

Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

GUÍA DE PREGUNTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES 728 DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (CON RESPUESTAS)

José María Pacori Cari¹

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento "La Gaceta Jurídica" del Diario La Razón en Bolivia. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú. Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima en el Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia. Miembro de Pleno Derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal

Las preguntas son realizadas por trabajadores por contrato de trabajo sujeto a modalidad bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 derivados de concursos públicos realizados por la Contraloría General de la República desde el 2022 al 2024.

I. CONTEXTO LEGAL

Con fecha 23 de julio de 2002, se publica la Ley 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República – que establece el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 como el régimen de personal de la Contraloría General, conforme se verifica del artículo 36 que indica

“El personal de la Contraloría General se encuentra sujeto al régimen laboral de la actividad privada”.

Con fecha 28 de marzo de 2018, se publica la Ley 30742 – Ley de fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control - que en su artículo 1 establece

“La presente ley tiene por objeto establecer las normas y disposiciones requeridas para el fortalecimiento de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control, con la finalidad de modernizar, mejorar y asegurar el ejercicio oportuno, efectivo y eficiente del control gubernamental, así como de optimizar sus capacidades orientadas a la prevención y lucha contra la corrupción”.

Con fecha 16 de noviembre de 2021 se publica la Ley 31358 – Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente – que en su artículo 1.2 y 1.3 que indica

“1.2 El control concurrente tiene carácter vinculante y obligatorio generando responsabilidad en todos los intervinientes, si a partir de ello se ocasiona perjuicio a la ejecución de la obra o servicio. El control concurrente se efectúa desde la formulación de los términos de referencia, comprendiendo también la elaboración del expediente técnico, la ejecución, supervisión y conformidad de la obra o servicio. 1.3 Para el desarrollo del control concurrente se debe contar con profesionales especializados y con experiencia en la obra o servicios a realizarse y en los temas vinculados a la naturaleza de la materia del control concurrente, que garanticen una efectiva y eficaz labor del Sistema Nacional de Control”.

II. CONCURSOS PÚBLICOS PARA CONTRATACIÓN LABORAL MODAL

1* Contacto: corporacionhramsl@gmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

El antes indicado marco normativo ha dado lugar a la convocatoria a concurso público para ocupar cargos en la Contraloría General de la República; con relación a las preguntas a desarrollarse, son de interés las modalidades de contratación laboral previstas en los siguientes concursos públicos:

1. Concurso Público de Méritos 01-2024-CG – **contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividad** a plazo determinado y sujeto a periodo de prueba, en el régimen laboral privado 728.
2. Concurso Público de Méritos 02-2023-CG - **contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente.
3. Concurso Público de Méritos 01-2023-CG - **contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente.
4. Concurso Público de Méritos 07-2022-CG – **contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividad**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente.
5. Concurso Público de Méritos 06-2022-CG – **contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividad**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente.
6. Concurso Público de Méritos 04-2022-CG – **contrato de trabajo sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico**, a plazo determinado y sujeto a periodo de prueba, según lo establecido en el artículo 63 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente
7. Concurso Público de Méritos 01-2022-CG - **contrato de trabajo sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico**, a plazo determinado y sujeto al período de prueba, según lo establecido en el artículo 63 del TUO del Decreto Legislativo 728, dentro del marco de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente.

De esta manera, tenemos a partir de la implementación del control concurrente se ha dispuesto la contratación de personal para la Contraloría General de la República bajo el contrato de trabajo sujeto a modalidad por incremento de actividades y para obra determinada o servicio específico, sujeto a periodo de prueba.

III. PREGUNTAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES 728 DE LA CGR

Las preguntas que se indican a continuación son debidamente desarrolladas para darles una solución jurídica sustentada en el **principio de interpretación favorable al trabajador estatal** previsto en el inciso 8) de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público – que indica



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

*“Principios de Derecho Laboral. Rigen en las relaciones individuales y colectivas del empleo público, los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e **interpretación más favorable al trabajador en caso de duda**. En la colisión entre principios laborales que protegen intereses individuales y los que protegen intereses generales, se debe procurar soluciones de consenso y equilibrio”.*

Pregunta 01. Desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad. ¿Cuándo se desnaturaliza un contrato de trabajo modal?

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada (Cfr. Artículo 77 Decreto Supremo 003-97-TR):

1. Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado
2. Si el trabajador continúa laborando después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido
3. Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación
4. Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando.
5. Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley.

Pregunta 02. Desnaturalización por asignación de funciones diferentes. ¿Es suficiente que me asignen tareas diferentes al objeto de contratación, para que se produzca la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad?

La **asignación** permite precisar las funciones que debe desempeñar un trabajador dentro de la entidad pública. La primera asignación de funciones se produce al momento del ingreso; las posteriores asignaciones se efectúan el desplazamiento del trabajador (Cfr. Artículo 74 Decreto Supremo 005-90-PCM).

Por su parte, en el décimo primero considerando de la Casación 15098-2014 Lima se indica

*“De lo señalado en el considerando precedente se determina que los **motivos alegados para la contratación del demandante resultan imprecisos, más aún si se tiene en cuenta que entre las funciones asignadas al demandante se encuentran las referidas a la verificación de obligaciones tributarias, la determinación de saldo a favor o deuda tributaria y la elaboración de las correspondientes resoluciones las cuales son labores propias de la emplazada**”*

Con relación a esta pregunta, encontramos dos (2) situaciones:



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

1. Con la suscripción del contrato modal, se inicia la relación laboral que implica la asignación de funciones en el cargo público materia de contratación, si durante el desarrollo de la relación laboral se producen desplazamientos de personal que implican nuevas asignaciones de funciones, esto no generaría desnaturalización de la relación laboral modal por una relación laboral indeterminada; salvo que el trabajador acredite fraude laboral, *verbi gratia*, suscrito el contrato, el mismo día se asignan funciones, para, luego, en un par de horas, disponer una nueva asignación de funciones en un cargo distinto al objeto de la contratación.

2. Con la suscripción del contrato modal, se inicia la relación laboral que implica la asignación de funciones en el cargo público materia de contratación, sin embargo, la asignación inicial de funciones se da en un cargo distinto al del objeto de la contratación, en este caso, se produce un vicio de la voluntad conocido como **error esencial** cuando recae sobre la propia esencia o cualidad del objeto de la contratación (cargo público) que determinó la voluntad del contratante (Cfr. Artículo 202, inciso 1) Código Civil), *ergo*, la prestación de servicios en un cargo distinto al contratado derivado de fraude laboral implica la ejecución de un contrato distinto al firmado (simulación), por lo que se ha producido un contrato de trabajo verbal que se considera indeterminado.

Pregunta 03. Desnaturalización por asignación de funciones por el jefe inmediato. Si en el contrato de trabajo modal se establece la cláusula para que el jefe inmediato pueda asignar otras funciones ¿Se puede desnaturalizar el contrato?

El artículo 9 del Decreto Supremo 003-97-TR establece

*“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. **El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo**”*

En el numeral 6.4 y 6.5 de la Resolución de Sala Plena 004-2024-SUNAFIL/TFL se indica

*“6.4 Respecto al **ius variandi** visto como un componente de la facultad directriz, de orden excepcional, a decir de Moreno Manglano y otros, éste consiste a modo de lista enunciativa en: “a) El poder de dirección, el cual contiene las facultades de organización (que versan sobre las órdenes e instrucciones generales o particulares, mediante las cuales se instrumenta la implementación de los recursos empresariales en orden a la consecución de sus objetivos) y de control de los trabajadores (que supone el empleo de los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones); b) El poder disciplinario (que se refiere a la facultad de sancionar, en caso de incumplimiento de obligaciones laborales, la cual se constituye como una especie de corolario de las facultades de organización y control); y, c) **El poder de variación o ius variandi, el cual supone la posibilidad para el empresario de actualizar los contenidos específicos de la prestación laboral de cada trabajador, conforme a las necesidades que impongan las circunstancias de la empresa, del propio puesto de trabajo o de los procedimientos técnicos aplicables; siendo estas características las que lo dotan de un carácter restrictivo (énfasis añadido).**” 6.5 En tal sentido, cuando los límites al **ius variandi** no son respetados, nos encontramos ante un ejercicio abusivo y desnaturalizado del mismo, lo cual incide directamente en los derechos del trabajador, configurándose como actos de hostilidad”.*



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

Como se verifica, el *ius variandi* implica la posibilidad para la entidad pública de actualizar los contenidos específicos de la prestación laboral de cada trabajador, conforme a las necesidades que impongan las circunstancias de la empresa, del propio puesto de trabajo; *ergo*, si en el contrato de trabajo sujeto a modalidad se consigna la posibilidad del jefe inmediato de asignar funciones diferentes a las indicadas en el contrato de trabajo, en caso de ser irrazonables, **estás constituyen actos de hostilidad, que no pueden ser considerados como desnaturalización de la contratación modal**, salvo que el trabajador acredite fraude laboral que le aseguraba la prestación de servicios en determinado cargo, siendo que la prestación de servicios en otro cargo implica otra contratación laboral, generándose un supuesto de simulación, que puede ser el siguiente:

Simulación laboral absoluta. Se aparenta celebrar un contrato laboral en el cargo (A), cuando no existe la voluntad de la entidad pública de hacer laborar al trabajador en el cargo (A), sino en el cargo (B), por lo que el contrato laboral en el cargo (A) (acto simulado), al no existir da lugar al contrato de trabajo verbal en el cargo (B) que es indeterminado.

La simulación absoluta esta regulada en el artículo 190 del Código Civil que indica

“Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”.

Pregunta 04. Inaplicación de normas laborales. Si los trabajadores 728 sujetos a modalidad de la CGR fueron contratados en el marco de la Ley de Expansión del Control Concurrente – Ley 31358 - y la Ley de Fortalecimiento de la Contraloría – Ley 30742 ¿existe alguna ley que haya facultado a la Contraloría General de la República a aplicar el artículo 78 del TUO del Decreto Legislativo 728?

La Ley 31358 y la Ley 30742 son normas de derecho público, por su parte, las normas contenidas en el Decreto Legislativo 728 son normas laborales, *ergo*, **las indicadas leyes de derecho público no inaplican ninguna de las normas laborales contenidas en el Decreto Legislativo 728, al no haber una indicación expresa y ser normas de diferente naturaleza**, por lo que resulta de aplicación el artículo 103 de la Constitución Política del Perú que indica

“La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”.

De esta manera, al no haber una declaración derogatoria expresa del artículo 77 del TUO del Decreto Legislativo 728, las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo sujeto a modalidad se encuentran vigentes para los trabajadores de la CGR, de la misma manera, el artículo 78 del TUO del Decreto Legislativo 728 también se encuentra vigente para los trabajadores de la CGR, este artículo establece

“Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontratados bajo ninguna de las modalidades previstas en este Título, salvo que haya transcurrido un año del cese”.

Esta disposición se refiere al caso de un trabajador sujeto a contrato de trabajo indeterminado, el que durante su relación laboral no podría ser recontratado bajo un contrato de trabajo sujeto a modalidad, por serle una condición menos beneficiosa al trabajador indeterminado (**principio de condición más beneficiosa**); esta disposición no resulta aplicable a los trabajadores sujetos a modalidad que



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

formalmente no son trabajadores a plazo indeterminado, hasta que se declare su desnaturalización laboral.

Pregunta 05. Razones presupuestales. La alegación de motivos presupuestales ¿es una causa justa para desvincular al trabajador contratado sujeto a modalidad bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728?

Los motivos o razones presupuestales no son causa justa de despido, solo son causa justa de despido las causas relacionadas con la capacidad o con la conducta del trabajador, conforme al artículo 22, primero y segundo párrafo, del Decreto Supremo 003-97-TR que indica

“Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador”.

Por otro lado, los motivos presupuestales que aleguen las entidades públicas no son razonables para desconocer derechos laborales, conforme a la siguiente jurisprudencia:

1. El fundamento 6 de la STC recaída en el Expediente 04318-2009-PC/TC indica **“Como es de verse, el mandamus contenido en la resolución materia de este proceso estaría sujeto a una condición; la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada. Sin embargo, este Tribunal ha establecido en la STC 3771-2007-AC que este tipo de condición en principio es irrazonable”.**

2. El fundamento 7 de la STC recaída en el Expediente 03771-2007-PC/TC indica **“Como es de verse, el mandamus contenido en la resolución materia de este proceso estaría sujeto a una condición; la disponibilidad presupuestaria y financiera de la emplazada. Sin embargo este Tribunal ya ha establecido (Cfr. SSTC N° 01203-2005-PC, 03855-2006-PC y 06091-2006-PC) que este tipo de condición es irrazonable, más aún si desde la expedición de tal resolución hasta la fecha han transcurrido casi 2 años (dos ejercicios presupuestarios), tiempo que resulta por demás excesivo, máxime si se tiene presente que se trata de remuneraciones impagas desde el año 2002 conforme se aprecia a fojas 2 y que dieron motivo para la expedición de la resolución cuyo cumplimiento se solicita”.**

3. El considerando cuarto de la sentencia de Casación 18699-2018 San Martín establece **“más aún, si la invocada disponibilidad presupuestal alegada por la emplazada, no puede ser obstáculo, para el cumplimiento de los derechos que por ley le corresponde”.**

Pregunta 06. Oportunidad para demandar la desnaturalización laboral ¿Cuándo es conveniente demandar la desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad? ¿antes o después de vencido el plazo del contrato de trabajo sujeto a modalidad?

El artículo 2, inciso 1), literal a) de la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo – indica

“Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos: 1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios. Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes: a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.”

1. Antes del vencimiento del contrato de trabajo sujeto a modalidad, el trabajador de la CGR puede demandar la desnaturalización de la contratación laboral sujeta a modalidad por una contratación laboral a plazo indeterminado bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728; en este caso, siendo que la relación laboral es todavía existente, no transcurre ningún plazo de prescripción ni caducidad; asimismo, al ser un trabajador 728 no está obligado al agotamiento de la vía administrativa, por no ser un requisito de la admisibilidad de la demanda laboral conforme a la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley 29497, por lo que se demandará directamente ante un juez especializado de trabajo.

En caso, que durante la tramitación del proceso judicial de desnaturalización se produzca el término arbitrario de la contratación temporal, se procederá a la ampliación de la demanda a este nuevo hecho, solicitando la reposición laboral en el cargo dentro de los treinta (30) días hábiles de producido el despido fraudulento o incausado.

2. Después del vencimiento del contrato de trabajo sujeto a modalidad, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de producido el despido, el trabajador de la CGR puede demandar la desnaturalización de la contratación laboral sujeta a modalidad por una contratación laboral a plazo indeterminado bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728 y, accesoriamente, la reposición laboral en el cargo.

En ambos casos, el trabajador 728 de la CGR que sea discapacitado o madre puede presentar demanda constitucional de amparo por amenaza (antes de vencer el contrato) o violación (después de vencer el contrato) dentro de los sesenta (60) días hábiles de producido el acto amenazante o violatorio.

Es posible que con el emplazamiento a la CGR con la demanda laboral de desnaturalización antes del vencimiento del contrato, puede acarrear la no renovación de la contratación modal; por lo que podría ser recomendable presentar la demanda de desnaturalización cuando se produzca el término de la relación laboral, para que luego de la admisión de la demanda se presente una medida cautelar de reposición laboral dentro del proceso laboral.

Pregunta 07. Proceso cautelar. De considerar el inicio de un proceso judicial laboral de desnaturalización ¿Sería conveniente presentar una medida cautelar antes o durante el proceso judicial?

Ab initio, antes o después del despido, no puede pensarse en presentar una medida cautelar de innovar (reponer al trabajador a su puesto de trabajo) o una medida cautelar de no innovar (mantener al trabajador en su puesto de trabajo), por cuanto estas medidas son excepcionales conforme al artículo 682 y 687 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo.

Hecha esta precisión, tenemos que evaluar la presentación de otra forma de medida cautelar en el proceso laboral, por lo que nos remitiremos a la **medida especial de reposición provisional** prevista en el artículo 55 de la Ley 29497 – Nueva Ley Procesal del Trabajo – que indica



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

“El juez puede dictar, entre otras medidas cautelares, fuera o dentro del proceso, una medida de reposición provisional, cumplidos los requisitos ordinarios. Sin embargo, también puede dictarla si el demandante cumple los siguientes requisitos: a) Haber sido al momento del despido dirigente sindical, menor de edad, madre gestante o persona con discapacidad; b) estar gestionando la conformación de una organización sindical; y c) el fundamento de la demanda es verosímil”.

Conforme a esto, el juez especializado de trabajo puede conceder la medida especial de reposición provisional, fuera o dentro del proceso, siempre y cuando se cumpla con los requisitos ordinarios, como son: i) verosimilitud del derecho, ii) peligro en la demora, y iii) razonabilidad.

Sin embargo, conforme a la norma indicada, también puede dictar medida cautelar si el demandante demuestra el fundamento verosímil de su demanda, supuesto en el cual la norma no exige acreditar el peligro en la demora ni la razonabilidad.

En efecto, la verosimilitud del derecho, *verbi gratia*, podría derivar de la jurisprudencia contenida en la sentencia de vista 499-2024-1SLP del 31 de julio del 2024, expediente 00126-2024-0-0401-JR-LA-07 emitida por la Primera Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que en su considerando 8.14 indica

“Consecuentemente, ha quedado demostrado que la entidad no realiza actividades empresariales, de otro lado, el control concurrente normado por la Ley 31358 y modificada por la Ley 31640, no implicó la incorporación de actividades inciertas o temporales a la entidad, sino que estas fueron para asumir mayores actividades de control a las ya ejercidas, pero en forma permanente, con lo cual se demuestra que los contratos sujetos a modalidad se encontraban desnaturalizados desde su celebración, al haberse incurrido en fraude al amparo de lo dispuesto por el artículo 77° inciso d) del Decreto Supremo número 0 03-97-TR”.

Conforme a esto, al no generar cosa juzgada la improcedencia de una solicitud de medida cautelar, es posible presentar medida cautelar antes del proceso judicial, en caso de no ser concedida la medida cautelar, puede volver a presentar otra medida cautelar, luego de admitida a trámite la demanda.

Pregunta 08. El Reglamento de la Ley 32064 – Ley que garantiza la autonomía y profesionalización de la carrera del auditor gubernamental - fue aprobado por la Resolución de Contraloría 326-2024-CG, posteriormente, fue suspendido por la Resolución de Contraloría 452-2024-CG alegando falta de presupuesto ¿Es procedente dicha suspensión?

1. Con fecha 18 de junio de 2024, se publica la Ley 32064 – Ley que garantiza la autonomía y profesionalización de la carrera del auditor gubernamental -.
2. Con fecha 19 de julio de 2024, se publica la Resolución de Contraloría 326-2024-CG – Reglamento de la Ley 32064, Ley que garantiza la autonomía y profesionalización de la carrera del auditor gubernamental -.
3. Con fecha 16 de agosto de 2024, se publica la Resolución de Contraloría 452-2024-CG - Suspenden eficacia del Reglamento de la Ley N° 32064, Ley que garantiza la autonomía y profesionalización de la Carrera del Auditor Gubernamental, aprobado mediante la Res. N° 326-2024-CG, y del Plan de Implementación y Tránsito de la Carrera del Auditor Gubernamental, aprobado por la Res. N° 328-2024-CG –, esta suspensión se dio por



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

“se emite el sustento técnico de las razones presupuestarias por las cuales no es posible implementar la Ley Nº 32064”

Conforme a lo anterior, es necesario remitirnos al artículo 109 de la Constitución Política del Perú que indica

“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

Por su parte, el fundamento 5 de la STC recaída en el Expediente 0017-2005-PI/TC indica

“La vigencia de una norma jurídica depende, prima facie, de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y además de que haya sido publicada conforme lo establece el último extremo del artículo 51 de la Constitución. Cumplido este procedimiento, se podrá considerar que la norma es eficaz. De este modo, el efecto práctico de la vigencia de una norma es su eficacia. Que una norma sea eficaz quiere decir que es de cumplimiento exigible, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho”.

El artículo 109 de la Constitución establece que la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación, **salvo que la misma ley postergue su vigencia**, si realizamos una interpretación a partir de esta norma, tenemos que solo la misma norma puede postergar su vigencia, pero no otra norma, por lo que una vez publicada la Resolución de Contraloría 326-2024-CG, esta solo podía ser suspendida en su eficacia por una disposición contenida en la misma, no por una norma posterior, más aún cuando la suspensión se debió a razones presupuestales que como hemos indicado *ut supra* no son razón suficiente para desconocer o retardar derechos laborales.

Por su parte, contra la Resolución de Contraloría 452-2024-CG (norma administrativa de carácter general) procedería la interposición de una acción popular conforme al inciso 5) del artículo 200 de la Constitución Política del Perú que indica

“La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen”.

Pregunta 09. El jefe inmediato señala que el trabajador 728 temporal no pasará el periodo de prueba, porque no se le asignó funciones ¿Es posible que se desvincule al trabajador por causas atribuibles a su jefe inmediato? ¿Existen requisitos para aplicar el periodo de prueba?

En el considerando 6.31 de la Resolución de Sala Plena 005-2024-SUNAFIL/TFL

“En consecuencia, la impugnante ha vulnerado el derecho al trabajo, lo cual comprende no solo el acceso al empleo, sino también el derecho a la ocupación efectiva del puesto de trabajo, esto es, el derecho al desarrollo de la prestación laboral en forma ordinaria, siendo que realizar un trabajo supone un medio por el cual el individuo no solo logra obtener un sustento económico, sino también, consigue desarrollar su persona, su propio profesionalismo o su proyecto de vida, por lo que estos hechos implican un atentado contra la dignidad del trabajador”



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

En el numeral 6.28 y 6.29 de la Resolución de Sala Plena 004-2024-SUNAFIL/TFL se indica

“Sobre ello, es importante resaltar que cuando un trabajador se compromete a prestar sus servicios personales y subordinados, naturalmente, ello se debe corresponder con el ofrecimiento de funciones por parte del empleador”. “Justamente, en función a ello, encuentra fundamento jurídico el denominado “derecho a la ocupación efectiva”, que se nutre del reconocimiento prioritario de la dignidad humana en el trabajo” “En ese sentido, la falta de asignación de funciones, generaría que las expectativas profesionales de un trabajador resulten gravemente afectadas, tanto en el sentido estático de la formación, como en el dinámico de una promoción futura”

Iniciada la relación laboral, el jefe inmediato tiene la obligación de asignar funciones al trabajador, por tener el derecho a la ocupación efectiva del puesto de trabajo; por lo que la falta de asignación de funciones, no imputable al trabajador, no afecta el transcurso del plazo de periodo de prueba.

Por otro lado, el artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR indica

“El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”.

Este periodo de prueba se computa desde la suscripción del contrato de trabajo, se asignen o no funciones al trabajador; asimismo, el uso del periodo de prueba para dar término a la relación laboral, deberá ser fundamentado; en el caso de las entidades públicas, el uso del periodo de prueba estará contenido en una resolución emitida por el titular de la entidad; el periodo de prueba se sustenta en conductas realizadas por el trabajador, no por conductas atribuibles al jefe inmediato (causalidad).

Pregunta 10. Plazo máximo de la contratación laboral modal ¿Cuáles son los plazos máximos en qué una persona puede estar contratada bajo modalidad?

Se estará al siguiente cuadro, resaltando el plazo máximo del contrato de trabajo modal por incremento de actividades

Tipo de contrato	Objeto contractual	Duración máxima
Contrato por inicio o incremento de una nueva actividad	Inicio de una nueva actividad empresarial (Cfr. Artículo 57 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración máxima es de tres (3) años
Contrato por necesidades del mercado	Atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado (Cfr. Artículo 58 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración máxima de cinco (5) años (Cfr. Artículo 74 Decreto Supremo 003-97-TR)
Contrato por reconversión empresarial	Sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa (Cfr. Artículo 59 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración máxima es de dos (2) años
Contrato ocasional	Atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo (Cfr. Artículo 60 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración máxima es de seis (6) meses al año
Contrato de suplencia	Sustituir a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna	Su duración será la que resulte necesaria según las circunstancias



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

	causa justificada (Cfr. Artículo 61 Decreto Supremo 003-97-TR).	
Contrato de emergencia	Para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor (Cfr. Artículo 62 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración la de la emergencia
Contrato para obra determinada o servicio específico	Con objeto previamente establecido y de duración determinada (Cfr. Artículo 63 Decreto Supremo 003-97-TR).	Su duración será la que resulte necesaria
Contrato de servicio intermitente	Cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas (Cfr. Artículo 64 Decreto Supremo 003-97-TR).	No tienen plazo máximo de duración
Contrato de temporada	Atender necesidades propias del giro de la empresa, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año (Cfr. Artículo 67 Decreto Supremo 003-97-TR).	Duración de la temporada (Cfr. Artículo 68 Decreto Supremo 003-97-TR)

Por su parte, el artículo 74 del Decreto Supremo 003-97-TR indica

“Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites. En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años”.

Pregunta 11. Grupos especiales de protección ¿Qué mecanismos de protección legal existen para las madres gestantes, madres con niños recién nacidos y madres con niños (2 y 7 años) con discapacidad?

El artículo 23, primer párrafo, de la Constitución Política del Perú establece

“El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

Conforme al mandato constitucional, **son sujetos de especial protección constitucional la madre, el menor de edad y el impedido que trabajan.**

1. De la protección contra el despido de la madre trabajadora

El artículo 29, literal e) del Decreto Supremo 003-97-TR indica

“Es nulo el despido que tenga por motivo”: “e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir. La disposición establecida en este inciso es aplicable también a la trabajadora durante el periodo de prueba regulado en el artículo 10, así como a la que presta servicios bajo el régimen de tiempo parcial de cuatro o menos horas diarias, dispuesto en el artículo 4”.

La protección contra el despido, **se extiende a la lactancia hasta que el hijo tenga un (1) año de edad**, conforme al artículo 1 de la Ley 27240 – Ley que otorga permiso por lactancia materna – que indica



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

“La madre trabajadora, al término del período postnatal, tiene derecho a una hora diaria de permiso por lactancia materna, hasta que su hijo tenga un año de edad”.

2. De la protección de la madre con hijo discapacitado

a. Licencia. El derecho de los trabajadores y trabajadoras de la actividad pública y privada a gozar de licencia para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación que requieran sus hijos o hijas menores con discapacidad y menores con discapacidad sujetos a su tutela (Cfr. Artículo 1 Ley 30119)

b. Duración. La licencia es otorgada con goce haber por el empleador al padre, madre, tutor o apoyo de la persona con discapacidad que requiera asistencia médica o terapia de rehabilitación, hasta por cincuenta y seis (56) horas consecutivas o alternas anualmente (Cfr. Artículo 2 Ley 30119)

c. Horas adicionales. En caso se requieran horas adicionales, las licencias se compensan con horas extraordinarias de labores, previo acuerdo con el empleador (Cfr. Artículo 2 Ley 30119)

d. Irrenunciabilidad de la licencia. La licencia obtenida por los trabajadores sobre esta materia es de carácter irrenunciable (Cfr. Artículo 4 Ley 30119)

e. Condición más beneficiosa. Los beneficios obtenidos por los trabajadores sobre esta materia, por decisión unilateral del empleador o por convenio colectivo, se mantienen vigentes en cuanto sean más favorables a estos (Cfr. Artículo 4 Ley 30119)

Pregunta 12. Periodo de prueba ¿Cuántas veces puedo pasar el período de prueba en un mismo año?

1. Finalidad del periodo de prueba. En la sumilla de la Casación Laboral 21841-2017 Lima se indica

*“El periodo de prueba tiene por finalidad **comprobar si efectivamente el trabajador puede asumir el cargo asignado por el empleador, de acuerdo a sus aptitudes y lineamientos**; en consecuencia, la evaluación se realizará, entre otros aspectos, sobre la base de los resultados de las tareas encomendadas”.*

2. Plazo del periodo de prueba. El artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR indica

*“El período de prueba es de **tres meses**, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”.*

3. Periodo de prueba en la contratación modal. Artículo 75 del Decreto Supremo 003-97-TR indica

“En los contratos sujetos a modalidad rige el periodo de prueba legal o convencional previsto en la presente ley”.

4. Acumulación. El artículo 16 del Decreto Supremo 001-96-TR indica

“En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

corresponde dicha acumulación en caso que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese”.

Por su parte, en la Casación Laboral 536-2021 Lima se indica como sumilla

“El trabajador que laboró en distintos periodos para un mismo empleador, puede sumar estos, hasta completar el periodo de prueba previsto en la ley, siempre que haya desarrollado las mismas funciones u otras afines al cargo que desempeñó, y no hayan transcurrido más de tres años de producido el cese”.

5. Contrato primigenio. El artículo 84 del Decreto Supremo 001-96-TR indica

“El periodo de prueba a que alude el Artículo 109 de la Ley, sólo podrá establecerse en el contrato primigenio, salvo que se trate del desempeño de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente”.

6. Derechos del trabajador modal, luego del periodo de prueba. El artículo 79 del Decreto Supremo 003-97-TR indica

“Los trabajadores contratados conforme al presente Título [De los contratos de trabajo sujetos a modalidad] tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba”.

En conclusión, iniciada la contratación laboral modal, el plazo del periodo de prueba empezará a transcurrir, de realizarse una nueva contratación modal antes que venza el periodo de prueba, el periodo de prueba de la nueva contratación se acumula el plazo del periodo de prueba anterior, hasta completar el máximo permitido por ley, para luego adquirir estabilidad laboral.

Pregunta 13. Duración de un proceso judicial laboral 12. ¿Cuál es el tiempo aproximado que demora un proceso judicial laboral sobre desnaturalización? De ser el caso ¿En cuánto tiempo se podría volver al puesto de trabajo?

En la Exposición de motivos del Proyecto del Código Procesal del Trabajo se indica

“En efecto, la consecuencia lógica de la implementación de un nuevo modelo procesal eficiente, que mostró sobre todo celeridad, predictibilidad y transparencia, generó un previsible y considerable incremento en la demanda del servicio, lo que se trasuntó en el crecimiento exponencial del número de demandas ingresadas a los Juzgados que conocían los procesos con la NLPT, lo cual evidenció pronta y objetivamente que la cantidad de juzgados asignados al nuevo modelo del procesal laboral, resultaba insuficiente para atender la creciente demanda del servicio. Esta situación originó un desmesurado congestionamiento de los procesos judiciales y con ello la imposibilidad de cumplirse los plazos máximos previstos en la ley; lo que determinó a la postre que las audiencias tanto de conciliación como de juzgamiento, fueran extendiéndose paulatinamente en el tiempo, llegándose en la gran mayoría de los casos a que las audiencias de conciliación se programasen entre seis y ocho meses y las audiencias de juzgamiento entre ocho a diez meses, en el caso de los juzgados; y las audiencias de vista de la causa hasta más de un años; con lo cual en la realidad nuevamente surgía el problema de



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

la demora excesiva de los procesos, lo que se agravó aún más si el proceso llegaba hasta la Corte Suprema mediante el recurso de casación”.

Conforme a lo anterior, podemos establecer el siguiente cuadro:

Actuación procesal	Duración máxima
De admitida la demanda hasta la audiencia de conciliación	8 meses
De la audiencia de conciliación hasta la audiencia de juzgamiento	10 meses
Desde la notificación de la sentencia hasta la audiencia de vista de la causa en segunda instancia	1 año
De ser el caso, recurso de casación	2 años
Duración total del proceso	4 años, 6 meses

Pregunta 14. Desnaturalización por previa prestación de servicios como trabajador CAS. Estuve contratado como CAS durante 5 años en la Contraloría hasta el 2023, en el mismo año postule y reingrese a trabajar a través de un contrato modal 728. ¿Se puede configurar alguna desnaturalización?

Para alegar el principio de continuidad laboral, entre una relación laboral y otra, es preciso que no transcurra entre el término de una relación laboral y el inicio de otra relación laboral, más de treinta (30) días, como se indica en la Casación 0005857-2009-JUNÍN que las interrupciones en los servicios no pueden ser mayores de treinta días.

En caso, de verificarse la existencia de continuidad laboral, deberá de entenderse que existe una sola relación laboral (no dos), a lo que se deberá de sumar que el cargo ostentado debe ser sustancialmente y cualitativamente el mismo, tanto en la relación laboral CAS, como en la relación laboral 728.

De ser el caso, se podría solicitar la acumulación de tiempo de servicios, para que con la sumatoria se alcance el límite de plazo contractual, generándose una desnaturalización.

Asimismo, el cambio de una relación CAS a una relación 728 en un mismo cargo y sin interrupción, podría ser considerado un fraude laboral, para inaplicar el **principio de continuidad laboral**.

REFERENCIAS

- Casación 15098-2014 Lima (02 de setiembre de 2015). Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Resolución de Sala Plena 005-2024-SUNAFIL/TFL (26 de mayo de 2024). Perú: Tribunal de Fiscalización Laboral Sala Plena.
- Resolución de Sala Plena 004-2024-SINAFIL/TFL (23 de abril de 2024). Perú: Tribunal de Fiscalización Laboral Sala Plena.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional (22 de enero de 2007). Expediente 0017-2005-PI/TC. Perú: Tribunal Constitucional.
- Constitución Política del Perú (31 de diciembre de 1993). Perú.



Derecho laboral y gestión legal de recursos humanos

- Ley 30119 (03 de diciembre de 2013). Ley que concede el derecho de licencia al trabajador de la actividad pública y privada para la asistencia médica y la terapia de rehabilitación de personas con discapacidad. Perú
- Casación Laboral 21841-2017 Lima (22 de octubre de 2019). Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República del Perú.
- Decreto Supremo 001-96-TR (26 de enero de 1996). Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo. Perú.
- Decreto Supremo 003-97-TR (27 de marzo de 1997). Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Perú
- Ley 27785 (23 de julio de 2002). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. Perú.
- Ley 27240 (23 de diciembre de 1999). Ley que otorga permiso por lactancia materna. Perú.

