoBossio/alaintermediacionlaboralytercerizaciondesvirtuanempleoperu>
- Cabanillas, F. (2019). *Intervención obligatoria del OSCE en los procesos de contratación pública realizados por la municipalidad provincial de Chiclayo, años 2014-2016*. Pimentel, Perú.  
<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5800/Cabanillas%20Santa%20Cruz%20Floriberto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cabezas, R. (2010). *Aspectos relevantes de la prueba en el nuevo proceso laboral*.  
[http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-cabezas\\_r/pdfAmont/de-cabezas\\_r.pdf](http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2010/de-cabezas_r/pdfAmont/de-cabezas_r.pdf)

- Campero, I. (2014). *La aplicación del principio protector en las pruebas del procedimiento laboral*. <https://repositorio.umsa.bo/bitstream/handle/123456789/13554/T4455.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Campos, G. (2018). *El principio de primacía de la realidad como elemento desnaturalizador de los contratos por servicio específico en la provincia de Chiclayo, 2013-2016*. Pimentel. <http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/5044/Campos%20Luna%20Grecia%20Melissa.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Campos, S. (2010). Nuevo Régimen Laboral Empresarial. *Gaceta Jurídica SA*, Lima. [http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/SWebCyE/Suscriptor/Mod\\_NormasLegales\\_CyE/Mod\\_RevisElectronica/revista/28062010/C-1edic67.pdf](http://dataonline.gacetajuridica.com.pe/SWebCyE/Suscriptor/Mod_NormasLegales_CyE/Mod_RevisElectronica/revista/28062010/C-1edic67.pdf)
- Carranza, A. (2019). Subcontratación y el desempleo en el Perú: análisis del periodo 2011 – 2017. *Tesis de pre grado*. Lima: Universidad Tecnológica del Perú. [http://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/UTP/1816/1/Anthony%20Carranza\\_Trabao%20de%20Suficiencia%20Profesional\\_Titulo%20Profesional\\_2019.pdf](http://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/UTP/1816/1/Anthony%20Carranza_Trabao%20de%20Suficiencia%20Profesional_Titulo%20Profesional_2019.pdf)
- Comision Representativa ante Organismos de Seguridad Social. (2015). *Outsourcing: prestación de servicios de personal y sus implicaciones en materia de seguridad social*. Mexico D.F.: Instituto Mexicano de Contadores Públicos.
- Decreto Supremo N° 003-97-TR. (1997, 27 DE MARZO). Congreso de la República. [http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa\\_libre/main.asp](http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp)
- Díaz, J. (2012). *El principio de la primacía de la realidad en las relaciones laborales de la administración pública*. <https://core.ac.uk/download/pdf/52475582.pdf>
- Espinoza, J. (2018). *Revista Internacional y Comparada de relaciones laborales y derecho del empleo*. [http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde\\_adapt/article/download/576/771](http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/download/576/771)
- Fajardo, M. (2015). *La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/18855/19074/>

- Fernández, H. (2005). *Aplicabilidad en Venezuela de la teoría de la carga dinámica de la prueba*.  
<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAQ8793.pdf>
- Flores, W. (2016). *Incumplimientos y empirismos aplicativos en las contrataciones del estado realizadas en la gestión pública de la municipalidad distrital de motupe durante el año 2016*. Pimentel.  
<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/4341/Flores%20Carhuatan%20William.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gálvez, J. (2014). *La intermediación laboral y el deterioro del nivel de ingresos de los trabajadores del sector público e'n la ciudad de ayacucho*. Ayacucho.  
[http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1380/TM%20E17\\_Gal.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unsch.edu.pe/bitstream/handle/UNSCH/1380/TM%20E17_Gal.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- García, M. (2018). Calidad de sentencias de primera y segunda instancia sobre desnaturalización de contrato de locación de servicios y reintegro de beneficios sociales, en el Expediente N° 00862-2017-0-2601-jr-la-02, del Distrito Judicial de Tumbes – Tumbes. 2018. Tumbes.  
[http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/11145/CALIDAD\\_MOTIVACION\\_GARCIA\\_AQUINO\\_MIRENA\\_LISETH.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.uladech.edu.pe/bitstream/handle/123456789/11145/CALIDAD_MOTIVACION_GARCIA_AQUINO_MIRENA_LISETH.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Gómez, A. (2015). *La carga dinámica de la prueba en el procedimiento laboral colombiano*.  
[https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2209/TG\\_EDPC\\_13.pdf?sequence=1](https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/2209/TG_EDPC_13.pdf?sequence=1)
- González, L., & Rivarés, L. (2013). *Empresas de Trabajo Temporal de la interposición a la intermediación*. Madrid: McGraw-Hill España.
- González, M. (s.f.). *Aspectos Éticos de la Investigación Cualitativa*.  
<https://www.oei.es/historico/salactsi/mgonzalez5.htm>
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación. Sexta edición*.  
<http://observatorio.epacartagena.gov.co/wp-content/uploads/2017/08/metodologia-de-la-investigacion-sexta-edicion.compressed.pdf>
- Jara, T., & Mostacero, D. (2018). *La intermediación laboral y sus efectos en el costo de mano de obra del consorcio altamirano de la ciudad de trujillo en el año 2017*. Trujillo.

<http://repositorio.upn.edu.pe/bitstream/handle/11537/13498/Jara%20Olguin%20Thalia%20Liszeth%20%20Mostacero%20Garc%c3%ada%20Diana%20Anali.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Jauregui, F., & Medina, M. (2019). *Emplazamiento de empresas tercerizadoras en procesos de desnaturalización de contratos de tercerización Laboral*. Trujillo. [http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/13243/TESIS-](http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/13243/TESIS-JAUREGUI)  
JAUREGUI

[%20ACEVEDO\\_\\_MEDINA%20ARELLANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.unitru.edu.pe/bitstream/handle/UNITRU/13243/TESIS-JAUREGUI%20ACEVEDO__MEDINA%20ARELLANO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Ley 29497 (2010, 15 de enero). Congreso de la República. Diario el Peruano. <https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29497.pdf>

Marcucci, C. (2005). *Panorama contextualizado del derecho sustancial colombiano*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2018). *Boletín Estadístico-Registro Nacional de Empresas y Entidades de Intermediación Laboral RENEEL*. [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/288102/8.\\_Proyecto](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/288102/8._Proyecto_-_Bolet%C3%ADn_estad%C3%ADstico_RENEEL_Tercer_Trimestre.pdf)  
\_-\_Bolet%C3%ADn\_estad%C3%ADstico\_RENEEL\_Tercer\_Trimestre.pdf

Noreña, A., Alcaraz, N., & Guillermo, J. (2012). *Aplicabilidad de los criterios de rigor y éticos en la investigación cualitativa*. <https://aquichan.unisabana.edu.co/index.php/aquichan/article/view/1824/2936>

Orrego, J. (2015). *Teoría general del contrato*. [https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5566933371/Teor%C3%ADa](https://www.juanandresorrego.cl/app/download/5566933371/Teor%C3%ADa+General+del+Contrato.pdf?t=1524705993)  
+General+del+Contrato.pdf?t=1524705993

Pacheco, L. (2013). *Calidad de vida e intermediación laboral*. Repositorio Institucional PIRHUA. [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3870](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3870/Calidad_vida_Intermediacion_laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y)  
/Calidad\_vida\_Intermediacion\_laboral.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Pacori, J. (2019). *Principio de primacía de la realidad*. [https://www.academia.edu/38479634/PRINCIPIO\\_DE\\_LA\\_PRIMAC%C3%8DA\\_DE\\_LA\\_REALIDAD\\_\\_AUTOR\\_JOS%C3%89\\_MAR%C3%8DA\\_PACORI](https://www.academia.edu/38479634/PRINCIPIO_DE_LA_PRIMAC%C3%8DA_DE_LA_REALIDAD__AUTOR_JOS%C3%89_MAR%C3%8DA_PACORI_CARI.pdf)  
\_CARI.pdf

Peña, H. (2017). *Necesidad de regular adecuadamente la actividad probatoria en el procedimiento señalado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima.



[http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/3294/1/pena\\_cht.pdf](http://www.repositorioacademico.usmp.edu.pe/bitstream/usmp/3294/1/pena_cht.pdf)

Pérez, M. (2012). *Agente de Inserción laboral (2a. ed.)*. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibsipansp/reader.action?docID=5757745&ppg=1>

Plá, A. (1998). *Los Principios del Derecho del Trabajo*. 3era edición. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Pons, M. (2016). *Teoría general del contrato. Propuesta de Regulación*. <https://www.marcialpons.es/media/pdf/9788491230557.pdf>

Quispe, S. (2018). *La desnaturalización de contrato de trabajo por simulación y fraude en el sector privado*. Huacho. [http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/9816/Tesis\\_58302.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/9816/Tesis_58302.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Revista de Consultoría Contable- Tributario- Laboral. (s.f.). *Intermediación Laboral y Tercerización*. <https://www.revistadeconsultoria.com/intermediacion-laboral-y-tercerizacion>

Rodriguez, J. (2017). *La desnaturalización del vínculo laboral de los trabajadores bajo la modalidad de la tercerización de servicios, lima sur - 2016*. Lima. [http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/15170/Infante\\_DAB.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/UCV/15170/Infante_DAB.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Salvatierra, R. (2013). Informativo Vera Paredes. Aseosria Laboral. <https://pe.linkedin.com/in/informativo-vera-paredes-17292a93>

Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 04783-2014-0-1706-JR-LA-02. Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Rodriguez Riojas). <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 00208-2016-0-1706-JR-LA-01. Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Pérez Ramirez). <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 00250-2014-0-1706-JR-LA-01. Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Tutaya Gonzales). <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>

- Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 02721-2015-0-1706-JR-LA-07.  
Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Rodríguez Riojas).  
<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 04844-2014-0-1706-JR-LA-01.  
Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Pérez Ramírez).  
<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Sentencia de vista recaída en el Expediente N° 05314-2014-0-1706-JR-LA-01.  
Segunda Sala Laboral de Lambayeque (Pérez Ramírez).  
<https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/busquedaform.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N° 1783-2011-PA/TC. (2011, 26 de setiembre). Tribunal Constitucional (Eto Cruz, G).  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/01783-2011-AA.pdf>
- Silva, M. (s.f.). *El principio de la primacía de la realidad*.  
[https://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#\\_ftn2](https://www.derechoycambiosocial.com/revista014/primacia%20de%20la%20realidad.htm#_ftn2)
- Toledo, O. (s.f.). *Intermediación laboral, outsourcing y downsizing*.  
[http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10\\_-\\_6\\_Intermediaci%C3%B3n.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10_-_6_Intermediaci%C3%B3n.pdf)
- Torres, V. (2015). *La intermediación laboral*. Tarapoto, Perú: Universidad Nacional De San Martín - Tarapoto.  
[http://repositorio.unsm.edu.pe/bitstream/handle/11458/2426/TP\\_CON\\_00392\\_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.unsm.edu.pe/bitstream/handle/11458/2426/TP_CON_00392_2015.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Toyama, J. (2008). *Tercerización e Intermediación Laboral: Diferencias y Tendencias*.  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/download/17332/17618>
- Tribunal Constitucional (2011). Sentencia recaída en el Expediente N° 06371-2008-PA/TC
- Universidad Naval. (2016). *Metodología de la Investigación*.  
[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/133491/METODOLOGIA\\_DE\\_INVESTIGACION.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/133491/METODOLOGIA_DE_INVESTIGACION.pdf)
- Valdivia, A. (2015). *Los derechos laborales de los trabajadores en la aplicación de la intermediación laboral en Arequipa, 2014*. Arequipa.

<http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/5794/COcacams.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Villavicencio, A. (s.f.). *La intermediación laboral peruana: Alcances (no todos apropiados) y régimen jurídico.*

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/11737/12303/>

Zevallos, F. (2017). *Administración de contratos en la empresa creaciones y exportaciones dina s.a.c.* Lima.

<http://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/uss/4236/Zevallos%20Quispe.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Zuta, J. (2017). *La carga probatoria en el proceso laboral a partir de las normas que regulan la conservación de los documentos en este ámbito.*

[http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10245/Zuta\\_Chacez\\_Jonathan\\_La\\_Carga\\_Probatoria.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/10245/Zuta_Chacez_Jonathan_La_Carga_Probatoria.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

**MATRIZ DE CONSISTENCIA**

**TÍTULO: DESNATURALIZACIÓN DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL DE LAS OPERADORAS DE MODULO DE ESSALUD ANTE LA INEXISTENCIA DE CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS EN LA PROVINCIA DE CHICLAYO**

VARIABLES	PROBLEMA	HIPÓTESIS	OBJETIVOS
<p><b>INDEPENDIENTE:</b> Inexistencia de contratos de locación de servicios</p>	<p>¿De qué forma se puede desnaturalizar la intermediación laboral ante la inexistencia de contratos de locación de servicios?</p>	<p>Si no existe el contrato de locación de servicios que acredite la intermediación laboral entre la empresa usuaria y la empresa intermediadora <b>entonces</b> se desnaturalizara la</p>	<p><b>GENERAL:</b> Determinar si existe desnaturalización de la intermediación laboral por la inexistencia de contratos de locación de servicios que acrediten ésta.</p>

<p><b>DEPENDIENTE:</b></p> <p>RELACIÓN LABORAL A PLAZO INDETERMINADO POR INEXISTENCIA DEL CONTRATO MODAL.</p>		<p>intermediación laboral, en virtud de la cual se destacó a la operadora de modulo, y en consecuencia se declarará un vínculo laboral entre la operadora de modulo destacada y la EsSalud.</p>	<p><b>ESPECÍFICOS:</b></p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Conocer el marco jurisprudencial nacional de la desnaturalización de la intermediación laboral y de la carga de la prueba del empleador de cumplir con las normas legales.</li> <li>2. Explicar los factores que conducen a la desnaturalización de la intermediación laboral de las operadoras de módulo de EsSalud ante la inexistencia de contrato de locación de servicios.</li> <li>3. Proponer la incorporación como supuesto de desnaturalización de la intermediación laboral: La inexistencia de contratos de locación de servicios entre la empresa usuaria y la intermediadora.</li> </ol>
---	--	---	--

**SEGUNDA SALA LABORAL DE LAMBAYEQUE - LEY 29497**

**EXPEDIENTE** : 00208-2016-0-1706-JR-LA-01  
**DEMANDANTE** : FIORELLA AVILES VILELA  
**DEMANDADO** : ESSALUD Y OTROS  
**MATERIA** : DESPIDO NULO Y DESNATURALIZACION DE CONTRATOS

**PONENTE** : Sr. PÉREZ RAMÍREZ

RESOLUCIÓN NÚMERO: **ONCE**

Chiclayo, veintisiete de marzo del dos mil diecinueve.

**VISTOS**, los autos en apelación y **CONSIDERANDO**:

(...)

***LA DEMANDADA NO HA ACREDITADO LA ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA EN EL CASO DE AUTOS***

**SEXTO**: Refiriéndonos ya al caso de autos, en la recurrida se ha concluido que las labores para las cuales la demandante fue destacada a la usuaria ESSALUD por parte de la empresa Servicios Baruck Corporation y SBK Servicios S.R.L, no constituyen labores para actividades complementarias sino que responden a actividades principales de la empresa usuaria ESSALUD, ya que a lo largo del proceso la demandada no ha cumplido con la carga probatoria impuesta por la Ley N° 29497, artículo 23.4 literal a) relativo a acreditar el cumplimiento de las normas legales. Así en autos se aprecia que la demandada ESSALUD no ofreció medio probatorio alguno destinado a acreditar uno de los supuestos de procedencia de intermediación laboral que alega mantuvo con la codemandada Servicios SBK S.R.L, en virtud de la cual la accionante le fue destacada para prestarle servicios.

(...)

**OCTAVO**: 1. Así en mérito a la actuación inspectiva realizada, la Autoridad Administrativa de Trabajo, y lo sostenido por el órgano jurisdiccional, se ha

concluido que en la relación contractual civil de las partes, subyacía una relación contractual de naturaleza laboral, conclusión a la que se arribó tras la verificación de elementos propios de la misma tales como:

- Remuneración.
- Prestación personal de servicios, (...)
- Subordinación, (...)

**DÉCIMO**: Que, de las funciones de estas trabajadoras de ESSALUD se puede determinar que la atención a los pacientes asegurados es un sistema que se inicia con el otorgamiento de las citas médicas, para que posteriormente puedan recurrir a su Médico tratante; en consecuencia, se puede determinar que las labores que realizaba la accionante eran actividades de naturaleza permanente, ya que formaban parte de la actividad principal de la empresa usuaria – ESSALUD, por ende, dicha actividad no podía ser sometida a este tipo de contratación, por lo que se debe declarar la desnaturalización de los contratos de intermediación laboral habidos entre las empresas intermediadoras P&M Operaciones, Baruk Cooperation y Asesoramiento S.R.L., SERVICIOS SBK S.R.L., LIVA S.R.L. y ESSALUD, concluyendo lo siguiente:

## **DECISIÓN**

Por las consideraciones anotadas, los Jueces que suscriben, integrando el Colegiado de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque: **CONFIRMARON** la sentencia contenida en la resolución número seis de fecha dieciséis de agosto del dos mil dieciocho, obrante de folios cuatrocientos treinta y nueve a cuatrocientos cincuenta y cuatro, que declaró **FUNDADA** la demanda interpuesta por doña **IORELLA GIANNINA AVILÉS VILELA** contra **ESSALUD y OTROS**.

Sres.

**PÉREZ RAMÍREZ**

RODRIGUEZ RIOJAS

CERVERA DAVILA.

El **VOTO EN DISCORDIA** de la Juez Superior **CECILIA TUTAYA GONZALES**, es como sigue:

**VISTOS;** los autos en Audiencia Pública; y

**CONSIDERANDO:**

(...)

#### **4.- ANÁLISIS DEL CASO**

(...)

**d)** Es así, que la controversia en el caso de autos, reside en **dilucidar si se ha configurado la desnaturalización de la Contratación de Intermediación Laboral, y si en consecuencia ha existido una relación laboral directa entre el demandante y ESSALUD, y subsiguientemente -en su caso- establecer si el despido de la demandante ha configurado la causal de despido nulo invocada, y si en consecuencia deviene en procedente la reposición solicitada por la demandante.**

(...)

**4.16.-** Al respecto debe precisarse que **a criterio de la suscrita Juzgadora, resulta incorrecto considerar que las labores realizadas por la actora, deban considerarse como parte de la actividad principal de la demandada**, pues como bien ha afirmado la propia demandante en su escrito postulatorio de demanda, se desempeñó como Operadora de Módulo de Atención al Asegurado; es decir, las funciones que realizaba no tenían vinculación directa con la prestación del servicio de Salud, *ergo*: como médicos o enfermeras, profesionales especializados de la salud que realizan una labor del giro directo de la demandada, debido a sus conocimientos especializados en dicha materia y que resulta ser la actividad principal de la codemandada EsSalud. (...)

**4.17.-** Así, en cuanto al caso que nos ocupa, no se puede colegir que la labor desempeñada por la demandante (Operadora de Módulo de Atención) corresponda a la citada actividad principal o un cargo administrativo inherente a la estructura organizativa de la emplazada, ya que sus labores son de naturaleza auxiliar y secundaria a la actividad principal, y el cargo desempeñado por la actora únicamente se ha circunscrito a la ejecución de la labor intermediada; por lo que, la ausencia de la misma, no significa una afectación o paralización de la



prestación de salud; dado que estas funciones de atención al público han sido establecidas con la idea de prestar una mejor calidad de servicio, en los **ámbitos periféricos** de la prestación de salud (Atención al público, limpieza, vigilancia, etc). Pensar lo contrario significaría concluir en que el servicio de vigilancia o seguridad, también tendría intervención directa en la prestación del servicio de Salud, bajo la lógica de que la ausencia de esta actividad, acarrearía un desorden en la atención del público y la inseguridad hacia los pacientes; o en el caso del personal de limpieza, conllevaría a pensar que la no permanencia de esta actividad, imposibilitaría la prosecución de la actividad médica. (...)

**4.18.-** Por lo antes dicho, **se logra colegir que la labor que desarrolló la actora en la codemandada Essalud, ha sido la prestación de un servicio complementario, esto es, que los servicios que prestó como Operadora de Módulo de Atención, no resultan ni forman parte de la actividad principal o estratégica de la entidad usuaria Essalud, tanto más, si la ausencia o falta de ejecución en la prestación de servicios de la demandante, no significa la interrupción de la actividad principal de la entidad usuaria.** En consecuencia, los servicios que prestó la demandante dentro de la codemandada Essalud, resultan ser labores que se determinan como parte de una actividad complementaria no siendo indispensable para la continuidad y ejecución de la actividad principal de Essalud.

## **DECISIÓN**

Por tales consideraciones, **MI VOTO ES POR REVOCAR** la sentencia contenida en la resolución número seis de fecha dieciséis de agosto del dos mil dieciocho, que obra de folios cuatrocientos treinta y nueve a cuatrocientos cincuenta y cuatro, que declaró fundada la demanda; **REFORMÁNDOLA se declare INFUNDADA la demanda en todos sus extremos.** En los seguidos por FIORELLA GIANNINA AVILÉS VILELA contra ESSALUD Y OTROS, sobre Desnaturalización de contrato; *y los devolvieron.*

Sra.

TUTAYA GONZALES

**EXP. N.º 01783-2011-PA/TC**

(...)

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

(...)

### **ASUNTO**

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Luis Alberto López Cuadros contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 412, su fecha 21 de enero de 2011, que declaró infundada la demanda de autos.

### **ANTECEDENTES**

Con fecha 18 de agosto de 2009 el recurrente interpone demanda de amparo contra Inca Tops S.A.A. solicitando que se deje sin efecto el despido arbitrario del que fue objeto, y que en consecuencia sea repuesto en el cargo de operario que venía ocupando. Refiere que prestó servicios ininterrumpidamente, por más de 16 años, mediante contratos de trabajo sujetos a modalidad. Manifiesta que la relación laboral a plazo fijo se desnaturalizó, pues pese a haber suscrito diversos contratos de trabajo bajo el régimen de exportación de productos no tradicionales previsto en el Decreto Ley N.º 22342, en los hechos realizó una labor de carácter permanente y no eventual, por lo que existiendo un contrato de trabajo a plazo indeterminado sólo podía ser despedido por una causa justa.

El apoderado de la Sociedad emplazada contesta la demanda argumentando que es una empresa industrial de exportación no tradicional sujeta al régimen laboral del Decreto Ley N.º 22342, razón por la cual los contratos de trabajo que suscribió con el demandante fueron de naturaleza temporal. Sostiene que el demandante laboró hasta el 16 de agosto de 2009, fecha en la cual se cumplió el plazo de duración de su último contrato de trabajo, por lo que la extinción de la relación laboral se produjo de forma automática, no afectando derecho constitucional alguno.

(...)

### **FUNDAMENTOS**

#### **Delimitación del petitorio y procedencia de la demanda**

1. (...)Por ello el demandante solicita que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando.

(...)

#### **Análisis de la controversia**

(...)

4. Hecha la precisión anterior debe señalarse que el demandante alega que ha trabajado ininterrumpidamente desde el 14 de abril de 1993 hasta el 15 de agosto de 2009. Frente a esta afirmación la Sociedad emplazada no niega ni desvirtúa que el recurrente haya laborado sin solución de continuidad durante todo el referido periodo. Por tanto se debe advertir que conforme se desprende de autos, el demandante inició sus labores para la Sociedad emplazada el 13 de abril de 1993, tal como se corrobora con la boleta de pago obrante a fojas 12, por lo que para dilucidar la presente controversia se tendrá en cuenta todo el periodo alegado por el demandante.
5. Si bien la Sociedad emplazada sostiene que durante el periodo que trabajó el demandante se suscribieron contratos de trabajo bajo el régimen de exportación de productos no tradicionales, no ha podido probar este hecho toda vez que solo obran en autos los contratos de trabajo por los periodos del 1 al 31 de octubre de 1995 (f. 425), del 1 al 31 de marzo de 1996 (f. 426), del 1 de mayo al 31 de mayo de 1996 (f. 424), del 1 al 31 de julio de 1996 (f. 423), del 1 al 31 de diciembre de 1996 (fs. 25), las prórrogas de los contratos de trabajo del 1 al 31 de enero de 1997 (f. 31), del 1 de julio al 31 de agosto de 1997 (f. 422), y del 1 de setiembre al 31 de octubre de 2000 (f. 33), así como las prórrogas de los contratos de trabajo correspondientes a algunos meses del año 2004 y de los años 2005 a 2009, obrantes en el cuadernillo de este Tribunal. Incluso la propia Sociedad emplazada a raíz del requerimiento efectuado por este Tribunal, reconoce que no ha ubicado los contratos de trabajo suscritos con anterioridad al mes de febrero del 2004, tal como señala en su escrito de fecha 8 de julio de 2011.

La Sociedad emplazada ha afirmado que conforme a lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Ley N.º 25988, no estaría obligada a conservar los contratos de trabajo del demandante que tengan una antigüedad mayor a cinco años; sin embargo, dicha norma no resulta aplicable al caso de autos

por cuanto existe una norma especial dictada con posterioridad al Decreto Ley N.º 25988, que establece que el empleador tiene la carga de demostrar en un proceso judicial el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del contrato individual de trabajo.

6. En efecto debe señalarse que constituye un principio procesal que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma un hecho, por tanto si la Sociedad emplazada asegura que durante los periodos que trabajó el demandante se suscribieron contratos de trabajo al amparo del Decreto Ley N.º 22342, debió probar dicha afirmación, por lo que al no haberlo efectuado y al no constar en autos que las partes hayan suscrito un contrato de trabajo a plazo fijo desde el 13 de abril de 1993, este Tribunal concluye que de acuerdo a lo previsto en el artículo 4º del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, se configuró una relación laboral a plazo indeterminado, por lo que el demandante sólo podía ser despedido por una causa justa prevista en la ley. Siendo así son nulos los contratos de trabajo celebrados al amparo del Decreto Ley N.º 22342 que suscribieron las partes con posterioridad, mediante los cuales se pretendió encubrir la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado.
7. De otro lado también es pertinente señalar que un contrato de trabajo sujeto a modalidad suscrito bajo el régimen laboral especial del Decreto Ley N.º 22342 se considera desnaturalizado cuando en él no se consigna en forma expresa la causa objetiva determinante de la contratación, menos aún tratándose de una prolongada relación laboral en el tiempo, siempre con la simple indicación que el plazo largamente prolongado corresponde a un contrato modal que desde luego se prorroga por siempre.

En efecto, en este régimen laboral especial, las causas objetivas determinantes de la contratación se encuentran previstas en el artículo 32º del Decreto Ley N.º 22342, cuyo texto dispone que la “contratación dependerá de:  
(1) Contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina.  
(2) Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación”.

No obstante no obra en autos todos los contratos correspondientes a los años 2004 ni los contratos de los años 1993 al 2003, por lo que tampoco puede corroborarse si en estos se habría cumplido o no con consignar las causas

objetivas determinantes de la contratación del régimen laboral especial del Decreto Ley N.º 22342 previstas en su artículo 32º, requisitos esenciales para la validez de este tipo de régimen laboral especial, configurándose así también, en este caso, la desnaturalización de la contratación laboral sujeta al régimen de exportación no tradicional.

8. Estando a lo antes expuesto se concluye que habiendo existido entre las partes un contrato de trabajo a plazo indeterminado, el demandante sólo podía ser despedido por causa justa prevista en la ley; en consecuencia la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el supuesto vencimiento del plazo del contrato de trabajo, tiene el carácter de un despido arbitrario frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

#### **HA RESUELTO**

1. Declarar **FUNDADA** la demanda por haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia **NULO** el despido arbitrario del cual fue objeto el demandante.
2. **ORDENAR** a Inca Tops S.A.A. que cumpla con reincorporar a don Luis Alberto López Cuadros como trabajador a plazo indeterminado, en su mismo puesto de trabajo o en otro de igual o similar nivel, en el plazo máximo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución aplique las medidas coercitivas prescritas en los artículos 22º y 59º del Código Procesal Constitucional, con el abono de las costas y costos del proceso.

SS.

**ETO CRUZ**

**VERGARA GOTELLI**

**URVIOLA HANI**

**SEGUNDA SALA LABORAL DE LAMBAYEQUE - LEY 29497**

**EXPEDIENTE : 00250-2014-0-1706-JR-LA-01**

**DEMANDANTE : MARTIN DANIEL ZAPATA PAREDES**

**DEMANDADO : EMPRESA AGROINDUSTRIAL TUMAN SAA**

**MATERIA : REPOSICIÓN LABORAL Y OTROS**

**PONENTE : Señora TUTAYA GONZALES**

**RESOLUCION NÚMERO: CATORCE.-**

Chiclayo, siete de octubre del dos mil diecinueve.-

**VISTOS;** los autos en audiencia pública; y **CONSIDERANDO:**

(...)

**4.- ANÁLISIS DEL CASO**

**4.1.-** Del tenor del escrito de demanda, se desprende que el actor solicita se declare la nulidad de despido incausado y la desnaturalización de contratos por la existencia de simulación o fraude de las normas, en consecuencia se disponga su reposición a su centro de trabajo, el pago de sus remuneraciones y beneficios dejados de percibir desde el 31 de diciembre de 2013. Más intereses laborales y costos del proceso.-

(...)

**4.2.-** Es de señalar que la demandada tiene la condición de rebelde en el presente proceso.

**4.3.-** Bajo este panorama, se desprende que la controversia en el caso concreto, reside en dilucidar si se ha configurado la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad-servicio específico-, y si en consecuencia ha existido una relación laboral a plazo indeterminado entre el demandante y la empresa demandada, y subsiguientemente –de ser el caso- establecer si el despido del demandante sería incausado, debiendo en su caso reponer al demandante.

(...)

4.11.- Ahora bien, en el caso de autos, el demandante sostiene que la relación laboral invocada con la empresa demandada data del 14 de diciembre del 2010. Al respecto, es menester señalar que la demandada al encontrarse en condición de rebelde no ha cuestionado dicha data. En tal sentido, se considera un hecho admitido, no existiendo de esta manera controversia en cuanto a la fecha de inicio de la prestación de servicios del actor.-

4.12.- Es menester señalar que de la revisión de los actuados judiciales se advierte que **la empresa demandada, en el presente proceso, no ha acreditado debidamente la existencia de los respectivos contratos de trabajo sujetos a modalidad, relativa a la prestación de servicios del demandante, cuyo inicio data -como se ha indicado- del 14 de diciembre 2010.-**

4.13.- En ese orden de ideas, se determina que **la empresa demandada no ha acreditado en autos la existencia de contratos de trabajo sujetas a modalidad -servicio específico-, mediante los cuales se contrataba al actor temporalmente**, de manera que este Colegiado pueda determinar su existencia, en tanto dicha contratación tiene una formalidad *ad solemnitatem*; menos efectuar análisis del cumplimiento de la causalidad como sustento de dicha contratación modal.

4.14.- Al respecto, es menester precisar que de conformidad con el artículo 23.4 de la NLPT 29497, cuyo texto establece que “(...) *incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de: a) El pago, **el cumplimiento de las normas legales**, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad. (...)*” (negrita agregada), **correspondía a la empresa demandada en el presente proceso la carga de la prueba sobre el cumplimiento de las normas legales**. En ese sentido, la empresa demandada tenía la carga de la prueba de acreditar en autos, el cumplimiento -entre otras- de la siguiente norma legal: artículo 72 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, **norma que establece la obligatoriedad de que los contratos de trabajo sujetos a modalidad deben de constar por escrito (formalidad *ad solemnitatem*).**-

4.14.- De esta manera, queda claro que en autos **no se encuentra acreditada la existencia de contratos de trabajo sujetos a modalidad (servicio específico) entre el actor y la empresa demandada, por ende menos se ha acreditado la**

**existencia de causa objetiva determinante para la contratación**, en virtud de la cual el actor prestó servicios a favor de la demandada en forma temporal; siendo que la empresa demandada no ha cumplido con acreditar el cumplimiento de la normativa precitada, necesaria para la validez del contrato de trabajo sujeto a modalidad (servicio específico).

**4.15.-** Cabe acotar que conforme a la normativa precitada, es exigible la formalidad escrita de los contratos de trabajo sujetos a modalidad para efectos de la validez de una relación a plazo determinado. En cuanto, la finalidad de la exigencia de la formalidad escrita de los contratos de trabajo sujetas a modalidad, no sólo es acreditar la que en el contrato se plasme la temporalidad del servicio, sino también el control de su legalidad, respecto al cumplimiento de las demás exigencias legales de dicha contratación, como por ejemplo, verificar la descripción de las labores que realizara el trabajador, y la causa objetiva que determina la contratación. En tal sentido -se reitera- al no acreditar la empresa demandada la existencia de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, infringe las formalidades legales exigidas para su existencia; circunstancias que conllevan a determinar que en el caso de autos, no se encuentra acreditado que la prestación de servicios del demandante a la empresa demandada, obedezca a una relación laboral a plazo determinado, originado de un contrato sujeto a modalidad (servicio específico).-

**4.16.-** En tal sentido, ante la inexistencia de contratos de trabajo sujetos a modalidad (servicio específico), por ende no existe causa objetiva que sustente la contratación del demandante a plazo determinado, conforme se ha indicado -en el párrafo precedente-, en ese sentido, **se determina que la prestación de servicios del actor a favor de la empresa demandada ha sido brindada para dicha demandada, y de conformidad a lo previsto en el artículo 4 del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, dicha relación laboral es a plazo indeterminado.** Asimismo, y teniendo en cuenta que la prestación de servicios del demandante superó el período de prueba, solo podía ser despedido por alguna de las causales previstas en los artículo 23 y 24 del citado cuerpo normativo.-

**4.21.-** Ahora bien, en el caso de autos, **determinada como está la existencia de una relación laboral de duración indeterminada entre el actor y la empresa demandada, consecuentemente, la misma sólo podía extinguirse por alguna**



de las causales previstas en la ley; no obstante, la demandada en el presente proceso no ha cumplido debidamente con acreditar la configuración de alguna causal válida de extinción de la relación laboral, menos de una causa justa de despido. Correspondía pues a la demandada acreditar la justificación del cese de la prestación de servicios del actor, en tanto en el contexto ya determinado del caso de autos, su inexistencia importa un despido; de esta manera, corresponde estimar la pretensión de reposición del actor. (...)

(...)

### **DECISIÓN**

Por las consideraciones anotadas, los Jueces de la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque: **[1] REVOCARON** la sentencia contenida en la resolución número diez, de fecha veintisiete de marzo del dos mil diecinueve, de folios ciento cuarenta y cuatro a ciento cuarenta y nueve, que declara infundada la demanda. **[2] REFORMÁNDOLA: declararon FUNDADA** la demanda sobre desnaturalización de contratos sujetos a modalidad (servicio específico) y reposición por despido incausado. En consecuencia: **[3] ORDENARON** que la demandada reponga en el plazo de cinco días hábiles al demandante en su centro laboral, respecto del puesto que venía desempeñando hasta antes del despido. **[4]DECLARARON IMPROCEDENTE** la pretensión de remuneraciones y beneficios dejados de percibir. Con costas y costas. En los seguidos por **MARTIN DANIEL ZAPATA PAREDES** contra **EMPRESA AGROINDUSTRIAL TUMAN S.A.A.** *sobre nulidad de despido; y los devolvieron.-*

Sres.

PÉREZ RAMÍREZ

**TUTAYA GONZALES**

PINEDA RIOS