CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA: DESNATURALIZACIÓN DEL CONTRATO LABORAL POR INCREMENTO DE ACTIVIDADES

Permanencia de los trabajadores 728 temporales de la CGR[1]

José María Pacori Cari[*]

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 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

Sumario: 1. Interpretación favorable al empleado público en caso de duda - 2. Contrato por inicio o incremento de actividad - 3. Duración de la contratación por incremento de actividades - 4. Control concurrente como proceso permanente - 5. El incremento de las actividades ya existentes debe ser incierto

Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi[2]. Por el principio de continuidad laboral se presume que la contratación laboral es indeterminada, permanente y continua, salvo la determinación de una causa objetiva de contratación temporal que motiva un contrato sujeto a modalidad. *Ergo*, la contratación laboral temporal es excepcional, siendo la contratación laboral indeterminada la regla general. De esta manera, la contratación laboral temporal en la Contraloría General de la República motiva la verificación de la causa objetiva de contratación con la finalidad de evitar la simulación o fraude laboral, *verbi gratia*, en las Bases del Concurso Público de Méritos Nro. 01-2023-CG se establece como modalidad de contratación laboral la siguiente:

"La/El postulante que como resultado del proceso de selección del Concurso Público de Méritos haya accedido a una plaza vacante, se vinculará a la Contraloría General de la República, bajo el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ***mediante 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 D.L. 728, dentro del marco de la Ley N° 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente****" (el resaltado es nuestro).*

[1] **Pacori Cari**, José María (2025). Contraloría General de la República: Desnaturalización del contrato laboral por incremento de actividades. Permanencia de los trabajadores 728 temporales de la CGR. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen VII, marzo 2025, pp. 07-12. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.

[*] El autor es abogado especialista en Derecho del Trabajo en el Perú. Contacto: corporacionhiramsl@gmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

[2] "Cada uno tiene el deber de trabajar y el derecho a obtener un empleo." (*Préambule de la Constitution française de 1946*)

Conforme a esto, sustentados en el principio *in dubio pro-operario*, analizaremos la contratación temporal por incremento de actividades y el control gubernamental concurrente previsto en la Ley 31358 para determinar la existencia de desnaturalización de un contrato laboral determinado por un contrato de trabajo indeterminado.

1. Interpretación favorable al empleado público en caso de duda
El artículo IV, inciso 8), de la Ley 28175 – Ley Marco del Empleo Público – establece

"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****" (el resaltado es nuestro).*

De la lectura de esta disposición, podemos establecer la siguiente norma jurídica aplicable a la relación de empleo público que incluye a las relaciones laborales estatales bajo el régimen laboral privado del Decreto Legislativo 728:

"En las relaciones individuales del empleo público rige la interpretación más favorable al trabajador en caso de duda"

De esta manera, el análisis que se realice de las disposiciones que a continuación se mencionen se sustentará en interpretaciones favorables al trabajador estatal 728 en caso de duda.

2. Contrato por inicio o incremento de actividad
El artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728 – Decreto Supremo 003-97-TR – define el **contrato por incremento de actividad** en los siguientes términos:

"El contrato temporal por inicio de una nueva actividad es aquel celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años".

A continuación, el segundo párrafo del artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo 728 – Decreto Supremo 003-97-TR – establece lo que se entiende por **nueva actividad** al indicar:

"Se entiende como nueva actividad, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o ***el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa****" (el resaltado es nuestro).*

De estas disposiciones laborales podemos establecer la siguiente norma con relación a los contratos laborales por incremento de actividad:

El contrato temporal por incremento de actividad es el contrato temporal celebrado entre un empleador y un trabajador por el incremento de las actividades ya existentes dentro de la misma empresa con una duración máxima de tres (3) años.

Esta definición nos permite establecer que el incremento de actividades ya existentes dentro de la misma empresa debe ser **incierto** al establecerse un plazo máximo de duración de tres

(3) años, por lo que, si el incremento de actividades es **cierto**, no podría estar sujeto a un plazo contractual, pasando a ser un contrato de trabajo indeterminado.

3. Duración de la contratación por incremento de actividades
El considerando décimo de la Casación Laboral 48275-2022 Lima indica:

"10. En este sentido, la duración de la contratación laboral temporal vinculada al incremento de actividades, no pueden ser determinadas de manera arbitraria por el empleador; sino, que ***la temporalidad de la contratación debe estar vinculada a la consolidación y continuidad en el funcionamiento de la Empresa, luego de iniciada****. Así, por ejemplo, cuando la empresa fundada, ha superado los riesgos que supone el inicio y en consecuencia ha consolidado su funcionamiento, son innecesarios o ajenos a la finalidad de este contrato la celebración de contratos temporales. Sin embargo, en cualquier caso, la contratación laboral por esta modalidad no puede exceder de los tres años" (el resaltado es nuestro).*

De este modo, tenemos que la temporalidad de la contratación por incremento de actividades debe estar vinculada a la consolidación y continuidad en el funcionamiento de la Contraloría General de la República, luego de iniciada. De tal manera, si la CGR supera los riesgos que supone el incremento de actividades consolidando su funcionamiento, son innecesarios los contratos por incremento de actividades.

4. Control concurrente como proceso permanente
Con fecha 16 de noviembre de 2021 se publicó la Ley 31358 – Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente – cuyo objeto está previsto en el artículo 1.1 que indica

"La ejecución de inversiones que genere el desembolso de recursos públicos y/o garantías financieras o no financieras por parte del Estado, lo que incluye a las obras públicas, las inversiones mediante los mecanismos de obras por impuestos y asociaciones público privadas u otros mecanismos de inversión, a cargo de los pliegos del gobierno nacional, regional y local, entidades de tratamiento empresarial, empresas públicas en el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), fondos y toda entidad o empresa bajo el ámbito del Sistema Nacional de Control, cuyos montos superen los S/ 5 000 000,00 (cinco millones y 00/100 soles), ***son objeto de control concurrente por parte de la Contraloría General de la República****" (el resultado es nuestro).*

Conforme a esta disposición, son objeto de control concurrente por parte de la Contraloría General de la República la ejecución de inversiones a cargo de los pliegos estatales cuyos montos superen los S/ 5 000 000,00 (cinco millones y 00/100 soles).

Por su parte, el control concurrente, al lado de la visita de control y orientación de oficio, es un servicio de control simultáneo definido en el numeral 6.1 de la Directiva 016-2023-CG/GMPL que indica:

*"****Control concurrente: Es la modalidad de servicio de control simultáneo que se realiza a modo de acompañamiento sistemático y multidisciplinario y tiene por finalidad, realizar la evaluación, a través de la aplicación de diversas técnicas, de un conjunto de hitos de control pertenecientes a un proceso en curso, de forma ordenada, sucesiva e interconectada****, con el propósito de verificar si las actividades sujetas a revisión*

han sido realizadas conforme a la normativa aplicable, las disposiciones internas, estipulaciones contractuales u otras análogas que le resulten aplicables, e identificar, de ser el caso, la existencia de situaciones adversas que afecten o puedan afectar la continuidad, el resultado o el logro de los objetivos del proceso, y comunicarlas oportunamente a la entidad o dependencia a cargo del proceso, a efecto de que se adopten las acciones preventivas o correctivas que correspondan" (el resaltado es nuestro).

Conforme a lo anterior, **al ser el control concurrente, control gubernamental constituye un proceso integral y permanente** conforme al segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República - que indica:

"El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes. ***El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente****" (el resaltado es nuestro).*

Conforme a esto, tenemos que la temporalidad de la contratación por incremento de actividades debe estar vinculada a la consolidación y continuidad en el funcionamiento de la Contraloría General de la República, luego de iniciada. De tal manera, si la Contraloría superó los riesgos que supone el incremento de actividades consolidando su funcionamiento son innecesarios los contratos por incremento de actividades, siendo que la celebración de estos contratos hasta la actualidad se encuentra desnaturalizada.

La determinación permanente del control gubernamental concurrente hace inválidos los contratos temporales por incremento de actividad al verificarse que los servicios contratados por control concurrente corresponden a actividades ordinarias y permanentes, situación que encuentra fundamento en el sexto considerando "validez de los contratos para inicio o incremento de actividad" de la Casación Laboral 18862-2022 Lima que indica

"Para la validez de este tipo de contratación sujeta a modalidad, es preciso que se consigne de forma expresa, como requisitos esenciales, el objeto del contrato; esto es, explicar en razones objetivas, los motivos y la duración que dan origen a la contratación; o, en su defecto, la condición que determine la extinción del contrato de trabajo. Sin embargo, si el trabajador contratado temporalmente demuestra que el contrato se fundamentó en la existencia de simulación o fraude a las normas laborales, operará la desnaturalización del mismo. ***También ocurre lo mismo si se verifica que los servicios a contratar corresponden a actividades ordinarias y permanentes; y, cuando, para eludir el cumplimiento de normas laborales, que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, el empleador aparenta o simula las condiciones que exige la ley para la suscripción de contratos de trabajo sujetos a modalidad****, cuya principal característica es la temporalidad" (el resaltado es nuestro).*

5. El incremento de las actividades ya existentes debe ser incierto

En el Dictamen de insistencia, recaído en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a la autógrafa de la ley que establece medidas para la expansión del control

concurrente (Proyecto de Ley 138/2021-CR) en el título "2. El control concurrente funciona" indica lo siguiente

"La incidencia por la corrupción e inconducta funcional 2020 en inversiones públicas se ha reducido con respecto al 2019. En general, tenemos una reducción de 8.4% por todos los niveles de gobierno, particularmente en las obras del gobierno nacional, con una caída de 19.4% (que han tenido acompañamiento de Contraloría, como Juegos Panamericanos, RCC, etc.). Además, la mayoría de las regiones ha comenzado a presentar un retroceso, aunque en menor medida que el gobierno nacional; lo cual se atribuye, entre otros, al incremento de la cobertura del control gubernamental, particularmente de la nueva modalidad de acompañamientos sistemático y multidisciplinario del control concurrente. Sobre este último, un reciente estudio sobre el acompañamiento realizado a través de esta modalidad de control a las intervenciones del Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios -PIRCC desde 2017 a la fecha, identifica mediante un análisis de costo-beneficio y una evaluación de impacto que por cada nuevo sol invertido en el control concurrente el retorno es de un beneficio de 6 nuevos soles, y que existe un ahorro de 4.9% respecto del monto actualizado de inversión de proyectos similares que no tuvieron control concurrente, respectivamente. ***Situación que evidencia que la aplicación del control concurrente reduce los costos de la inversión pública, generando un ahorro al Estado, además de garantizar su calidad****" (el resaltado es nuestro).*

Al indicarse que la aplicación del control concurrente reduce los costos de la inversión pública generando ahorro al Estado, nos permite afirmar la existencia de una actividad estatal cierta y permanente, en efecto, la utilización válida del contrato de trabajo temporal por incremento de actividades implica el carácter incierto de las actividades incrementadas a las ya existentes, caso contrario corresponde declarar la desnaturalización del contrato temporal, conforme se indica del noveno considerando de la Casación 2311-2021 Arequipa que indica:

"El Tribunal Constitucional en el expediente N° 0156 7-2017-PA/TC, fundamento décimo, respecto a los contratos de incremento de actividad, ha precisado que: "la modalidad de incremento de actividad permite la contratación temporal de personal para realizar labores que pueden corresponder al giro principal del negocio, pero para atender un incremento temporal de éstas". ***De ahí que, la principal característica de este tipo de contratación es que estas nuevas actividades o el aumento de las ya existentes, deban tener un carácter incierto, motivo por el cual, solo pueden tener un periodo máximo de tres años****" (el resaltado es nuestro).*

Conclusión

En conclusión, la existencia funcional del control concurrente desde noviembre del año 2021 con la publicación de la Ley 31358 – Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente – elimina el probable carácter incierto de esta actividad estatal permanente y continua, generando la desnaturalización de los contratos laborales que indebidamente hayan indicado la causa objetiva de incremento de actividades.

Referencias

- Casación Laboral 18862-2022 Lima (30 de mayo de 2023). Reposición laboral y otros. Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.
- Casación Laboral 48275-2022 Lima (28 de junio de 2023). Desnaturalización de contrato y otros. Perú: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.
- Decreto Supremo 003-97-TR (27 de marzo de 1997). Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Perú.

- Dictamen de insistencia, recaído en las observaciones formuladas por el Presidente de la República a la autógrafa de la ley que establece medidas para la expansión del control concurrente (Proyecto de Ley 138/2021-CR) (03 de noviembre de 2021). Perú: Comisión de Fiscalización y Contraloría Periodo Anual de Sesiones 2021-2022.
- Directiva 016-2023-CG/GMPL (14 de diciembre de 2023). Directiva externa que establece disposiciones complementarias de la Ley 31358, Ley que establece medidas para la expansión del control concurrente. Perú.
- Ley 28175 (19 de febrero de 2004). Ley Marco del Empleo Público. Perú.