



UDH
UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
<http://www.udh.edu.pe>

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Escuela de Post Grado

MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

**ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS TEMPORALES EN
LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ESTADO-2014**

**Tesis para optar el Grado Académico de
Magister en Derecho
Mención Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**

**Autor:
Eli CARBAJAL ALVARADO**

**Huánuco – Perú
2015**

DEDICATORIA

A mi familia por la semilla de superación que han sembrado en mí, a mi esposa e hijos por su apoyo emocional y estímulo.

AGRADECIMIENTO

Agradecer a nuestro señor todo poderoso por darme la vida y superación.

A mis maestros de esta prestigiosa universidad de Huánuco por iluminarme intelectualmente.

A mi asesor Dr. Lenin Alvarado Vara, por darme la oportunidad de introducirme al mundo de la investigación, contagiarme su interés hacia la misma y ofrecerme confianza, cercanía, apoyo y dedicación a la dirección imprescindible de todo este proceso de investigación.

INDICE	Pág.
DEDICATORIA.....	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT	iv
PRESENTACIÓN.....	xiii

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:.....	16
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	23
1.2.1.Problema General.	23
1.2.2.Problemas Específicos.....	23
1.3. RELEVANCIA TEÓRICA, TÉCNICA Y ACADÉMICA	24
1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROPÓSITO DEL PROBLEMA	26
1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	31
1.5.1.Antecedente Extranjeros.	35
1.5.2.Antecedente Nacionales.	35
1.5.3.Antecedente local.....	35
1.6. OBJETIVOS	36
1.6.1.Objetivo General.....	36
1.6.2.Objetivos Específicos	36

CAPÍTULO II REFERENCIA TEORICA Y CONCEPTUAL

2.1. ANTECEDENTES TEORICOS:	37
2.2. MARCO CONCEPTUAL Y ASPECTOS TEÓRICOS	42
2.2.1.La inestabilidad laboral	42
2.2.2.La inestabilidad laboral y su impacto psicológico	43
2.2.3.Estabilidad laboral y contratos temporales: de la complementariedad a la contradicción	47
2.2.4.Los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo	53
2.2.5.La contratación indefinida como regla constitucional y el derecho al trabajo	57
2.2.6.Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad.....	61

2.2.7. Contrato de obra determinada y servicio específico.....	64
2.2.8. El contrato por necesidades del mercado.....	68
2.2.9. Contrato Ocasional.....	74
2.2.10. Contrato de Suplencia.....	77
2.2.11. Contrato de Emergencia.....	82
2.2.12. Los contratos temporales desvirtuados.....	87
2.2.13. Contrato por inicio o incremento de actividad.....	89
2.2.14. Contrato por reconversión empresarial.....	92
2.2.15. Contratos de industrias exportadoras de productos no tradicionales y de zonas francas.....	94
2.2.16. Definición de la presunción y ámbito de actuación.....	97
2.2.17. La prueba en contrario.....	100
2.2.18. La preferencia sobre el fraude de ley.....	101
2.2.19. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad y la continuidad de servicios.....	106
2.2.20. ¿Desde cuándo se transforma el contrato sujeto a modalidad en indefinido?.....	111
2.3. DEFINICIONES OPERACIONALES.....	189

CAPÍTULO III MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. MÉTODO, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	191
3.2. SISTEMA DE HIPÓTESIS, VARIABLES Y ESQUEMA DE DISEÑO ..	193
3.2.1. Hipótesis General:.....	193
3.2.2. Hipótesis Específicas.....	193
3.2.3. Diseño de Investigación.....	195
3.3. FUENTES, TÉCNICAS INSTRUMENTOS.....	193
3.4. COBERTURA DE LA INVESTIGACION (POBLACION Y MUESTRA) 1938	

CAPITULO IV DISCUSION DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACION DE RESULTADOS.....	198
4.2. ANALISIS Y ORGANIZACIÓN DE DATOS.....	198

CAPÍTULO V
DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. VERIFICACIÓN O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	219
5.2. NUEVOS PLANTEAMIENTOS	221

CAPITULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES	223
RECOMENDACIONES	224
FUENTES BIBLIOGRAFICAS	2246

CUADROS ESTADÍSTICOS

CUADRO N°01. Reincorporación laboral por tipo de despido lesivo de derechos fundamentales.....	199
CUADRO N°02. Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales	201
CUADRO N°03. Sentencias a favor y en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibirán todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales.	202
CUADRO N°04: Tipo de despido lesivo que genera el pago de remuneraciones dejadas de percibir.	204
CUADRO N° 05: La remuneración como consecuencia de la prestación efectiva de servicios o de la disposición de la fuerza de trabajo.	204
CUADRO N° 06: Naturaleza indemnizatoria restitutoria del pago de las remuneraciones dejadas de percibir.	209
CUADRO N ° 07. Análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración en la reincorporación laboral por despido lesivo.	212
GRÁFICO N° 08. Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.....	216

GRÁFICOS ESTADÍSTICOS

GRÁFICO N° 01. Reincorporación laboral por tipo de despido lesivo de derechos fundamentales.....	199
GRÁFICO N° 02. Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales.	201
GRÁFICO N° 03. Sentencias a favor y en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibir en todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales.....	203
CUADRO N°04. Tipo de despido lesivo que genera el pago de remuneraciones dejadas de percibir.	204
GRÁFICO N° 05. La remuneración como consecuencia de la prestación efectiva de servicios o de la disposición de la fuerza de trabajo.	207
GRÁFICO N° 06: Naturaleza indemnizatoria y restitutoria del pago de las remuneraciones dejadas de percibir.	210
GRÁFICO N° 07. Análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración (igualdad de trato remunerativo) en la reincorporación laboral por despido lesivo	213
GRÁFICO N° 08. Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.....	216

RESUMEN

Desde la última década y hasta la actualidad, los múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República y el Tribunal Constitucional han identificado la existencia de un conjunto de despedidos laborales que tienen como en común denominador la presencia directa de un motivo ilícito o inconstitucional en el cese ejecutado por el empleador respecto a la estabilidad laboral y contratos temporales. Despidos nulos (con causas expresas establecidos en la ley ordinaria) Despidos Encausados (sin innovación de causa justa). Despidos Fraudulentos (hechos falsos, imaginarios con engaño o fabricación de prueba) y despedidos con Vulneración del debido procedimiento y derecho a la defensa; los mismos al vulnerar la Constitución no pueden ser eficaces, pues quiebran el orden del Estado Constitucional y la paz social; lo que motiva la aplicación de un régimen jurídico peculiar en función a la trascendencia de los bienes constitucionales en juego: la nulidad del acto lesivo como mecanismo de tutela restitutoria, por la manifestación del principio protector o tutelar del derecho del trabajo.

Sin embargo, pese a la aplicación del derecho de tutela restitutoria en estos supuestos, no existe un enfoque pacífico respecto a la estabilidad laboral y los contratos temporales. Ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de la Corte Suprema de Justicia de la República tiene criterios unívocos para sustentar su admisión o rechazo. Pese a que en nuestro ordenamiento laboral si existe la estabilidad laboral, reservado aparentemente “despedidos arbitrarios”. Teniendo en cuenta estas

premisas, la presente investigación ha tenido como propósito abordar la cuestión atinente a la protección del trabajador frente a la estabilidad laboral y los contratos temporales y despido lesivo de sus derechos fundamentales, a partir de la Jurisprudencia Peruana.

Dada la cantidad y variedad de contratos temporales de trabajo existentes en la legislación laboral, este trabajo, se centró en analizar los principales contratos temporales de trabajo, tanto los de carácter general, tales como los contratos a plazo fijo y los por obra, faena o servicio como los especiales, los cuales sí cuentan con una regulación sistemática en nuestro Código, se trata de los contratos de artes y espectáculos, los de trabajadores agrícolas de temporada, los de los trabajadores portuarios eventuales y el de los deportistas profesionales y aquellas personas que desarrollen actividades conexas. Además de los mencionados también examinaremos como contrato de trabajo temporal especial, los contratos de servicios transitorios de trabajo y todo el aparataje que requiere para que su implementación sea legal.

ABSTRACT

In the last decade, and even today, multiples pronouncement of the Supreme Court of Justice of the Republic and the Constitutional Court have identified the existence of a set of dismissed labour are in common denominator presence directly an illegal motive or unconstitutional in the termination executed by the employer regarding job security and temporary contracts. Dismissal null (with express causes laid down in ordinary law) Despidos Encausados (without just cause innovation). Dismissals fraudulent (false, imaginary facts with deception or fabrication of test) and dismissals with violation of due process and right to defense; the same to violate the Constitution cannot be effective, as they break the constitutional State order and social peace; What motivates the application of a particular legal regime based on the significance of the constitutional game collateral: the nullity of the injurious act as mechanism of restitutoria supervision, by the manifestation of the principle protector or guardian of the right to work.
However, despite the application of the law of the restitutoria supervision in these cases, there is an approach Pacific regarding job security and temporary contracts. Or the jurisprudence of the Constitutional Court as the of the Supreme Court of Justice of the Republic has unambiguous criteria to support its admission or rejection. Despite the fact that in our labour law if there is job security, reserved apparently "arbitrary dismissed". Given these premises, this research has had as purpose address the issue pertaining to the protection of workers against job security and temporary contracts and damaging dismissal of their

fundamental rights, from the Peruvian jurisprudence.
Given the number and variety of existing labour legislation temporary work contracts, this work focused on analyzing main temporary work contracts, both of a general nature, such as fixed-term contracts and the work, task or service as the special, which do have a systematic regulation in our code, it's arts and entertainment contracts those of seasonal farm workers, the eventual dockworkers and the of professional athletes and those who develop related activities. In addition to the mentioned we will also examine as special temporary employment contract, transient service of labour contracts and all the apparatus that requires to make its implementation legal.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo aborda el tema de la Estabilidad Laboral y los contratos temporales de los Trabajadores de las entidades públicas del estado, los cuales por su condición especial de acceso a un puesto de trabajo basado en el elemento “temporal”, deben tener al margen del reconocimiento de sus derechos laborales, las condiciones claras para el inicio y término de su vínculo laboral.

Como parte fundamental de la presente investigación se desarrolló el concepto de estabilidad laboral, principios y clases, así como su regulación en nuestra legislación, siendo importante conocer también los antecedentes a lo largo de la historia en razón a que dicho concepto ha ido evolucionando y variando en el tiempo.

En la misma línea se desarrolló el concepto de trabajador de contrato temporal, cuya definición y derechos se encuentran establecidos en la ley N°728, ley de fomento del empleo, donde si bien se establece la forma de acceder a un puesto de trabajo, no se regula la forma del término del vínculo laboral teniendo en cuenta el elemento esencial de este tipo de trabajadores, como es la temporal.

La polémica de la estabilidad laboral de los trabajadores de contratos temporales, surge en los últimos años a raíz de los diferentes pronunciamientos que ha realizado el tribunal constitucional en sus diferentes sentencias en materia laboral, en las cuál es su criterio inicial era que los trabajadores de contrato temporal, podían ser despedidos por la causal de retiro, teniendo solo derecho a indemnización por despido arbitrario, mas no a la reposición, sin embargo con el tiempo dicho criterio ha ido variando en el sentido que el tribunal consideró que los trabajadores de contratos temporales que fueron promovidos a puestos de confianza, al retirarseles la confianza podían regresar a su puesto original, afín de que no se cometan abusos en los despidos por parte de los empleadores.

La hipótesis planteada en el presente trabajo está referida a que, Si el Estado garantizaría la estabilidad laboral entonces el principio Protector del Derecho Laboral no causaría indefensión en los trabajadores, lo cual ha originado que dicha situación llegue al máximo organismo constitucional, el cual ha ido expresando diferentes criterios de acuerdo a cada caso, poniéndose así en debate la estabilidad laboral de los trabajadores de contratos temporales.

Ante la hipótesis planteada, surgen las interrogantes como ¿De qué manera se debe garantizar la estabilidad laboral en los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano, 2014? ¿En qué medida se puede elaborar un padrón que refleje los contratos laborales temporales de entidades públicas de la Región Huánuco? ¿De qué manera se puede establecer la magnitud de la estabilidad laboral que están sujetos los actuales trabajadores de la Región Huánuco? ¿En qué medida se puede determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales?

El objetivo de este trabajo es determinar de qué manera se garantiza la estabilidad laboral en los trabajadores de confianza en los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano. Elaborar un padrón que refleje los contratos laborales temporales de entidades públicas de la Región Huánuco. Establecer la magnitud de la estabilidad laboral que están sujetos los actuales trabajadores de la Región Huánuco. Determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales, situación que ha Originado que el Tribunal Constitución al emita diversas sentencias referidas a la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, las mismas que han sido materia de cuestionamiento en razón a los diferentes criterios expresados para determinar la protección contra el despido por el retiro de la confianza que tienen este tipo de trabajadores, planteándose finalmente una propuesta de solución al problema.

Para la elaboración del estudio se utilizó el Método Deductivo con el que se analizó el marco normativo existente en materia de estabilidad laboral, así como la regulación de los trabajadores de contratos temporales y sus derechos en la legislación peruana, analizándose además los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a través de sus sentencias emitidas en relación a la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, posteriormente se identificaron los efectos y problemas generados, para concluir planteando una solución a los mismos.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

A pesar de que nuestra legislación vigente reafirma el principio de causalidad en la regulación de la contratación temporal (sólo se acude a este tipo de contratos para actividades estrictamente transitorias) en la regulación de cada uno de los tipos contractuales que permiten la contratación a plazo fijo se aprecia una marcada intención por promover este tipo de contratos regulándolos de manera amplia, sin vincularlos, en algunos casos y necesariamente, a la naturaleza transitoria o temporal de las actividades productivas que busca satisfacer el empleador.

La doctrina nacional ha efectuado innumerables críticas y grandes esfuerzos de interpretación para conciliar algunos contratos temporales con el principio de causalidad, tratando de encausar la

utilización de los diferentes tipos de contratos temporales conforme a dicho principio y para actividades estrictamente temporales. La jurisprudencia, en especial la del Tribunal Constitucional, se ha ocupado de fijar ciertos límites a la contratación temporal, recordándonos que el principio de causalidad se encuentra vigente en nuestra legislación. A pesar de ello, la utilización intensiva y creciente de este tipo de contratos ha ido en aumento en los últimos años planteándonos, desde la economía y el derecho, algunas respuestas para contener este uso intensivo.

La regulación laboral vigente en materia de contratación temporal recoge un importante número de figuras contractuales de diferentes características, utilizando muchas de ellas como instrumentos para la generación de empleo temporal.

De la información estadística tenemos que a nivel nacional el 20,1% del total de asalariados privados está contratado bajo alguna de las modalidades a plazo fijo (el 52,8% de estos trabajadores se concentra en la actividad de servicios) mientras que el 10,3% posee un contrato indefinido. Si comparamos los niveles de ingreso, apreciamos que el ingreso mensual promedio de los trabajadores a plazo fijo es de S/. 1 060 mientras que el de los trabajadores a plazo indefinido es de S/. 2 913, la diferencia es de casi el triple.

La utilización intensiva de este tipo de contratos ha traído consecuencias graves: alta rotación de mano de obra, bajos niveles de capacitación laboral, menores salarios en promedio, afectación a las organizaciones de trabajadores y perjuicios directos a los regímenes de protección social en salud y pensiones como veremos más adelante.

De las estadísticas proporcionadas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo apreciamos que en el año 2013 en Huánuco los contratos temporales más utilizados por los empleadores son el contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad con un 44,2%

sobre el total de contratos temporales registrados (regulado en el artículo 57º del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL-), el contrato por necesidades del mercado con un 19,9%, le sigue el contrato de promoción de exportaciones no tradicionales con un 16,3% (regulado por el Decreto Ley N° 22342) y finalmente el contrato para obra determinada o servicio específico con un 13,9% (regulado en el artículo 63º de la LPCL). Entre estos cuatro tipos de contratos se concentra un porcentaje que asciende al 94,2% de la contratación temporal en Lima Metropolitana.

Cabe precisar que los contratos temporales más representativos son a la vez los más criticados por la doctrina laboral por su, por decir lo menos, “dudosa” naturaleza temporal.

La contratación de un trabajador a plazo determinado responde a un criterio de causalidad, es decir, tienen por objeto la prestación de servicios que por su propia naturaleza sean temporales.

La regulación actual del contrato por inicio de actividades no responde a dicho criterio al incluir otros supuestos que exceden el de inicio de actividades (tales como el inicio de una nueva actividad empresarial, el incremento de las actividades y la apertura de nuevos establecimientos). En el mismo sentido, el plazo máximo de contratación de tres años fijado para este tipo de contratos aparece como excesivo y arbitrario no sujeto a razones objetivas que permitan fijar un tiempo promedio de duración de la “incertidumbre que suele acompañar el inicio de una nueva actividad empresarial”.

La extrema flexibilidad y los amplios supuestos que cobija la regulación de este tipo de contrato hacen que sea el más utilizado entre los contratos a plazo determinado. Tomando en consideración que la mayoría de las nuevas empresas en nuestro país tienen un horizonte de vida entre uno y dos años, en el debate del Anteproyecto de Ley

General del Trabajo, el MTPE propuso mantener dicho contrato restringiendo su utilización para la contratación de trabajadores por nuevas empresas que inicien sus actividades empresariales en el mercado así como por la apertura del primer establecimiento en una provincia distinta a aquélla en la que se inició la actividad empresarial. La causa de este tipo de contrato sería el riesgo empresarial al inicio de las actividades en el nuevo mercado. La propuesta del MTPE reducía el plazo máximo de este tipo de contratación a un año estableciendo que de continuar las actividades empresariales, y por tanto superado el riesgo empresarial, el contrato vigente debía continuar reputándose como uno a plazo indeterminado.

Contrato de promoción de la exportación no tradicional. Regulado por el Decreto Ley N° 22342, a la fecha ha cumplido casi 20 años de vigencia en nuestra legislación. El artículo 32° de dicha norma señala que la contratación dependerá de: (1) un contrato de exportación, orden de compra o documentos que la origina y (2) Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación. Las empresas podrán contratar personal eventual en el número que requieran y los contratos se celebrarán para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario.

Los contratos temporales celebrados al amparo de dicha norma, en un principio regulados por el marco normativo del Decreto Ley N° 18138 y ahora el régimen de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral-LPCL, están desvinculados del principio de causalidad. Tal y como lo han señalado diversos autores, este tipo de contratos no responden a necesidades temporales de la empresa sino a las permanentes, avalando incluso la fragmentación del proceso productivo permitiendo la contratación de trabajadores temporales según la cantidad de contratos de exportación que tenga la empresa con sus clientes. De

esta forma, el trabajador que prestó servicios para un lote de producción, no tiene ninguna garantía de ser contratado nuevamente para el siguiente aun cuando se trate del mismo cliente de la empresa exportadora

La naturaleza jurídica de este tipo de contratos temporales explica por sí sola su utilización intensiva.

Contrato para obra determinada o servicio específico. La doctrina coincide en señalar que la regulación de este tipo de contrato deja abierto un amplio campo para su uso arbitrario y desvinculado del principio de causalidad. Las críticas principales se centran en señalar que tal cual ha sido regulado a través del artículo 63 de la LPCL su naturaleza cuestiona la vigencia del principio de causalidad. La imprecisa definición que hace la LPCL de este tipo de contrato ha permitido, sino incentivado, su utilización preferente para la tercerización de servicios y la intermediación laboral para actividades especializadas y complementarias.

De esta forma, la duración del contrato de trabajo queda sujeta a la duración de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio a favor de la principal. La temporalidad del contrato queda así definida no tanto por la naturaleza de las labores que desarrolla la empresa tercerizadora o de intermediación, cuya actividad empresarial es de carácter permanente, sino por la temporalidad del contrato que une a esta con la principal.

Una vez concluida la ejecución del servicio o de la obra encargada, el contrato queda resuelto sin que nada garantice la posterior contratación del trabajador si se presentara una nueva obra o un nuevo servicio aún con la misma principal. El riesgo de la actividad se traslada fácilmente al trabajador generando un terreno fecundo para la rotación de personal y la actividad permanente de la empresa puede ser

fraccionada en función a los contratos que esta celebre con las principales.

La realidad peruana: el fomento del empleo temporal. El uso intensivo de los tres tipos de contratos analizados en el punto anterior corresponden a lo que la doctrina ha denominado como el “fomento del empleo temporal” a través del uso de contratos temporales “desvirtuados” o lo que la doctrina española ha denominado como “contratación temporal coyuntural”.

La contratación temporal coyuntural, es un instrumento válido de fomento del empleo de naturaleza temporal que al introducir una excepción a la vigencia del principio de causalidad (autorizando por ley la utilización de contratos temporales para actividades permanentes) debe estar justificado en la satisfacción de intereses de igual o mayor jerarquía que aquellos que se ven afectados con su utilización como política de fomento del empleo.

Por tratarse de una política que afectaría la estabilidad en el empleo (que forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo reconocido constitucionalmente) así como el ejercicio de otros derechos constitucionales vinculados a ella, su utilización deber estar sujeta a parámetros de razonabilidad: debe ser una política temporal (su aplicación en el tiempo debe estar sujeta a una evaluación de la medida de fomento introduciendo los correctivos necesarios, de convertirse en una política permanente sería desproporcionada y discriminatoria), debe estar orientada al logro de fines u objetivos constitucionalmente relevantes (focalizada en la protección o fomento del empleo de aquellos trabajadores que encuentran dificultades serias para insertarse en el mercado de trabajo como por ejemplo fomentar el acceso al empleo de personas con discapacidad, con mayores períodos de desempleo, entre otros criterios objetivos), y debe responder a un debate previo de los actores sociales involucrados.

Resulta ilustrativo lo ocurrido en la legislación laboral española: en los inicios de la década de los ochenta la contratación temporal fue utilizada como un instrumento de la política de fomento del empleo, siendo una política temporal, destinada a fomentar el acceso al empleo de aquellos trabajadores que mostraban mayores dificultades para insertarse en el mercado de trabajo, posteriormente y con el propósito de mantener un equilibrio entre lo individual y lo colectivo, el control de la utilización de este tipo de contratos y en otros casos la complementariedad de la regulación de los mismos fue encargada a las sujetos colectivos a través de la negociación colectiva, equilibrio natural en un escenario de flexibilización.

Hay que resaltar que en esta experiencia particular los actores sociales (representantes de trabajadores y empleadores) jugaban un rol destacado en la determinación de los objetivos de la política que el Estado asumiría, legitimando los cambios normativos y dotando al proceso de un control de la legislación.

Casi poco más de una década después, el camino iniciado desde principios de los años 80 tuvo que ser revertido a partir de una nueva definición de las reglas de la contratación temporal fijadas por los actores sociales luego de constatar que las políticas iniciales de contratación temporal para fomento del empleo, en principio pensadas como coyunturales, por su aplicación constante a lo largo de los años se habían convertido en medidas prácticamente estructurales generando un serie de perjuicios por todos conocidos en la mano de obra (diferencias en el nivel de protección de los trabajadores, desigualdades salariales, escasa calificación y capacitación de los trabajadores temporales, entre otros). De esta forma, los actores sociales creyeron conveniente restablecer el principio de causalidad (relacionando el uso de contratos temporales con la satisfacción de necesidades empresariales de naturaleza temporal) y fomentar la

contratación a plazo indefinido a través de una serie de incentivos para la celebración de este tipo de contratos.

La aplicación de la política de fomento del empleo temporal en nuestro Región Huánuco contrasta con la experiencia anterior en tanto ha estado desprovista de mínimos criterios de razonabilidad: la utilización de contratos temporales lleva más de una década desde la reforma laboral de principios de la década de los años 90 (en el caso de la utilización intensiva del contrato temporal de promoción de la exportación no tradicional su vigencia se remonta a la finales de la década de los años 70), no ha sido aplicada para fomentar el ingreso al mercado de trabajo de determinados grupos de trabajadores menos favorecidos sino que es una medida de alcance general y ha generado serias dificultades, en relación a los escasos beneficios en la generación de empleo, en el ejercicio de otros derechos de los trabajadores como veremos más adelante (negociación colectiva, remuneración digna y suficiente, estabilidad en el empleo como parte del derecho al trabajo).

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema General.

¿De qué manera se garantiza la estabilidad laboral en los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano?.

1.2.2. Problemas Específicos

PE1 ¿En qué medida se puede garantizar la estabilidad laboral en los contratos temporales de entidades públicas?

PE2 ¿Cuál es el fundamento jurídico-doctrinario que sustenta la validez del pago de las remuneraciones dejadas de

percibir, en la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales?

PE3 ¿De qué manera se puede establecer la magnitud de la estabilidad laboral del personal de confianza en las entidades públicas del estado Peruano?

PE4 ¿En qué medida se puede determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales?

1.3. RELEVANCIA TEÓRICA, TÉCNICA Y ACADÉMICA

La investigación se orienta a describir, precisar, esclarecer y analizar la nueva problemática que se viene planteando en la función de estabilidad laboral del trabajador, al estar desarrollando nuevas instituciones que contienen nuevas ideas y conceptos con respecto a los contratos temporales de trabajo del conocimiento globalizado, donde el Derecho debe partir de la codificación del espacio, tiempo y las cosas que conllevan nuevos conceptos del trabajador, haciéndolos más seguros y confiables a través de la estabilidad laboral y de comunicación que se viene dando y que regirá en el futuro no muy lejano en la sociedad y el Derecho.

Relevancia Teórica.- La investigación sobre el estabilidad laboral y los contratos temporales tiene relevancia teórica porque es una primicia importante en la literatura jurídica del país, pues, en ninguna biblioteca jurídica local, regional o nacional existe, o no se encuentra ningún tratado sobre estabilidad laboral, y menos su relación con la institución constitucional de seguridad jurídica, pues, el estudio de los contratos temporales del trabajador, no es la alusión sobre la conducta o responsabilidad del estado sucede en el Perú la estabilidad laboral es una segunda instancia, sino, trata de una conducta funcional de carácter administrativo y la responsabilidad emergente, no es de

carácter solidario sino individual a pesar que actúa como integrante de un órgano del estado. Asimismo, la relación de la estabilidad laboral y los contratos temporales del trabajo es de invaluable envergadura, pues, siendo la seguridad jurídica casi un sinónimo de justicia, equidad y bien común, la propuesta debe tener los alcances eficaces para no lesionar a los trabajadores conceptos de justicia equidad y bien común.

Relevancia Técnica.- La investigación sobre estabilidad laboral y los contratos temporales tiene relevancia técnica, porque, la propuesta, en la Constitución Política del Perú de 1993, se incorpore la palabra Seguridad Jurídica en el Capítulo de los Garantías Constitucionales del ciudadano establecido en el art. Segundo, ya que, todas las afirmaciones sobre derechos fundamentales de la persona no alcanzan su plenitud, pues, falta como garantía escrita en el Código Político del Estado Peruano respecto de sus ciudadanos, precisamente, la seguridad jurídica entendida como la ejecución completa y a plenitud todos los derechos fundamentales de la persona y la sociedad organizada. Circunstancia que será resuelta cuando en nuestra Constitución se incorpore literalmente, a la expresión “seguridad jurídica”, como lo hace el artículo de la constitución Política del Gobierno Español.

Relevancia Académica.- La investigación sobre el la estabilidad laboral y los contratos temporales tiene relevancia académica, porque a partir de la sustentación de nuestra tesis, nuestra Universidad de Huánuco, podrá en su Facultad de derecho Y Ciencias Políticas difundir, el concepto de estabilidad laboral y los contratos temporales como una Institución de carácter constitucional, tan importante como parte insustituible de las garantías fundamentales de la persona humana, pues, dicha institución ha sido omitido su incorporación al parecer por fines políticos del gobierno de turno en la fecha de promulgación de la Constitución política de 1993, precisamente, para no respetar las normas legales y constitucionales, tal como ocurrió con

la modificación de los artículos sobre reelección presidencial en 2005, pues, si la constitución política tuviera esa expresión de seguridad jurídica, nadie puede manipular el Código Político a su antojo y conveniencia personal, sino que todas las normas legales y constitucionales si existiese la expresión seguridad jurídica se mantendrían sin alteración ni modificación, por tanto, con la seguridad jurídica existe estabilidad jurídica, y sin la seguridad jurídica la sociedad afronta una inseguridad jurídica y una inflación legal al antojo de quien gobierna sin los planes gubernamental, sino a lo que convenga mejor a sus intereses políticos o de grupo. Siendo así la relevancia académica es desde ya apremiante.

1.4. PLANTEAMIENTO DEL PROPÓSITO DEL PROBLEMA

El objetivo de este trabajo consiste en proponer y examinar empíricamente un modelo conceptual sobre las relaciones entre el malestar debido a inestabilidad laboral y distintas características psicológicas, comúnmente mencionadas en la literatura específica como relevantes, que dan cuenta del posible impacto psicológico que este estresar psicosocial conlleva.

Las evidencias empíricas observadas en investigaciones previas y las relaciones que se deducen de la teoría interactiva del estrés (Lazarus y Folkman, 1984; Leibovichde Figueroa y Schmidt, 2004) nos llevaran a proponer un modelo conceptual basado en ellas. Sin embargo, este modelo conceptual nos mostrara un adecuado ajuste a los datos. A partir de las relaciones observadas entre las variables en esta muestra, se propondrán modelos alternativos, dos de los cuales presentaron buenos índices de ajuste. Para ambos modelos, los resultados indicaran que el malestar debido a inestabilidad laboral tiene efectos directos y positivos sobre el grado de tensión y de enojo que percibe la persona. Este resultado es coherente con hallazgos previos, en los que queda documentado cómo la percepción de inestabilidad laboral se

asocia consistentemente en los trabajadores con mayores niveles de tensión (Armstrong-Stassen y Fuchs, 1993; DeWitte, 1999; Leibovich de Figueroa, 2006; Leibovich de Figueroa, et al., 2007; Leibovich de Figueroa, et al., 2009).

También para ambos modelos, la tensión personal media la relación entre el malestar por inestabilidad laboral y la satisfacción y desesperanza que refieren los trabajadores. La percepción de inestabilidad laboral presenta entonces un efecto indirecto y negativo sobre la satisfacción general de la persona e indirecto pero positivo, sobre la desesperanza con respecto al futuro.

Las diferencias entre los dos modelos derivaran de la inclusión de los recursos personales como mediadores de la relación entre el malestar debido a inestabilidad laboral y el impacto psicológico. En el Modelo 2, los recursos personales no son mediadores relevantes, y se observara una relación directa y negativa entre el malestar por inestabilidad laboral y la satisfacción; mientras que en el Modelo 3, son los recursos personales los que median esta relación. Es decir, el mayor malestar por inestabilidad, laboral reduce el grado de satisfacción que perciben los trabajadores debido a que disminuyen recursos personales, tales como el autocuidado, las actividades de recreación o el apoyo social percibido. Si bien este último modelo permitirá incluir todas las variables propuestas en el Modelo conceptual, resultara menos parsimonioso y el ajuste será significativamente inferior al del modelo anterior.

El modelo empírico del Análisis de Senderos nos mostrara que la tensión personal ocupara un lugar central en el mismo, por su rol mediador con respecto a las satisfacciones, y la desesperanza. La Tensión Personal aparecerá como una variable que deberá ser tomada en cuenta en programas de intervención para la reducción de los efectos del malestar por inestabilidad laboral. Por su parte, si bien el

malestar también se asocia con el enojo éste no cumple un rol mediador con otras respuestas. Entonces una intervención focalizada sobre el rasgo de enojo sólo modificaría el estado emocional, mientras que una intervención focalizada en la modificación de la tensión personal influiría sobre el enojo, pero a su vez sobre la desesperanza, la satisfacción y los recursos personales.

La regulación del tema de la estabilidad laboral en la Constitución Política de 1993, es muy diferente a la Constitución de 1979.

En la Constitución de 1979, se reconoce el derecho a la estabilidad laboral, así se tiene en el artículo 49º lo siguiente:“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa ajena, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

Es decir, la constitución de 1979, no sólo contempla la estabilidad de salida, sino también comprende la estabilidad de entrada, es decir su regulación es completa. Tal como también lo indica Jorge Toyama refiriéndose a los derechos individuales de los trabajadores de la Constitución de 1979, expresa, “conviene anotar que la Constitución reconocía la dos modalidades estabilidad laboral: la de entrada y la salida.”.

Por su parte la actual Constitución de 1993, expresa en su artículo 27º, “la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario“.

Conforme se aprecia, el constituyente del año 1993, sólo considero importante regular constitucionalmente la estabilidad de salida, dejando desprotegida la estabilidad de entrada, eso no significa que la ley no la regule, si lo hace, lo que pasa es que prevalecerá más un contrato de trabajo eventual, plazo fijo, que la de plazo indeterminado.

La Constitución de 1993, ha morigerado la expresión, indicando que ésta se ha dado en dos formas, siendo la primera que no menciona explícitamente la estabilidad y en la segunda la referida a la frase que el trabajador gozará de adecuada protección contra el despido arbitrario, y que la ley debe explicar los alcances de dichos conceptos.

El año 2004, surgió una larga polémica en el ambiente académico laboral como en entes representativos de las organizaciones de los trabajadores y empleadores, y el punto fue a consecuencia de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional

En si fue un proceso de amparo interpuesto por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú en contra de las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Holding. S.A. fue con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, por cuanto hay un plan de despido masivo contenido en un Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la Empresa Telefónica del Perú. S.A.A. sostienen que se han vulnerado los siguientes derechos constitucionales: a la igualdad ante la ley. Al debido proceso. A la legítima defensa. Al trabajo la libertad sindical la tutela jurisdiccional efectiva.

Particularmente el fundamento 12 de dicha sentencia está referido al trabajo. El Tribunal Constitucional indica, “Cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un en cargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional...”.

Lo que en si plantea el Tribunal Constitucional es que se debe respetar el contenido esencial del derecho del trabajo, la misma que significa

como tener acceso a un puesto de trabajo y derecho a no ser despedido sin justa causa.

Es decir no puede haber despido sin causa, sin motivo, sin contenido, por ello cuestiona abiertamente al artículo 34º del D.S. 003-97-TR, cuando se refiere la norma en el segundo párrafo “ el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de indemnización..”, expresa el Tribunal Constitucional, que no basta que el legislador haya señalado que es un despido arbitrario, y una de las modalidades sea que el empleador despida a un trabajador sin causa, incausadamente, y el trabajador busque su reparación pidiendo una indemnización frente a la actitud del empleador, si no que se debe respetar el derecho del trabajo, porque esa norma referida al artículo 34º de la ley citada es contradictoria con el artículo 22º de la carta magna, es incompatible con la Constitución. Es por ello que dispone en su fallo la inaplicabilidad del artículo 34º segundo párrafo del T.U.O. del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por ello ordena el TC. La reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidos, y se abstenga de seguir

En si la estabilidad laboral de salida, debe protegerse en todo momento, tanto a los trabajadores que estén en el régimen laboral privado o público o los regímenes especiales, el cese unilateral de la relación laboral por parte del empleador, denominado despido, la misma universalmente la tendencia aceptada es que sea CAUSAL, además esta causal debe ser una causa justa de despido, lo que en la legislación laboral privada peruana , señala que la misma debe ser en la conducta o capacidad del trabajador, previo a un procedimiento de despido, en la cual el trabajador tenga conocimiento de los hechos y ejerza su derecho de defensa.

1.5. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

Que efectuado la revisión tanto en las bibliotecas ordinarias como virtuales, el proyecto de investigación presenta el siguiente antecedente:

1.5.1. Antecedentes Extranjeros

AZUAJE, Héctor. EL PROCESO ADMINISTRATIVO DE LA ESTABILIDAD LABORAL A LA LUZ DE LA LEGISLACION COLOMBIANA Y VENEZOLANA. Universidad "Arturo Mechelena". Venezuela.

CONCLUSIONES

1. Luego del análisis se puede opinar que por ser Venezuela el país donde se desarrolla la presente comparación se debe decir entonces que nuestras legislaciones no son pobres, más bien son sustentada en una riqueza en la normativa, lo lamentable del caso, es que nuestras instituciones públicas en muchas ocasiones no ayudan y apoyan para el fiel cumplimiento de las mismas, algo que en otros países donde sus normativas son más confusas y hasta más pobres son menos susceptibles a irrumpirlas ya que sus instituciones y órganos vigilantes de cumplirlas la interpretan de tal manera que son difíciles de infringir.

No puede obviarse que las leyes también destacan el derecho al trabajo y la responsabilidad que los tienen Estados en procurar fuentes de empleo o las condiciones económicas para que esto ocurra, pero más allá del contenido jurídico, el cual es amplio, está el campo administrativo e incluso el desempeño individual que también tienen relación directa con el concepto de estabilidad laboral que ocupa a este artículo. Resulta incompleto suponer que la estabilidad laboral depende de manera exclusiva de la responsabilidad que tienen los

empresarios de asegurarse que los despidos habrán de hacerse únicamente en circunstancias justificadas o de la tenencia o no del empleo por parte de los trabajadores; esto ocurre, sencillamente porque ninguno de los dos elementos anteriores ofrece una verdadera garantía de estabilidad.

En otras palabras, la estabilidad laboral debería ser entendida como la responsabilidad compartida que posee tanto el patrono como el empleado o el candidato de asegurar su participación efectiva en el ambiente laboral mientras ambas partes garanticen la adición de valor a los procesos, productos o servicios que ofrezcan o generen.

2. En cuanto a la diferencia de las legislaciones se obtuvo que, la estabilidad laboral en Venezuela, se encuentra estipulada tanto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 87, donde dice que toda personas tiene derecho al trabajo y el deber de trabajar, asimismo en el artículo 93, garantiza la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, como en la Ley Orgánica del Trabajo de nuestro país, en los artículos 112 y siguientes, donde especifican los procedimientos administrativos cuando se incumple este derecho que gozan los venezolanos.

En cuanto, a Colombia, se puede decir que la Carta Magna denominada Constitución Política de Colombia, señala en su Artículo 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas, siendo este una especificación más exacta que la que reza en la Constitución venezolana, asimismo se encuentra que los Estatutos del Trabajo,

denominado así la ley que rige dicha materia en Colombia, se encuentra la estabilidad laboral de una manera superficial, donde no indica el proceso administrativo para hacer cumplir dicha disposición, siendo este una falta para la norma colombiana.

3. En referencia a la similitud de las Normas aquí estudiadas y puestas en práctica, se evidencia que se encuentran desarrolladas para proteger al trabajador, donde en ambas se plantea una responsabilidad compartida, pues tanto de la empresa como el empleado o de los candidatos, están llamados a generar la ansiada estabilidad, pues cada uno de ellos debe ofrecer al otro lo que se espera de él sin condicionarlo a otra cosa que no sea la generación de valor.

Para finalizar se debe decir, entonces que habrá estabilidad siempre y cuando exista una fuente que se encargue de generar empleo, de lo contrario ni los que se encuentren laborando podrán considerarse estables, pues si el entorno afecta a la empresa ellos no sólo perderían sus empleos sino que no tendrían garantía de recuperarlo, salvo que su condición de empleables les otorgue el atractivo correspondiente para ese mercado que está en busca de talento sin las restricciones subjetivas presentes en el mercado de hoy.

1.5.2. Antecedentes Nacionales

MAMANI CHOQUEMAMANI, Yolanda y otros.
CONSIDERACIONES POR LAS QUE LOS CONTRATOS
MODERNOS DEBERÍAN TENER LEGISLACIÓN PROPIA EN
EL PERÚ, AREQUIPA2010. Tesis Universidad Alas Peruanas.
Filial Arequipa.

CONCLUSIONES

1) Los contratos atípicos son aquellos que no poseen regulación legal propia, así mismo agrega que la labor de creación de nuevas figuras contractuales no pueden en verdad ir muy lejos de los ordenamientos jurídicos desarrollados.

2) Los esquemas legales existentes, son insuficientes en el Perú ya que en estos contratos modernos se van introduciendo en ellos prestaciones o nuevos pactos que desnaturalizan los contratos típicos o los desfiguran para servir a fines distintos total o parcialmente de los previstos por el legislador, o combinan dos o más tipos de los conocidos con ese mismo objetivo.

3) El contrato atípico presenta el problema de la normativa que le debe ser aplicada; compartimos esa posición a su vez se añade que debe tener en cuenta su solución que pasa necesariamente como cualquier supuesto contractual, por la previa fijación del fin u objeto que los contratantes ha perseguido con su celebración, ya que al hallarnos en transformaciones de la economía mundial, la cual obliga a las empresas a buscar mecanismos que les permitan desarrollarse y expandirse rápidamente, a fin de poder si concursar en un mercado cada día más competitivo.

4) Un contrato es atípico, cuando no cuenta con una regulación legal propia, a tal efecto tendrá que permitirse a normas de

orden supletorio, en el caso de nuestro país en las enmarcadas en el Código civil; por tanto es menester exponer lo establecido por el artículo IX del título preliminar del compendio normativo, las disposiciones del código civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean compatibles con su naturaleza

Monografías con economía. ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU. Licenciatura a Distancia.

CONCLUSIÓN

Es indispensable que la Ley, a través de la cual el Estado garantiza la estabilidad laboral, debe adecuarse a nuestra realidad socioeconómica que, al ser aplicada traiga consigo el desarrollo de la misma, para tal efecto, es necesario que la Ley en mención garantice el equilibrio del ejercicio de los derechos y obligaciones del empleador y del trabajador, sancionando el incumplimiento según corresponda, garantizando la producción y productividad eficientes en beneficio del desarrollo socioeconómico para alcanzar la paz social.

El hombre tiene derechos y obligaciones para consigo mismo y para con la sociedad, entonces se debe desplegar esfuerzo físico e intelectual en beneficio de sí mismo y de la sociedad. La sociedad y el Estado deben garantizarle a través de mecanismos socio-económicos y jurídicos que permiten eliminar el desempleo y subempleo.

1.5.3. Antecedente local.

Hemos visitado las bibliotecas de los centros superiores de estudio que brindan profesionalización en Derecho y no hemos encontrado antecedentes investigatorios sobre el problema

seleccionado. Consecuentemente, la tesis que se formula es, hasta el momento el primero en su género.

1.6. OBJETIVOS

1.6.1. Objetivo General

Determinar de qué manera se garantiza la estabilidad laboral en los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano.

1.6.2. Objetivos Específicos

- OE1 Determinar en qué medida se puede garantizar la estabilidad laboral de los contratos temporales en las entidades públicas
- OE2 Establecer y analizar el fundamento que sustente la validez del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales.
- OE3 Proponer mecanismos para establecer la magnitud de la estabilidad laboral del personal de confianza en las entidades públicas del estado Peruano.
- OE4 Determinar en qué medida se puede determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales.

CAPÍTULO II

REFERENCIA TEORICA Y CONCEPTUAL

2.1. ANTECEDENTES TEORICOS:

Sin en afán de entrar a un análisis legal del mercado laboral en el Perú es necesario para los fines de nuestra investigación realizar una comparación entre las condiciones del mercado laboral de hoy día que cada vez se ve más vulnerable para la clase trabajadora abandonada por un Estado que responde a intereses de un grupo económico nacional y a una lógica capitalista internacional y el mercado laboral que surge como consecuencia de la constitución de 1979 y que gracias a la dictadura Fujimorista y a la complicidad de muchos sectores sociales fue erradicada de la peor manera.

En el capítulo V del artículo 42 al 57, la Constitución del 79 consagra los derechos y la defensa del Estado de la dignidad del trabajo en todas sus modalidades sin discriminación alguna; por eso es que

consideramos necesario tomar en forma literal el artículo 42 de la Constitución que dice:

El Estado reconoce al trabajo como fuente principal de la riqueza. El trabajo es un derecho y un deber social. Corresponde al Estado promover las condiciones económicas y sociales que eliminen la pobreza y aseguren por igual a los habitantes de la república la oportunidad de una ocupación útil y que los protejan contra el desempleo y el subempleo en cualquiera de sus manifestaciones.

En el artículo 43 la Constitución se refiere al derecho del trabajador en la siguiente forma. El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el desarrollo espiritual”

Así mismo en el artículo 44 se establece que:“La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales. Puede reducirse por convenio colectivo o por ley. Todo trabajo realizado fuera de la jornada ordinaria se remunera extraordinariamente.

Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal remunerado, vacaciones anuales pagadas y compensación por tiempo de servicios. También tienen derecho a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios que señala la ley o el convenio colectivo.

En el Artículo 48 la Constitución consagra algo que hoy se quiere terminar de vulnerar. El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobado.

Finalmente es necesario resaltar que en la Constitución del 79 en el artículo 57 se señala que: Los derechos reconocidos a los trabajadores son irrenunciables.

Como hemos podido observar en un rápido repaso de lo que la Constitución de 1979 democráticamente promulgada y comprometida con la clase trabajadora; reconoce al trabajo y por lo tanto al trabajador como el generador de riqueza de una nación, por lo tanto ampara y protege al trabajador del abuso que podría darse cuando se flexibiliza el mercado laboral bajo supuestos de competitividad, tal como sucediera en el fujimorato una dictadura vil que además de ser la más corrupta de toda la historia republicana de nuestro país, permitió la entrada del liberalismo económico a nuestro país y con ello se barrió los derechos de los trabajadores gracias al autogolpe del 05 de abril de 1992 y que permitió la conformación de un Congreso Constituyente Democrático que consagro la explotación del hombre por el hombre y que vulnero los derechos de miles de trabajadores y que hoy en día es causa fundamental de la precariedad del empleo y de la existencia cada vez más predominante del subempleo en el país.

Recordemos un poco algo de la cronología de nuestro desastre que obviamente continua al triunfo electoral en 1990 de Alberto Fujimori Fujimori; en febrero de 1991 Hurtado Miller es reemplazado en la cartera de economía por Carlos Boloña B., y este desde su óptica extrema y fanáticamente liberal comienza una serie de reformas que en noviembre de 1991, permiten presentar las dos primeras versiones de la Ley de Fomento del Empleo para flexibilizar el mercado laboral; en Diciembre de 1993 se aprueba por un referendo la nueva constitución donde se consagran los fundamentos liberales como base del funcionamiento de la economía peruana, de una forma abusiva y en complicidad con la clase política que hoy fungen de demócratas y de opositores al régimen fujimorista

Con la promulgación de la Constitución de 1993 los derechos laborales se ven reducidos, permitiéndose una flexibilización del mercado laboral, que es marco legal para un conjunto de despidos abusivos tanto del sector público como del privado, además de la llegada de empresas

transnacionales que aprovecharan las formas de subempleo estipuladas en la legislación laboral como son los SERVIS, los contratos a modalidad y los programas de formación Juvenil.

Finalmente consecuencia de esta Constitución espuria en julio de 1995 se da la última versión de la ley de fomento al empleo donde la estabilidad laboral es eliminada. Y hoy en día nuestra clase trabajadora se ve enfrentada a condiciones de un nuevo servilismo fomentado desde el estado y amparados en un marco jurídico que nace de una constitución que no expresa en sus leyes el espíritu del cuerpo soberano.

A pesar de que este panorama es desalentador y pareciera que las cosas no podrían empeorar desde el ministerio de economía y finanzas dirigido por el ciudadano norte americano Pedro Pablo Kuczynski, con el afán de que nuestro país sea más competitivo se pretende empeorar las condiciones de nuestros trabajadores comparándolos con los asiáticos que trabajan en condiciones de esclavitud por salarios que bordean los 25 a 30 dólares mensuales, porque si no hacemos al cholo más barato no tendremos ventajas para entrar a un TLC con los EEUU.

Javier Diez Canseco en un artículo publicado en la República el miércoles 26 de Enero del 2005 realiza un buen análisis de la situación laboral de nuestro país frente a esta propuesta abusiva de volver en esclavos a los peruanos, como el mismo señala y con razón solo un pequeño grupo de peruanos de los que se insertan al mercado laboral año a año consiguen un trabajo digno por lo que existe una fuerte deficiencia entre la oferta y la demanda laboral que obviamente por cuestiones de oferta y demanda traen abajo los salarios reales y nominales de la mayoría de los trabajadores, este mismo artículo utiliza las estadísticas de la OIT para comprobar el deterioro de las condiciones del empleo en nuestro país que demuestran que el Subempleo crece cada año, mientras el empleo formal se estanca; esto

puesto que entre 1991 y el 2000 según la misma OIT el empleo formal como parte de la PEA urbana cayó casi un 7%. En cuanto a los salarios según el INEI los salarios eran 30.1% del PBI en 1991, en el 2003 solo llegaron al 23.7% del PBI; el Ministerio de Trabajo afirma que el salario promedio por hora actual está en los mismos niveles que hace 7 años (S/. 6.7 soles en 1998), otro dato que nos da la OIT es que el salario real promedio en el año 2000 equivale al 42.4% del poder de compra que tenía el mismo salario promedio en el año 1980.

Todo esto demuestra que muy por el contrario de lo que se quiere dar a conocer a la población, las reformas laborales del Fujimorismo no colaboraron en la promoción del empleo sino que han sentado las bases para su deterioro, conjuntamente con el avance del subempleo que si hoy se permite las reformas laborales del MEF como son: consagrar la jornada laboral de 12 horas, eliminar las bonificaciones por trabajo nocturno, recortar las vacaciones a la mitad, eliminar los derechos de sindicalización; la explotación de los trabajadores por parte de las patronales se incrementara mejorando la supuesta productividad, disminuyendo los costes laborales para ser más atractivos a las maquiladoras de trabajo, y deteriorando la calidad de vida de los trabajadores.

El panorama actual del mercado laboral se puede reducir entonces en un exceso de oferta laboral que permiten que los demandantes abusen del marco legal para explotar al máximo la capacidad creadora del valor por parte de los trabajadores, además que el grueso de personas que no consiguen trabajo juegan a ser microempresarios o mil oficios en la caricaturización más triste de nuestra realidad, que desemboca en la migración de 300 000 compatriotas al año en búsqueda de nuevas oportunidades que en nuestro país no se dan con la respectiva descapitalización de un país que invierte en educación que otros aprovechan o subutilizan

2.2. MARCO CONCEPTUAL Y ASPECTOS TEÓRICOS

2.2.1. La inestabilidad laboral

La percepción de inestabilidad laboral es una estimación con relación a la posible pérdida del trabajo. Tiene dos aspectos, uno objetivo y uno subjetivo. El primero tiene su base en circunstancias objetivas, como por ejemplo, los trabajos temporarios o las condiciones de precariedad laboral, y distintos estudios encontraron que posee muchas desventajas y riesgos tanto para el bienestar como para la salud de los trabajadores. El aspecto subjetivo está relacionado con la percepción de un sujeto de su situación laboral, y es definido como la amenaza de la pérdida laboral involuntaria, ante la cual los empleados sienten una discrepancia entre el nivel de seguridad laboral que desean y el que les ofrece el empleador (De Witte & Näswall, 2003;

Según los estudios de Hellgren y Sverke (2003; Sverke & Hellgren, 2002), este aspecto de la inestabilidad laboral está más asociado con consecuencias psicológicas negativas que el aspecto objetivo. Investigaciones previas han mostrado la estrecha relación entre ambos aspectos (objetivos y subjetivos) y cómo la modificación del aspecto objetivo se refleja en la percepción subjetiva de la inestabilidad laboral (Leibovich de Figueroa, 2006).

En la actualidad, las rápidas transformaciones que se suceden en el contexto de trabajo, los índices de desempleo y la creciente precarización laboral, llevan a que muchos trabajadores perciban su situación laboral como inestable (Schufer, 2006). Ésta situación es considerada uno de los aspectos más estresantes del trabajo, en comparación con otros potenciales estresores (De Witte, 1999). De hecho, se ha

observado que los trabajadores que perciben su trabajo como inestable, valoran esta

Situación principalmente como una amenaza y presentan mayores niveles de ansiedad que aquellos que perciben estabilidad laboral (Maglio, 2003). En función de estos antecedentes es que en el presente trabajo se pretende estudiar la percepción de inestabilidad laboral o inestabilidad laboral subjetiva y su impacto en distintas características psicológicas.

2.2.2. La inestabilidad laboral y su impacto psicológico

Distintos estudios han demostrado que la inestabilidad laboral subjetiva se asocian, con una disminución en el bienestar de los empleados y de la satisfacción laboral, quejas en relación a la salud física y aumento del estrés (Ashford, Lee, & Bobko, 1989; Barling & Kelloway, 1996; Davy, Kinicki, & Scheck, 1997; González, 1995; Noer, 1993; Rosenblatt & Ruvio, 1996). Armstrong-Stassen y Fuchs (1993) encontraron que un alto nivel de estrés producido por la percepción de injusticias e inseguridad laboral está asociado con incrementos de tensión, bajos niveles de rendimiento cognitivo, reducción de la confianza y del compromiso con la empresa. A su vez, incrementa las quejas de origen psicosomático y la tensión física en los trabajadores (De Witte, 1999).

En investigaciones previas llevadas adelante en nuestro contexto sociocultural, se observó que la inestabilidad laboral impacta negativamente en el trabajador produciendo mayor individualización y debilitamiento de los lazos sociales, generando malestar en las personas (Leibovich de Figueroa & Schufer, 2006; Leibovich de Figueroa & Schufer, 2002).

El malestar debido a la percepción de inestabilidad laboral ha podido ser evaluado en nuestro contexto a través de la medición del impacto de sucesos cotidianos del contexto laboral (que han sido identificados como relevantes para incrementar la incertidumbre laboral), la frecuencia con que ocurren estos sucesos y la relación entre la frecuencia de ocurrencia y el grado de impacto de los mismos de acuerdo a la valoración subjetiva que realiza cada trabajador (Leibovich de Figueroa, Injoque-Ricle, & Schufer, 2008; Leibovich de Figueroa, Schufer, & Schmidt, 2006). Este tipo de medición permite ponderar no solo cuánto impactan los sucesos cotidianos del contexto laboral, si no también, con qué frecuencia suceden, para así obtener una medición compleja (resultante del promedio de estas dos variables), que contemple al mismo tiempo, los aspectos de la intensidad y duración de este estresor psicosocial (Schmidt, Leibovich, Gonzalez, & Marconi, 2003).

Un elevado malestar debido a inestabilidad laboral ha mostrado ser predictor de altos niveles de tensión psicológica en los trabajadores. El bajo soporte social permitió predecir también, aunque en menor medida, el incremento en la tensión psicológica (Leibovich de Figueroa, et al., 2007; Leibovich de Figueroa, Wilson, & Injoque-Ricle, 2009). También se ha señalado que el malestar debido a inestabilidad laboral se asocia a emociones negativas en los trabajadores, tales como tensión, enojo y desesperanza. La tensión personal se expresaba principalmente a través de síntomas emocionales (como irritabilidad, desgano o cansancio) y síntomas físicos (contracturas, problemas de sueño o dolores de cabeza), aunque también impactando dentro de la esfera interpersonal y la relativa a la motivación dentro del contexto del trabajo. El enojo era principalmente experimentado como un sentimiento

subjetivo frente a la situación, sin que se observara una elevada tendencia hacia la expresión verbal o física del mismo. Por último, los sentimientos de desesperanza estaban en menor medida asociados al malestar debido a inestabilidad laboral, fundamentalmente debido a la percepción de que el futuro era incierto, lo que le imprimía al mismo un carácter negativo, aunque sin consideraciones de relevancia clínica.

Los recursos personales de los trabajadores que percibían malestar debido a inestabilidad laboral, mostraron ser excelentes moduladores de su impacto (González, et al., 2006). Es decir que aquellas personas que percibían elevado malestar debido a inestabilidad laboral, pero que a su vez reportaban mayores recursos personales (tales como conductas de autocuidado, recreación, afrontamiento racional de las situaciones, soporte social o satisfacción vital), percibían significativamente menor tensión, enojo y desesperanza. Otro estudio reporta que el apoyo social de la familia y de los amigos también mostró ser un modulador de consecuencias negativas asociadas a la inestabilidad laboral, tales como la insatisfacción vital (Lim, 1996).

Una de las limitaciones que presentan estos trabajos, es la de evaluar las relaciones de estas variables por separado, sin examinar las posibles relaciones de mediación presentes entre ellas (Baron & Kenny, 1986).

En función de los antecedentes expuestos aquí, se propuso un modelo conceptual (ver Figura 1) que intenta integrar los resultados parciales previos con los conceptos de la teoría interactiva del estrés.

Se busca conocer las variables que median la relación, ya bien documentada, entre el malestar debido a inestabilidad laboral y

el impacto psicológico, en el marco de la teoría interactiva del estrés (Lazarus&Folkman, 1984; Leibovich de Figueroa &Schmidt, 2004). Los recursos y la tensión personal se proponen como factores mediadores de esta relación.

El objetivo del presente trabajo es entonces proponer y examinar un modelo que explique las relaciones entre el malestar debido a inestabilidad laboral y el impacto psicológico producido en los trabajadores, a través de un Análisis de Senderos (PathAnálisis).

El Modelo Conceptual propuesto, y que se busca poner a prueba, considera que el Malestar producido por Inestabilidad Laboral influye de manera negativa sobre los Recursos Personales y de manera positiva sobre la Tensión Personal. Éstos a su vez actúan como mediadores entre el Malestar por Inestabilidad Laboral y la Satisfacción, la Desesperanza y el Enojo. Los Recursos Personales lo hacen de manera positiva sobre la Satisfacción y de manera negativa sobre la Desesperanza y el Enojo, mientras que la Tensión personal lo hace de manera inversa. A su vez, los Recursos Personales y la Tensión Personal están correlacionados de manera negativa entre sí.

Las definiciones básicas con las que operamos son las siguientes:

La problemática del Malestar por Inestabilidad Laboral es definida por el análisis de diferentes aspectos; el malestar es la manifestación de los efectos permanentes, de carácter negativo, que surgen como producto de condiciones psicológicas y sociales adversas del contexto laboral relacionadas con la percepción subjetiva de la permanencia en el puesto de trabajo; el malestar laboral es considerado

inversamente proporcional al grado de satisfacción actual en el trabajo.

Los Recursos Personales refieren a dominios que posee el sujeto y a los cuales puede acudir para amortiguar los efectos del estrés. Estos recursos incluyen el afrontamiento racional-cognitivo de los problemas, las conductas recreativas, de autocuidado y el soporte social (Schmidt, et al., 2003).

La Tensión Personal se refiere a la percepción de conflicto y problemas en distintos dominios de la vida del sujeto, en los cuales se expresan los signos del estrés laboral (Schmidt, et al., 2003).

La Satisfacción General, que se la considera una respuesta positiva del sujeto en relación a los factores psicosociales (familia, barrio, vivienda, entre otros), que se presentan en la cotidianidad.

La Desesperanza es entendida como un sistema de esquemas cognitivos en los cuales el denominador común es la expectativa negativa o desesperanza acerca del futuro próximo o lejano (Beck & Steer, 1993).

Por último, el Enojo se entiende como una condición emocional psicobiológica que consiste en sentimientos de intensidad variable, desde la ligera irritación o enfado hasta la furia y rabia intensas acompañadas por la activación de los procesos neuroendocrinos y la excitación del sistema nervioso autónomo (Spielberger, 1991).

2.2.3. Estabilidad laboral y contratos temporales: de la complementariedad a la contradicción

Decir que estabilidad en el empleo y contratos

temporales son dos términos antagónicos, parece ser una afirmación de consenso social y jurídico. Que la contratación temporal, en tanto abanderada de las corrientes flexibilizadoras del Derecho del Trabajo, es hoy en día uno de los principales verdugos del llamado contrato laboral de duración indefinida, tampoco es una frase difícil de creer en el marco de nuestra realidad social. No obstante, el debate teórico planteado entre contratación indefinida y contratación temporal, resulta ser, desde mi punto de vista, un debate inventado, puesto que ambos tipos contractuales son complementarios más que contradictorios.

Visto el funcionamiento de cualquier actividad empresarial, la duración de las tareas a cumplir pueden ser o bien temporales o bien permanentes. No existe otra posibilidad que las dos nombradas. De este modo, normalmente las actividades del giro de la empresa asumirán la calificación de “permanentes” para ella, tal como ocurre con la docencia en una universidad o con la conducción de vehículos en una empresa de transporte público, pero tampoco hay que descartar que ciertas actividades accesorias o complementarias al giro empresarial puedan contar con la calificación de permanentes, en la medida que por ejemplo las labores de limpieza o vigilancia de una librería son labores con vocación de estabilidad. De otro lado, lo dicho no implica exclusión alguna de las actividades temporales dentro de una empresa. Dentro del funcionamiento normal de una empresa pueden sobrevenir tareas ocasionales o eventuales sujetas a circunstancias imprevistas que no pueden ser realizadas por los trabajadores ordinarios (por ejemplo, en el sector agrario puede ocurrir que una cosecha sea superior a la prevista todos los años, por lo que se requieren más trabajadores

para hacer frente a esta situación) o también puede contratarse a una persona por una obra o servicio determinado (como sucede con el pintor que cambia el color de la fachada de la sucursal de un banco) o, incluso, por un lapso de tiempo, para suplir a la trabajadora que goza de su descanso pre y postnatal.

Como se ve, para detectar “lo permanente” o “lo temporal” no interesa si la actividad empresarial es habitual o accesorio, sino lo relevante está en determinar “lo estable” por contraposición a “lo transitorio”. De ahí que, las labores temporales de los trabajadores han de posicionarse lógicamente en las actividades estrictamente transitorias de cualquier empresa, complementando de esta forma a las labores permanentes. Los espacios de acción de las actividades permanentes y temporales son distintos y entran en juego separadamente, cada vez que lo requiera la necesidad empresarial.

Ahora bien, si la actividad empresarial es permanente, nada impide que la contratación del trabajador pueda ser también de tipo indefinido. Por lo demás, lo lógico es que pueda serlo, pues de lo contrario se estaría fragmentando en varios contratos una labor que podría gozar de una unidad contractual. Y ello, porque sólo en una actividad permanente de la empresa puede implementarse la contratación indefinida.

La limitación de receso unilateral del empleador en el contrato de duración indefinida hace esta figura más favorable para los intereses del trabajador, convirtiéndose así durante mucho tiempo en núcleo esencial de todo el andamiaje protector del Derecho del Trabajo. Dicho de otra manera, la opción jurídico política del legislador laboral

prefirió que en las actividades permanentes se mantenga la unidad de contratación en lugar de la contratación fragmentada o temporal. Este es, precisamente, el esquema defendido por el derecho de estabilidad laboral, en cuyo seno la contratación temporal sólo tendría espacio y lógica en las actividades estrictamente temporales o transitorias de la empresa.

Visto así el fenómeno de contratos indefinidos vs contratos temporales no existe contradicción, pues a las actividades permanentes de la empresa le siguen los primeros, mientras a las temporales los segundos. El problema se suscita a partir de 1991, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, cuando la propia legislación incentiva la contratación temporal en actividades permanentes de la empresa. Aquí se produce el conflicto. Se deja de lado la relación complementaria entre contratación indefinida y contratación temporal, y se da paso a una relación conflictiva en las actividades con vocación de permanencia de la empresa. Sintetizando, las estrategias legales de penetración de la contratación temporal en un terreno que antes le estaba vedado, pueden ocurrir, fundamentalmente, en tres situaciones:

- A) La contratación temporal ingresa al campo de las actividades empresariales de carácter permanente y desplaza, por ende, al contrato de trabajo indefinido. Aquí, de lo que se trata es de enunciar lo más genéricamente posible los tradicionales contratos temporales (de obra o servicio específico, por circunstancias extraordinarias o imprevistas, la suplencia, etc.), con el objeto de que estas figuras invadan el ámbito de las actividades permanentes. Cuando el artículo 63 de la Ley de

Productividad y Competitividad Empresarial, en tanto TUO del Decreto Legislativo 728, define al contrato de obra o servicio específico sólo exige la presencia de un “objeto previamente establecido y de duración determinada”. No dice nada acerca de su actuación en el ámbito de las actividades temporales o necesidades transitorias de la empresa, lo que permitiría deducir que una actividad estable puede dividirse lícitamente en pequeñas obras con objetos específicos. Lo relevante para la LPCL parece ser la delimitación del objeto y la consiguiente delimitación temporal del contrato, sin reparar en que la naturaleza temporal del contrato de obra proviene en estricto de la naturaleza temporal de la actividad empresarial.

- B) En otros casos, la contratación temporal se reserva a actividades transitorias o estrictamente temporales, pero los controles para la división de los ámbitos son demasiado sutiles. En este contexto, a pesar de que los ámbitos de actuación de los contratos indefinidos y temporales están identificados teóricamente, no sucede lo mismo en el terreno práctico. En la práctica, los contratos temporales invaden las actividades permanentes de las empresas, erosionando la contratación indefinida. Por ejemplo, el establecimiento de presunciones o de instrumentos procesales para desenmascarar un fraude que, como intentaremos probar a lo largo de este trabajo, poco o nada suman a la restitución del contrato de trabajo por tiempo indefinido, convierten en letra muerta aquella extendida idea de la predilección por la contratación indefinida.
- C) Finalmente, se utiliza la etiqueta “contratación temporal” para encubrir acciones de política de generación empleo. Se crean, bajo fórmulas de contratación temporal o de plazo

fijo, ciertas figuras que operan en las actividades permanentes de la empresa, con el fin de ofrecer mayores incentivos a los empresarios para la creación de puestos de trabajo. En realidad, no son contratos temporales por no actuar en labores estrictamente temporales, sino que son “contratos temporales falsos” que llegan a cuestionar la contratación indefinida en las labores permanentes de la empresa. En estos casos, el concepto de temporalidad se aplica al contrato y no así a las labores propiamente dichas. El razonamiento legislativo es bastante simple: “si creo contratos con plazo fijo en actividades empresariales permanentes, todos los empresarios, descargados de la limitación a su poder de rescisión contractual que supone la contratación indefinida, empezarán a generar más puestos de trabajo”.

La LPCL cuenta entre su articulado con varios de estos contratos, cuyo objeto es o bien crear mayores puestos de trabajo o bien incentivar la reorganización de procesos o tecnológica de la empresa. El legislador peruano tiene cuidado, no obstante, de no llamarlos contratos temporales. La etiqueta que utilizará para esconder su origen espurio es el de “contratos sujetos a modalidad”, donde mezclará los estrictamente temporales (obra o servicio específico, por circunstancias extraordinarias o imprevisibles o de suplencia) con éstos desprovistos de toda condición temporal. Ejemplo de lo que se dice, resulta ser el artículo 57 de la LPCL cuando se refiere al “contrato por inicio o incremento de actividad”. Un empleador puede contratar al amparo de esta figura a un trabajador, siempre que inicie una nueva actividad productiva. No importa si la misma es temporal o permanente, sólo interesa que sea una nueva actividad productiva. Sin embargo, el problema no queda ahí, pues el

mismo artículo admite que la nueva actividad no supone sólo la creación de una nueva empresa, sino también nuevas actividades productivas o comerciales en empresas ya existentes. En fin, basta que el empresario diga que un trabajador está iniciando una nueva actividad empresarial, para que sea muy difícil probar lo contrario. Por lo demás, el avasallamiento al principio de estabilidad en el empleo, que opera en el terreno de las labores permanentes o estables de la empresa, es evidente. Para terminar con este punto, sólo resta advertir que estas tres situaciones de conflicto entre estabilidad laboral y contratación temporal son creadas por la propia política legislativa. De ahí que, deba hablarse más bien de una “invención” del conflicto. Es probable que esta cuestión debiera quedar aparcada en este momento tras admitir la libre discrecionalidad del legislador laboral, sin embargo, no es así. No es así, porque hace falta analizar el andamiaje de la contratación temporal desde una perspectiva social y constitucional. Me parece que el legislador peruano traiciona el pacto social y constitucional de reservar a la contratación indefinida las actividades permanentes de la empresa, incentivando abiertamente en éstas la contratación temporal⁴. Es cierto que la presunción del artículo 4 de la LPCL reconoce tímidamente la predilección por la contratación indefinida, pero también es cierto que los instrumentos, a menudo muy sutiles, utilizados para desmontar el principio de estabilidad en la contratación han causado grandes estragos en él. (TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, 2008).

2.2.4. Los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo

De lo dicho, se deduce que el término “contratación temporal”

tiene por lo menos dos significados, por lo que habrá de diferenciarlos a fin de evitar equívocas interpretaciones. Por contratación estrictamente temporal entendemos los contratos temporales que operan en las actividades temporales o en las necesidades transitorias de las empresas, vale decir por ejemplo contrato de obra o servicio específico. De otro lado, por contratación temporal desvirtuada entendemos los contratos temporales que actúan, por acción del legislador, en actividades permanentes o estables de las empresas, tal como ocurre paradigmáticamente con el contrato por inicio o incremento de actividad o con el de reconversión empresarial. Nótese, en los primeros la naturaleza temporal proviene de la propia tarea o actividad, mientras en los segundos la temporalidad recae en el contrato por decisión del legislador. No es la intención de este trabajo debatir las causas de la llamada contratación desvirtuada, puesto que la causa de la contratación estrictamente temporal siempre será la necesidad empresarial de actividades a plazo fijo. Sin embargo, antes de abordar los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo, es preciso atender al hecho de que las causas de la contratación laboral desvirtuada han sido muchas y de muy variado corte. Se ha buscado reducir el desempleo con la creación de más puestos de trabajo, propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades rurales de baja productividad hacia otras actividades de mayor productividad (artículo 1.b de la LPCL), incentivar la introducción de nueva tecnología en las empresas (artículo 2 LPCL) e incluso se ha buscado reducir la informalidad contractual ofreciendo a los empresarios tipos contractuales menos gravosos que el contrato por tiempo indeterminado. Lo cierto es que ninguno de estos

bondadosos objetivos ha sido alcanzado en el Perú, porque la legislación laboral es sólo una parte de la política pública de empleo. Desde nuestro punto de vista, junto a la decisión de ampliar el terreno de acción de la contratación temporal eran necesarias otras acciones estatales de tipo económico y político (por ejemplo, beneficios tributarios por la creación de nuevos empleos, búsqueda de nuevos mercados en el exterior, importación de maquinaria de última generación a bajo costo, etc.),(GARCIA PIQUERAS, Manuel,2004).

Es cierto que entre todas las causas, menciono aparte merece la necesidad de flexibilidad en la gestión empresarial para poderse adecuar de mejor manera a las fluctuación de la oferta y la demanda en el mercado. Aquí, la cuestión estriba en determinar qué tipo de flexibilidad se requiere para que las empresas se adapten mejor al mercado sin asumir grandes perjuicios económicos. A pesar de que las empresas requieren en mayor medida de reconversiones en sus procesos y en su maquinaria tecnológica (flexibilidad cualitativa) como instrumentos más eficaces para enfrentar los actuales niveles de competencia, la legislación ofreció básicamente facilidades para la adecuación numérica de los trabajadores (flexibilidad cuantitativa) a las necesidades de la empresa. El error de comprensión del tipo de flexibilidad requerida acarreó un sobredimensionamiento del poder de dirección empresarial a efectos de contratar y expulsar arbitrariamente la mano de obra a su cargo,(MONEREO PEREZ, José Luis,2006).

Ahora bien, al margen del éxito o fracaso de los objetivos perseguidos por la contratación temporal en las actividades permanentes de las empresas, los efectos de aquélla sobre el mercado de trabajo se traducen

principalmente en una marcada segmentación de la clase trabajadora. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad, para utilizar la expresión de la ley peruana que mezcla los contratos estrictamente temporales y los contratos temporales desvirtuados, han venido a crear distintos niveles de protección respecto de los contratos indefinidos. Es cierto, que un trabajador contratado a plazo fijo puede tener una remuneración superior a la de un trabajador a plazo indeterminado, pues todo dependerá de las características concretas de la prestación de servicios. Sin embargo, lo más frecuente es que por su propia situación de desempleado, el trabajador acepte condiciones inferiores a las que le corresponden. Aún más, los beneficios de carácter económico acumulables por el transcurso del tiempo difícilmente serán percibidos por prestaciones de servicios de tiempo limitado, por cuanto en teoría cada contrato representa un vínculo jurídico distinto, (CAMPANA, David y PRELLE, Herbert, 2007).

De otra parte, no se puede admitir que todos los efectos de la contratación temporal recaigan en una supuesta precariedad económica. Me parece que la precariedad también alcanza al puesto de trabajo, (RIVERO LAMAS, Juan, 2007) .

La excesiva temporalidad conlleva una dinámica de rotación de mano de obra que pone en riesgo, a menudo, la integridad o la vida del trabajador. La necesidad de cambiar de trabajo permanentemente cede el paso a la impericia y, por ende, a los accidentes de trabajo, (PRADOS DE REYES, Francisco Javier, 2009).

A estos efectos, hay que sumar también lo complejo que es el efectivo goce de los derechos fundamentales para los

trabajadores temporales. Sobre todo en lo que toca a los llamados derechos colectivos. La inestabilidad en el empleo produce efectos devastadores sobre la acción sindical a corto y a largo plazo. Como se ha dicho, “la temporalidad dreña la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita al sindicato o, vista la cuestión desde otro ángulo, fortalece el control empresarial no sólo en la concreta organización productiva, sino además en el más amplio espacio de las relaciones sociales de poder”. Además, la amplia gama de contratos temporales genera una pluralidad de intereses dentro de la misma clase trabajadora que impide la representación unitaria desde el órgano sindical. Ocurre, pues, que la pérdida de identidad colectiva dificulta la articulación de una representación colectiva al interior de la empresa realmente eficiente, (BAYLOS GRAU, Antonio, 2001).

Estos son, entre otros, los efectos jurídicos de la temporalidad que cada día empujan más hacia la precariedad y la fragmentación de la clase trabajadora, convirtiéndose por ende en un fuerte obstáculo a la concreción de los fines protectores e integradores que guarda en su seno la función histórica del Derecho del Trabajo.

2.2.5. La contratación indefinida como regla constitucional y el derecho al trabajo

Como se sabe, el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. No obstante la parquedad del texto constitucional, el contenido del derecho fundamental llamado “derecho al

trabajo” habrá de deducirlo de los tratados y acuerdos internacionales que el Perú ha ratificado en materia de derechos humanos.

Por lo demás, esta vía indirecta de interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución encuentra su fundamento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente. En este sentido, habrá de remitirse obligatoriamente al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”.

El artículo 7 del mencionado Protocolo precisa que el derecho al trabajo, luego de haber sido enunciado en el artículo precedente, “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación (...)”. Es decir, el derecho al trabajo se convierte en base del principio de causalidad, tanto al momento de iniciar la relación laboral(contratación) como al de su extinción(despido). Principio de causalidad que opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario. En suma, el respeto a la estabilidad laboral, como regla general, exige que el empleador pueda utilizar la contratación temporal sólo cuando así lo faculte el legislador.

Además, profundizando en el concepto del artículo 7.d del Protocolo de San Salvador, sugiere que las causas de contratación temporal deben adecuarse a “las

características de las industrias y profesiones”. Dicho de otro modo, las causales de excepción a la contratación por tiempo indeterminado deben adecuarse a las necesidades empresariales de tipo temporal o transitorio. Y creo que esto es así, porque cuando se refiere a “características de las industrias y profesiones”, se está refiriendo a la propia actividad empresarial y de ninguna manera al contrato de trabajo. Reténgase, desde la lógica del derecho al trabajo las actividades estables o permanentes de las empresas deben realizarse con trabajadores contratados a plazo indeterminado; en cambio, los contratos temporales deben quedar confinados a las actividades temporales o necesidades transitorias empresariales.

Por lo demás, esta regla constitucional que defiende el principio de causalidad como límite a la contratación temporal no es nueva, por cuanto ya ha sido enunciado en alguna oportunidad por el Tribunal Constitucional peruano. Ha señalado, aunque sin citar el derecho al trabajo, que en el régimen laboral peruano “hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de éstos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado” (Sentencia de Tribunal Constitucional peruano, de 19 de Diciembre de 2003, en la acción de amparo

seguida contra PRONAA-ICA - Expediente N° 1874-2002-AA-TC-).

Ahora bien, aunque a primera vista la sentencia se adhiere al principio de causalidad, me parece que interpreta de forma demasiado amplia la facultad del empleador a recurrir a los contratos temporales. Digo “demasiado amplia”, si se toman en cuenta los márgenes estrictos que impone el Protocolo de San Salvador. Más que en la naturaleza temporal de las actividades empresariales, parece poner el énfasis en el “desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo”. Y es que ambas ideas difieren mucho en sus efectos. Mientras la interpretación del Protocolo sólo admitiría la contratación estrictamente temporal, esto es, la referida a solucionar problemas de mano de obra de carácter transitorio; la posición del Tribunal albergaría también a la contratación temporal desvirtuada, en la medida que la temporalidad se impone legislativamente al contrato para que actúe en actividades permanentes de las empresas.

Para terminar, coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando atribuye al carácter excepcional de la contratación temporal el recelo legislativo. Como se sabe, la contratación temporal está sujeta a muchos límites y controles. La intención de los apartados que vienen es, precisamente, detectar cuáles de ellos son eficaces y cuáles son permisivos a efectos de preservar la intangibilidad del derecho al trabajo. En esta línea, se tratarán de manera secuencial los siguientes temas: límites sustantivos a la contratación temporal, los efectos jurídicos de la inobservancia del término fijo del contrato, los efectos jurídicos del contrato temporal no formalizado por escrito y los límites a la contratación en cadena o sucesiva.

2.2.6. Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad

Dado que la contratación temporal ha de entenderse excepcional respecto de la contratación por tiempo indefinido, en atención a la proyección que tiene el derecho al trabajo sobre las relaciones laborales, y dado que la contratación temporal debería confinarse a actividades transitorias, también en atención al mismo mandato constitucional, empezaremos analizando las exigencias sustantivas que el legislador impone a la contratación temporal. Obviamente, luego de hacer un somero análisis de estas exigencias, se pasará a evaluar la transformación del contrato en indefinido como consecuencia de un eventual incumplimiento tanto del objeto como de la duración del contrato sujeto a modalidad.

a. El régimen tasado de modalidades de contratación temporal.

Un primer tema que deriva de la expresión, incorporada en el artículo 4 de la LPCL, “el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad”, es el de determinar si el listado de contratos sujetos a modalidad es un listado enumerativo ejemplificativo o, por el contrario, es un listado enumerativo taxativo.

Me parece que esta aparente libertad debe interpretarse de modo restrictivo, pues de lo contrario se quebraría el principio de preferencia de la contratación indefinida que encuentra respaldo en el artículo 22 de la Constitución. Más todavía, basta leer el propio artículo 4 LPCL para descubrir la ratio legis del precepto, sobre todo cuando señala que se podrá celebrar un contrato sujeto a

modalidad “en los casos y con los requisitos que la ley establece”. Es decir, sólo en los casos que el legislador faculta expresamente al empresario, éste podrá contratar trabajadores con contratos a plazo fijo. Sin ninguna duda, se introduce el principio de legalidad en la contratación temporal. Lo que impide a cualquier empresario, en consecuencia, la suscripción de contratos temporales sin fundamento legal, (CAMPS RUIZ, Luis Miguel, 2005).

Descartada de esta forma la pretendida libertad de contratación y reforzado el carácter de *numerus clausus* de los supuestos de contratación temporal, resta aclarar el significado del controvertido artículo 82 de la LPCL. Según señala este artículo “cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”. Aunque la literalidad de este artículo genere cierta duda acerca de la actuación del principio de legalidad en la contratación temporal, cuestión que debe rechazarse de plano por su evidente inconstitucionalidad, hay que realizar un esfuerzo interpretativo que compatibilice ambos mandatos. En primer lugar, de la primera frase del artículo 82 no se deduce necesariamente que el “servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en la LPCL” sea un supuesto de contratación temporal sin fundamento legal, pues también puede entenderse como supuesto de contratación temporal respaldado en una disposición legal distinta a la LPCL. Siendo esta última interpretación más coherente con el llamado derecho al trabajo. En

segundo lugar, es muy difícil que el legislador de la LPCL deje al libre arbitrio de las partes la duración del contrato sujeto a modalidad. El hecho que sugiera que podrá contratarse “por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”, es incompatible con la técnica que usa para los otros contratos sujetos a modalidad donde siempre exige una fecha de término cierta.

Por consiguiente, el artículo 82 no debe interpretarse desde la ilógica posición del listado enumerativo ejemplificativo. Al contrario, parece ser más bien una suerte de remisión a las contrataciones temporales de los llamados regímenes especiales laborales. Antes de que el listado taxativo se cierre en las modalidades contractuales de la LPCL, ésta prefiere dejar un espacio abierto para que otra norma con rango de Ley pueda regular otros contratos a plazo determinado. No obstante, impone dos condiciones: la temporalidad de la labor y una duración adecuada a esa necesidad transitoria de la empresa¹⁶. A pesar de la actitud precavida del legislador, estimamos que la remisión era innecesaria, en la medida que una ley especial siempre podrá regular una situación excepcional cuando así lo requiera la naturaleza de las cosas (artículo 103 Const.). Finalmente, cabe agregar que una consecuencia más del régimen tasado de modalidades de contratación temporal es que de no existir prescripción legal que admita expresamente un tipo legal de contrato sujeto a modalidad, se entenderá que opera la contratación indefinida como regla general. Así, se trate de actividades temporales o de necesidades transitorias de una empresa, el legislador debe facultar la

contratación temporal para ese caso en especial.

b. Los contratos estrictamente temporales

Lo que es lo mismo, contratos para necesidades transitorias de la empresa. Son los contratos cuya duración tradicionalmente se ha anudado a una causa con parámetros temporales definidos. En todas las modalidades de contratación temporal que vamos a revisar en este punto se descubre un “hilo conductor común”: todas se refieren a actividades transitorias o provisionales o no estables de la empresa. Con lo cual, se entendería a contrario sensu que para las labores permanentes opera la regla de la contratación indefinida. No obstante, esta conclusión requiere un matiz fundamental, por cuanto los tipos contractuales de carácter estrictamente temporal han sido concebidos de manera bastante amplia hasta penetrar, incluso, en el terreno de las actividades permanentes de las empresas. Es decir, se ha producido una irradiación del poder de estos contratos tradicionalmente encorsetados en lo transitorio o provisional, que les ha permitido “saltar las fronteras” hasta llegar al terreno de “lo permanente”. Sin duda, he aquí uno de los ejemplos de la desnaturalización de la contratación temporal y su enfrentamiento evidente con el contrato de trabajo por tiempo indefinido.

2.2.7. Contrato de obra determinada y servicio específico

Según el artículo 63 de la LPCL, “los contratos para obra determinada o servicio específico, son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, con objeto previamente establecido y de duración determinada. Su duración será la que resulte necesaria”. Además, agrega en un segundo párrafo, “en este tipo de contratos podrán celebrarse las

renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de la contratación”.

La generalidad de la disposición legal puede llevar a lecturas de gran tendencia expansiva, que bien pueden poner en cuestión el principio de preferencia de la contratación por tiempo indefinido en el marco de labores habituales o permanentes de las empresas¹⁸. En primer lugar, no se indica el ámbito de operatividad del contrato de obra determinada y/o servicio específico. O bien pueden ser las actividades o necesidades empresariales transitorias (léase, extraordinarias) o bien pueden ser las actividades permanentes (léase, ordinarias). Me parece que en el primer caso no existe mayor problema, pues las labores transitorias son precisamente terreno abonado para el contrato de obra o servicio. No obstante, el segundo sí plantea varios problemas, en la medida que se podría fragmentar en “obras determinadas” las labores permanentes de una empresa. Cada tornillo que se haga, cada departamento de un edificio, cada pedido, cada curso escolar corre el riesgo de ser considerado una “obra determinada o servicio específico”. Y ello implicaría desaparecer virtualmente la contratación indefinida.

En segundo lugar, otro elemento que aumenta el riesgo es la inexistencia de un criterio que delimite lo que se entiende por “obra determinada o servicio específico”. El artículo 63 sólo requiere que el “objeto sea previamente establecido”, es decir, no se especifica que la obra o el servicio deban tener suficiente entidad para la suscripción de un contrato. Cualquier cosa se podría, en principio, tomar como objeto de un contrato de obra. Incluso, bastará que el contrato detalle fases puntuales de una obra mayor, para que el contrato se

renueve sucesivamente. Como se comprenderá, la actuación de estas características poco claras en actividades permanentes de las empresas, ponen en entredicho la preferencia de la contratación indefinida.

No parece que la interpretación literal del contrato de obra o servicios determinados se corresponda con el marco constitucional peruano. Es por eso que, en salvaguarda del derecho al trabajo, la jurisprudencia habrá de ir delimitando el contenido restrictivo que debe tener el contrato de obra. Sólo limitándola a las necesidades transitorias o esporádicas de las empresas, se podrá salvar de una segura inconstitucionalidad al artículo 63 de la LPCL.

Esta conclusión ayudaría también a descartar la contratación de trabajadores por medio de un contrato de obra determinada o servicio específico en los casos de subcontratación entre empresas. Por ejemplo, si una empresa de servicios complementarios, dedicada a la limpieza o a la prestación de servicios de vigilancia, se compromete con una empresa usuaria al cumplimiento de estos servicios específicos, no podrá utilizarse el contrato del artículo 63 LPCL para contratar a los trabajadores destacados. La razón no estriba en la especificidad del servicio, pues sí es específico, sino en que tanto la limpieza como la vigilancia son actividades permanentes de la empresa usuaria. Se puede decir en descargo de esta imputación que, visto el problema desde la empresa de servicios complementarios, ésta se compromete a brindar el servicio de limpieza o vigilancia solo por tiempo definido²². El problema de esta última postura permisiva es que el contrato mercantil firmado entre empresas será el llamado a gobernar el final de la relación laboral que une a la empresa de

servicios complementarios con sus trabajadores. El riesgo estriba en que la voluntad de las empresas se puede transformar en una causal de contratación temporal que no tiene respaldo normativo en la LPCL. Bastará que ambas empresas se pongan de acuerdo para resolver el contrato mercantil, para que los contratos laborales también deban seguir la misma suerte, sin que ello comporte la configuración de un despido. O bastará que el contrato mercantil llegue a su fin en el término pactado para que el trabajador pierda todo derecho a ser recontratado, así la empresa de servicios suscriba un nuevo contrato con la empresa usuaria. Me parece que esta postura no sólo viola flagrantemente el derecho al trabajo, sino que desconoce el régimen de contratación tasada que contiene nuestro ordenamiento. En el marco legal peruano, no puede aceptarse la contratación temporal basada en la libre voluntad de sujetos privados.

Finalmente, un comentario sobre la duración del contrato de obra determinada o servicio específico. Si bien, como señala el artículo 63 de la LPCL, la duración de la ejecución de toda obra o servicio es incierto, no lo es así el contrato suscrito. Es incierta la duración pero no el final mismo de la tarea que desata el compromiso contractual. Razón por la cual, el contrato de trabajo de obra se extinguirá cuando se termine con la obra determinada o el servicio específico. En otras palabras, estaríamos frente a un término resolutorio y no ante una condición resolutoria. En doctrina, el “término” supone la determinación de una fecha concreta del contrato o también la fijación de una fecha cierta pero desconocida con exactitud; mientras la “condición” está sujeta a una fecha incierta que incluso no se sabe si tal día llegará.

Esta solución tiene sentido, puesto que el objeto de la obra o servicio ha sido determinado antes de iniciar la actividad laboral.

Ahora bien, ello no implica que las partes puedan pactar un término resolutorio con fecha concreta y exacta, lo que sin duda podrá tener un papel referencial, sin embargo, la fecha relevante para la extinción del contrato siempre será la culminación de la obra o del servicio. Por esta razón, la determinación de la obra o del servicio en el contrato debe ser rigurosa y clara:

2.2.8. El contrato por necesidades del mercado

El artículo 58 de la LPCL señala que “el contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente”. Además, este contrato puede ser renovado sucesivamente hasta el término máximo de cinco (5) años. Asimismo, en el mismo artículo, el legislador laboral delimita esta figura contractual respecto del llamado contrato de temporada (artículo 67 y siguientes LPCL), cuando afirma que “la causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de terestacional”.

En principio, éste es otro de los contratos temporales que se han utilizado mucho en necesidades transitorias de las

empresas. Al igual que el concepto tradicional del contrato de obra o servicio determinados, el contrato por necesidades del mercado opera sólo en actividades no permanentes o no estables de la empresa. Es cierto que, como dice el artículo 58 LPCL, puede actuar en tareas “ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa”, sin embargo su excepcionalidad reside en que la necesidad del incremento productivo es sólo transitoria. Tanto es así, que la variación de la demanda en el mercado no puede ser satisfecha con el personal contratado a tiempo indefinido. En consecuencia, la utilización de ese contrato procede en actividades extraordinarias, transitorias o eventuales de las empresas, aunque éstas tengan que ver con tareas relacionadas al giro empresarial. Por ejemplo, una empresa dedicada a la distribución de alimentos a ciertas cadenas comerciales se da cuenta que la demanda de estos productos aumenta, por lo que podrá recurrir al contrato por necesidades del mercado con el fin de reforzar momentáneamente su personal.

Visto así, el objeto del contrato por necesidades del mercado responde a una lógica coyuntural o de transitoriedad. Sin embargo, hay que reparar que sus confines son bastante indeterminados, por lo que una interpretación amplia puede incentivar su utilización en actividades permanentes de las empresas. Y ello, nuevamente, supondrá un riesgo a la contratación indefinida. Los problemas pueden surgir por distintas razones: ¿quién determina cuándo existen necesidades coyunturales del mercado? ¿El empleador?, ¿y si la empresa no se abastece con su propio personal por circunstancias relacionadas a decisiones equivocadas del empleador? ¿Es fácil detectar ello?, ¿cómo saber si un incremento coyuntural de la producción afecta un establecimiento, una sección o un simple puesto de trabajo?,

¿es necesario que las circunstancias que afectan al mercado se produzcan o se pueden prever?, etc. Como se ve, no es fácil definir la silueta del artículo 58.

No obstante, el legislador peruano ha hecho ciertos esfuerzos de delimitación que vale la pena analizar. En primer lugar, se menciona que los incrementos de la producción han de ser coyunturales. Más que a incrementos de la producción habrá que referirse a “incrementos de la actividad empresarial”, sino se quiere excluir del concepto sobre todo a empresas del sector servicios. Pero, lo más relevante es que el incremento debe ser coyuntural o, dicho de otra forma, extraordinario. De ello se puede deducir que quedan excluidos los incrementos de actividad que responden a necesidades estructurales de la empresa. Además, el contrato por necesidades del mercado estaría prohibido para la empresas que inician sus actividades, pues no tendrían un referente de comparación entre lo “coyuntural” y lo que no es. En segundo lugar, estos incrementos de la actividad empresarial deben ser imprevisibles. A ello se refiere el último párrafo del artículo 58. Si los incrementos no son imprevisibles quiere decir que son cíclicos o estacionales o que se repiten por temporadas, lo que no puede ocurrir a riesgo de reconducir por la vía de las necesidades del mercado a labores fijas pero discontinuas. Estas últimas, a diferencia de lo que ocurre con las primeras, son labores fijas o permanentes sólo que su realización no puede ocurrir de modo continuado. La propia naturaleza de estas labores impide que se puedan llevar a cabo durante todas las jornadas del año, por lo que se les aplicará el régimen jurídico del contrato de temporada (artículo 67 y siguientes de la LPCL). Ejemplo típico de lo que se dice, se encuentra en el sector de la hostelería en playas. Es obvio que la concurrencia de clientes a las playas se

producirá en los meses de verano y, probablemente, de primavera, con lo cual un hotel ubicado en la playa podría funcionar seis meses al año y dejar de hacerlo los otros seis meses. Pues bien, en estos casos, la naturaleza de la actividad empresarial permite que la labor sea previsiblemente fija durante ciertos meses, aunque luego le sigan otros meses de inactividad. La diferencia con el contrato por necesidades del mercado radica en lo previsible del hecho y en que en las labores fijas discontinuas no estamos hablando de “incrementos de actividad”, sino más bien de “reinicio de actividad”.

En este contexto, particular interés tiene el concepto de “lo imprevisible” en el artículo 71 de la LPCL. Este artículo asimila al contrato de temporada los incrementos de actividad que son regulares y periódicos (es decir, previsibles), producidos por variaciones sustanciales de la demanda durante ciertas épocas del año, en el caso de empresas cuya actividad es continua durante todo el año. Estas situaciones son reguladas con acierto por el legislador, en la medida que por su carácter especial estarían fuera de la regulación del contrato por necesidades del mercado (artículo 58 LPCL) y del contrato de temporada (artículo 67). Así, la creciente demanda de helados en los meses de verano puede conducir a una necesidad transitoria de incrementar el personal ya contratado, sin embargo no podrá hacerse vía el contrato por necesidades del mercado por cuanto falta el requisito de “lo imprevisible”. Según el legislador, a pesar de no tratarse de labores discontinuas, deberá utilizarse el contrato de temporada, que por lo demás será más protector en virtud del derecho de preferencia en la contratación para las temporadas siguientes (artículo 69 LPCL).

En tercer lugar, el artículo 58 se refiere a “variaciones sustanciales de la demanda en el mercado”. Lo cual obliga a que la variación de la demanda no sea de cualquier intensidad, sino de una intensidad superlativa. Aunque “lo sustancial” pueda admitir una cierta vaguedad, es cierto que también puede ayudar a interpretar la norma hacia variaciones de una importante entidad. Ello obviamente, obligará al juez a evaluar el caso por caso con un espíritu restrictivo. Eso sí, las variaciones sustanciales de la demanda habrá que medirlas en función del tamaño de la empresa. No es lo mismo un incremento de la demanda relativamente pequeño en el mercado para una empresa de 1000 trabajadores que para otra de 10.

De otra parte, y esto es vital, los incrementos extraordinarios de la actividad de la empresa deben encontrar su causa en el mercado y no en circunstancias internas o imputables a su organización. Este requisito excluye, claramente, a las necesidades de ampliar transitoriamente el número de trabajadores que tienen su origen en vacaciones o jubilación del personal. Tampoco se amparan los errores organizacionales o de gestión que cometa el empresario y que puedan requerir de más trabajadores para subsanar el déficit de la planilla. Si el empleador se olvidó de un pedido formulado por un cliente desde hace unos meses, o darle preferencia a otros clientes, y se acerca el día del cumplimiento, no se puede alegar la contratación por necesidades del mercado para solucionar el inconveniente. Deberá contratar a un trabajador por tiempo indeterminado.

A pesar de las previsiones legales, lo cierto es que la actuación de la subjetividad empresarial en la evaluación de qué pueden hacer sus trabajadores existentes y a partir de

cuándo se puede hablar de tareas que no pueden ser satisfechos por ellos, sigue siendo casi determinante. Salvo casos muy evidentes de motivaciones fraudulentas, los contratos por necesidades del mercado pueden penetrar con fuerza en las actividades permanentes de las empresas. Ello, y hay que decirlo nuevamente, pone en entredicho la preferencia de la contratación indefinida en las labores estables o permanentes. Quizá, por ello, el propio legislador laboral peruano haya dispuesto que el contrato por necesidades del mercado debe especificar la causa objetiva que justifique la contratación temporal (artículo 58 LPCL), en cuyo caso debe entenderse que no bastará citar la definición de esta figura, sino que habrá de insertar en el documento los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante. Por lo demás, esta obligación reconoce implícitamente que la causal debe ser cierta y actual, no pudiendo ser incierta y futura.

Por último, un comentario adicional al plazo de duración. Se permite que la renovación de estos contratos alcance el límite de 5 años. Obviamente, este es un exceso legislativo, pues dista mucho de una necesidad transitoria, coyuntural o extraordinaria. Queda claro que un contrato por necesidades del mercado va a tener siempre un término resolutorio inferior a los 5 años (fecha cierta de finalización del contrato), sin embargo no es lógico que la transitoriedad se prolongue por tal lapso de tiempo. Sin duda, este es un mecanismo burdo para promover la contratación temporal en desmedro de la contratación a tiempo indefinido. Más aún, si se tiene en cuenta que el contrato por necesidades del mercado opera en el terreno de las labores del giro de la actividad empresarial. A diferencia del contrato de obra,

dada la dificultad de predeterminar o estimar cumplido el objeto del contrato (es decir, el final de la necesidad transitoria que genera la variación de la demanda en el mercado), debe protegerse el término resolutorio (fecha concreta o plazo estipulado) que viene incorporado al texto del contrato. La resolución ante tempus basada en la intensa incertidumbre o imprevisibilidad del contrato por necesidades del mercado es inadmisibile, pues se corre el riesgo de encubrir motivaciones arbitrarias de extinción. En suma, el contrato por necesidades del mercado está sujeto a término resolutorio (fecha cierta y concreta) y no a condición resolutoria (cumplimiento incierto del objeto del contrato).

2.2.9. Contrato Ocasional

Para el artículo 60 LPCL, el contrato accidental-ocasional “es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis (6) meses al año”.

Si el contrato por necesidades del mercado hundía sus raíces básicamente en la actividad habitual o normal de la empresa, el contrato ocasional opera en la actividad no habitual o extraordinaria⁴⁰. Además, si el contrato por necesidades del mercado utiliza la mano de obra eventual porque sus trabajadores ya contratados no satisfacen el incremento de la actividad empresarial coyuntural, el contrato ocasional no precisa si el trabajador contratado será un refuerzo a los trabajadores ya contratados o si, por el contrario, podría ser el primer y único contratado. Me parece que, en este último caso, el artículo 60 sólo alberga el segundo supuesto, por cuanto es imposible imaginar que

en una labor transitoria exista personal ya contratado. Precisamente, la condición de necesidad extraordinaria o transitoria descarta que exista personal de la empresa abocado a satisfacer este tipo de actividades. Así, puede ocurrir que en una empresa dedicada a la publicidad se instale un nuevo programa informático, para lo cual se puede contratar a un técnico especializado para que en tres meses absuelva todas las consultas y asesore a los trabajadores.

Ahora bien, reconociendo que el contrato ocasional tiene su terreno de acción en las necesidades coyunturales, eventuales o transitorias de las empresas, habrá de consignarlo también como una modalidad contractual estrictamente temporal. Es más, su temporalidad proviene de la propia transitoriedad de las labores. Sin embargo, cabe agregar que en el contrato ocasional tampoco juega “lo imprevisible” como elemento de su objeto. Pues, la necesidad transitoria puede provenir de hechos de repetición cíclica o de hechos imprevisibles. Ejemplo de los primeros será el mantenimiento de las computadoras de la empresa cada tres meses como norma de gestión interna; mientras, ejemplo de los segundos será la instalación de un nuevo programa informático para afrontar el aumento de la competencia en el mercado y que requiere la contratación eventual de un técnico especializado para la capacitación del personal.

De ser este el esquema, cabe hacerse dos preguntas. En primer lugar, ¿por qué en el contrato ocasional no se define la causa de la necesidad transitoria? En el contrato por necesidades del mercado se señala que la necesidad transitoria debe originarse “por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado”, no obstante, en el contrato

ocasional no se hace ninguna mención. De esta forma, el legislador pretende dotar de mayor amplitud a un contrato que ya viene limitado por su temporalidad intrínseca. Es lógico que en el contrato por necesidades del mercado se hayan dispuesto mayores límites, puesto que aquél actúa en las actividades habituales, permanentes o estables de las empresas, sin embargo, al actuar en tareas transitorias el contrato ocasional no genera mayor riesgo a la contratación indefinida. Como consecuencia de ello, creo que la necesidad transitoria podría originarse ya en factores exógenos a la empresa, como ocurre con las variaciones del mercado, o ya en factores endógenos, como ocurre en las causas relacionadas con la propia organización empresarial.

En segundo lugar, ¿por qué no se sustituye este contrato por el de obra determinada o servicio específico? Es cierto que muchas de las necesidades transitorias de carácter extraordinario (objeto del contrato ocasional) pueden a su vez constituir una obra determinada o un servicio específico, sin embargo me parece que este último está pensado para obras o servicios de mayor entidad. Es sintomático que en el contrato de obra determinada o servicio específico no se imponga un límite temporal. En cambio, el contrato ocasional está pensado para obras o servicios intermitentes o de menor entidad, siendo su duración máxima de seis meses al año. Por ejemplo, para el mantenimiento de maquinaria en una empresa cada tres meses, sería más ventajoso para el empresario firmar un contrato ocasional que cuatro (4) contratos de obra o servicio determinados. La ventaja estaría en que no hay que cumplir cuatro veces las formalidades legales impuestas a los contratos sujetos a modalidad (escritura, especificación de la

causa, posibilidad de exceder los plazos de duración de los contratos, solicitar el registro ante el ministerio de trabajo, etc.), sino bastaría con la formalización de uno sólo. Finalmente, en cuanto a la duración del contrato, ya se ha dicho que su máximo es de seis meses en el término referencial de un año. Nuevamente aquí, habrá que concluir que impera el término resolutorio pactado en el contrato (fecha cierta y concreta). Admitir que el empresario pueda decidir en qué momento finaliza la necesidad transitoria, y por ende el contrato de trabajo, supondría abrir las puertas a un sinnúmero de motivaciones fraudulentas. En conclusión, en el contrato ocasional estamos frente a un término resolutorio y no a una simple condición resolutoria.

2.2.10. Contrato de Suplencia

Para el artículo 61 LPCL, el contrato accidental de suplencia es “aquél celebrado entre un empleador y un trabajador con el objeto que éste sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral se encuentre suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación vigente, o por efecto de disposiciones convencionales aplicables en el centro de trabajo. Su duración será la que resulte necesaria de las circunstancias.

En tal caso, el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión en la empresa, operando con su reincorporación oportuna extinción del contrato de suplencia.

En esta modalidad de contrato se encuentran comprendidas las coberturas de puesto de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo debe desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo”.

El contrato de suplencia es otro de los contratos estrictamente temporales clásicos. Aunque su temporalidad no se deriva de actividades empresariales transitorias o no habituales, como sucede en el contrato de obra o servicios determinados o en el contrato ocasional, ni de necesidades eventuales en labores habituales u ordinarias de la empresa, como sucede en el contrato por necesidades de funcionamiento, su temporalidad proviene del modo de sustitución no definitiva “de un trabajador estable de la empresa”. Como se señala en el segundo párrafo del artículo 61, el trabajador sustituido cuenta con un derecho de reserva de puesto por el tiempo que dure su ausencia, lo cual implica que, en principio, el contrato de suplencia será un contrato a plazo determinado.

Sobre el contrato de suplencia hay que plantear básicamente dos consideraciones. La primera gira en torno al ámbito de aplicación subjetivo de esta figura, por cuanto se hace referencia expresa a que el trabajador sustituido debe ser “estable de la empresa”. Repárese que no se hace mención a la actividad estable o permanente de la empresa, en cuyo caso al lado de los trabajadores con contratos indefinidos podrían figurar los trabajadores con contratos temporales que cumplan labores estables, sino a la condición de estable del propio trabajador. Es decir, se refiere sólo a trabajadores con contratos pactados por tiempo indefinido. De este modo, si el empresario no puede recurrir al contrato de suplencia para sustituir a los trabajadores con contratos sujetos a modalidad, tiene que suscribir contratos de naturaleza indefinida con los nuevos trabajadores (suplentes). La norma es muy clara en este sentido y no deja espacio para la duda en la interpretación.

No obstante ello, la dureza con que la LPCP parece tratar a los supuestos de suplencia de trabajadores temporales no es más que un espejismo si se revisa el tercer párrafo del artículo 61. Con la poca sinceridad que caracteriza a la Ley, este párrafo permite incluir supuestos que desnaturalizan completamente el contrato de suplencia y el propio derecho al trabajo. Obsérvese que este párrafo ya no se refiere al carácter estable del “trabajador”, sino del “puesto de trabajo”. Es decir, por la vía de esta ampliación del supuesto de hecho del contrato de suplencia, se permite que el empresario contrate a un suplente tanto para cubrir a trabajadores con contratos por tiempo indefinido como a trabajadores con contratos sujetos a modalidad con la única condición de que trabajen en un “puesto de trabajo estable” (entiéndase, permanente). Ahora bien, el problema no acaba aquí. Si para el primer párrafo del artículo 61 era necesario que el contrato del trabajador a ser sustituido se encuentre suspendido por alguna causa legal o convencional, para este último párrafo basta “razones de orden administrativo” que le obliguen al trabajador a “desarrollar temporalmente otras labores en el mismo centro de trabajo”. En otras palabras, ya no se requiere la suspensión del contrato para recurrir al contrato de suplencia, simplemente será suficiente variar las labores de un trabajador que realiza labores habituales, estables o permanentes de la empresa, sea éste contratado a plazo fijo o por tiempo indeterminado. Ni siquiera se indica qué tipos de labores se pueden desempeñar en el nuevo puesto y, lo que es peor, no se señala cuánto puede durar la variación de labores. Como se ve, este párrafo colisiona directamente no sólo con la lógica del contrato de suplencia, sino también se estrella con el marco constitucional peruano que prohíbe

la contratación temporal sin causa razonable.

Me parece que la única lectura constitucional que resistiría este tercer párrafo del artículo 61 LPCL es el aplicable al supuesto de “cadenas de suplencia”. Me explico, cuando un trabajador tiene su contrato laboral suspendido y el empresario decide que quien lo suplirá es otro trabajador de su empresa, el contrato de suplencia se podría suscribir para cubrir la vacante temporal que deja este segundo trabajador. Por lo demás, es una fórmula que funciona en puestos de mayor responsabilidad, donde el empresario obviamente prefiere a un trabajador de su planilla ya conocido que a uno nuevo.

En cuanto a la segunda consideración que anunciábamos, es importante dejar claro que el contrato de suplencia, al menos en su formulación constitucional mencionada en el primer párrafo del artículo 61, también tiene un ámbito objetivo de operatividad.

Es necesario que se sustituya a un trabajador cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido. La LPCL habla de “vínculo laboral” que se encuentre suspendido, no obstante basta cotejar este artículo con el artículo 11 de la misma Ley para reparar que lo que se suspenden son las prestaciones del contrato y no el vínculo que, por lo demás, nunca desaparece durante la suspensión. El artículo 61 no hace mención a si sólo se refiere a la suspensión perfecta, como ocurre cuando el trabajador deja de trabajar y el empleador de abonar el salario, o también a la suspensión imperfecta, tal como sucede en los casos que sólo el trabajador deja de trabajar subsistiendo la obligación del empleador de remunerar, por lo que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Creemos que se admiten todas las causas de

suspensión a que se refiere el artículo 12 LPCL, salvo las que su objeto es incompatible con la contratación temporal de trabajadores, como puede suceder en el cierre temporal por razones de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando existen prohibiciones legales de contratación, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de huelga (artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, DS. 011-92-TR). De otro lado, a las causales de suspensión del artículo 12, habrán de sumarse todas aquéllas que vengan pactadas en un convenio colectivo o en el contrato de trabajo.

Finalmente, resta abordar el tema de la duración del contrato de suplencia. Desde hace mucho se ha planteado la discusión acerca de si el contrato de suplencia o bien acaba con el cumplimiento de la fecha concreta pactada en el contrato o bien con la reincorporación del trabajador que tenía suspendido el contrato. La respuesta que se da a esta disyuntiva no es baladí, puesto que de admitir el primer supuesto el contrato de suplencia al llegar a la fecha pactada se extinguiría automáticamente; en cambio, si se aplica el segundo, frente a la no incorporación del trabajador con el contrato suspendido, el contrato de suplencia se mantendría vigente hasta la reincorporación efectiva de éste. En otras palabras, la extinción en el contrato de suplencia está sujeta a término resolutorio (fecha concreta pactada en el contrato) o a condición resolutoria (fecha incierta, que puede suceder así como puede no suceder).

Planteado el problema, el artículo 61 LPCL parece referirse a una condición resolutoria, en la medida que su duración “será la que resulte necesaria según las circunstancias”. Es decir, no existe un plazo máximo fijado legalmente. Pero además, el segundo párrafo de este

artículo parece definitivo, cuando señala que “operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia”. De lo que se deduce que a pesar de que el contrato señale un plazo fijo y concreto, éste siempre cederá a la reincorporación efectiva del trabajador sustituido. Por lo demás, la incertidumbre de la causal de suspensión del contrato de suplencia, aconseja dejar abierta la duración del mismo. Por ejemplo, los permisos otorgados por la ley para que el trabajador desempeñe un cargo de representación municipal como alcalde pueden tener distintas intensidades temporales, pues el alcalde puede ser revocado antes que termine su mandato o, incluso, puede ser reelegido por otro periodo más.

Si el trabajador (alcalde revocado) regresa antes a su puesto de trabajo, el contrato de suplencia ha de extinguirse a pesar de que en el contrato se pactara un plazo mayor. Si el trabajador (alcalde reelegido) regresa cuatro años después a su puesto de trabajo, el contrato de suplencia se habrá extendido hasta ese momento sin importar que la fecha concreta pactada en el contratase haya cumplido. Por ello, y esta conclusión tiene gran trascendencia para la estabilidad laboral del trabajador suplente, si la condición resolutoria nunca se cumple y ya no se va a cumplir (por ejemplo, muere el trabajador sustituido, renuncia, se jubila o, simplemente, no renueva la licencia otorgada por su empleador), el trabajador suplente se incorpora a la planilla de la empresa. Así, al término en el contrato de suplencia (fecha concreta) sólo se le reconoce eficacia extintiva cuando coincide con el fin efectivo del derecho de reserva (reincorporación al puesto)

2.2.11. Contrato de Emergencia

En el artículo 62 LPCL se define el contrato temporal de emergencia. “El contrato de emergencia es aquél que se celebra para cubrir las necesidades promovidas por caso fortuito o fuerza mayor coincidiendo su duración con la de la emergencia”.

En este contrato estrictamente temporal serán las circunstancias promovidas por razones de caso fortuito o fuerza mayor las que permitan recurrir a la contratación temporal. Es curioso que la LPCL implemente este contrato sujeto a modalidad, sobre todo porque el caso fortuito y la fuerza mayor siempre fueron causales de suspensión o de extinción de las relaciones de trabajo artículos 12 y 46 LPCL). Lo que pretende, con esta modalidad contractual, es que la temporalidad dote de fuerza de trabajo suficiente a la empresa, con el fin de revertir los perjuicios causados por sucesos extraños al ejercicio de la actividad de la empresa.

Los sucesos ajenos a la voluntad de las partes laborales pueden provenir de la naturaleza o de circunstancias de conmoción social. Es tradicional enumerar dentro de este grupo a los incendios, inundaciones, terremotos, guerras, las plagas de campo, atentados, etc. Por ejemplo, ante una crisis del orden en una ciudad se puede reforzar el número de efectivos que cumplen labores de vigilancia que puede ser víctima de atentados. O, ante los perjuicios causados por un incendio en las instalaciones de una empresa se puede reconstruir lo afectado con trabajadores contratados por la modalidad temporal de emergencia.

Demás está decir que esta causa debe motivar directamente la necesidad de la contratación temporal, por

cuanto de esa manera se puede apreciar su necesidad excepcional y urgente. No entra dentro del contrato de emergencia, por ejemplo, el incremento de la demanda de frazadas luego de un terremoto que ha destruido miles de casas. No entra, porque el caso fortuito o fuerza mayor deben afectar directamente a la empresa. En el ejemplo, el perjuicio tiene efectos sobre el mercado y sólo indirectamente sobre la producción empresarial.

Hay que tener en cuenta que estos sucesos de la naturaleza o generados por conflictos sociales graves, deben presentarse de modo violento y repentino. La imprevisibilidad, junto a lo inevitable e irresistible del fenómeno, son elementos esenciales para advertir la presencia de esta causa (artículo 78 del reglamento LPCL, DS. 001-96-TR). Por ejemplo, un incendio en una mina donde es usual y común la generación de incendios no cumpliría el requisito de la imprevisibilidad.

De otro lado, también es clásico incluir dentro del concepto del caso fortuito o fuerza mayor, los actos o decisiones de los poderes públicos que inciden sobre la empresa, de modo imprevisible e inevitable. No obstante, resulta difícil imaginar supuestos de este tipo, dado que normalmente las decisiones de los poderes públicos se basan en actos normativos imperativos. Si es que, por ejemplo, se declara la ilegalidad de una actividad empresarial o la sanción por una infracción administrativa, es ilógico que el empleador requiera mano de obra para mantener una actividad que le está prohibida temporal o definitivamente. Como también es ilógico que se ofrezcan instrumentos excepcionales al empresario, como ocurre con la contratación temporal, a efectos de que cumpla lo requerido por la administración.

A mayor abundamiento, parece que el tipo legal del contrato de emergencia es excesivamente amplio y carente de controles, lo cual implica un riesgo a la contratación indefinida. No se menciona qué actividades empresariales están eventualmente sujetas a la situación de emergencia, por lo que debe admitirse que el contrato opera en las actividades estables o habituales y en las transitorias o no habituales. No se señala si la emergencia debe tener cierta entidad o no, pues tampoco se prevé ninguna verificación o control de tipo administrativo. Es la discreción del empresario la que decide la procedencia, debiendo simplemente notificar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo para su conocimiento y registro del contrato.

Más que en el plano de la actividad privada, creo que el ámbito de utilización normal del contrato de emergencia ha de estar en las contrataciones del sector público para enfrentar sucesos imprevisibles, inevitables e irresistibles. Ya se ha dado un caso, donde el gobierno alegó situación de emergencia para contratar mano de obra temporal. Para la reconstrucción de bienes públicos en la zona de Mesa Redonda, donde se produjo hace algunos años un incendio de grandes proporciones, el ejecutivo emitió el Decreto de Urgencia 004-2002 con el objeto de que se contraten trabajadores temporales por el tiempo que dure la reconstrucción.

Para terminar, el tema de la duración también presenta algunos inconvenientes. Queda claro que al ser un contrato sujeto a modalidad, el contrato de emergencia debe tener una fecha exacta de inicio y otra de término. Pues bien, el problema se genera debido a que el objeto del contrato es

claramente la emergencia y no el término fijo que indica el acuerdo de partes. Sin duda, alguien podría aplicar las mismas reglas que aplicamos para el contrato de obra determinada, sin embargo hay que tener presente que la obra determinada es un concepto que no se presta a la subjetividad. Si el contrato la define, entonces sólo será cuestión que se cumplan los términos contractuales que describen la obra. En cambio, la situación de emergencia puede prestarse siempre a interpretaciones convenidas y arbitrarias, lo cual podría quebrar todavía más el principio constitucional de preferencia de la contratación por tiempo indefinido. Más aún, entiéndase, si el contrato de emergencia puede operar también en labores estables o permanentes de la actividad empresarial (situación ésta, que no ocurre en el caso del contrato de obra determinada o servicio específico).

De este modo, a nuestro juicio, en el contrato de emergencia debe primar la importancia del término contractual (fecha concreta) pactado en el mismo contrato. La situación de emergencia debe ceder siempre a la fecha de extinción del contrato. Es difícil imaginar que la situación de emergencia acabe antes que el término contractual, pues el contrato está íntimamente anudado a ésta, pero si la situación de emergencia se mantuviera hasta después del término final del contrato deberá suscribirse una renovación del mismo. Esta postura encuentra fundamento legal en el artículo 77 LPCL en cuanto los únicos contratos sujetos a modalidad que no se han de transformar en indefinidos cuando se vence el término estipulado (fecha concreta), son dos: el contrato de obra determinada o servicio específico y el contrato de suplencia.

2.2.12. Los contratos temporales desvirtuados

Culminado el análisis de las fronteras difusas de los contratos estrictamente temporales, resta el análisis de una batería de contratos temporales donde paradójicamente la causa de temporalidad brilla por su ausencia. Sus objetivos no están en la satisfacción de actividades coyunturales o extraordinarias ni tampoco en satisfacer necesidades eventuales de las empresas, sino en otros objetivos de naturaleza política. Cuando el legislador laboral busca fomentar la creación de empleo, otorga al empresario facultades para contratar temporalmente mediante el “contrato por inicio o incremento de actividad” (artículo 57 LPCL). Cuando quiere fomentar una reconversión organizativa y tecnológica de las empresas, facilita la contratación temporal mediante el llamado “contrato por reconversión empresarial” (artículo 59 LPCL). O, cuando se busca incentivar cierta actividad empresarial, como ocurre con la industria exportadora de productos no tradicionales o con las zonas francas, el legislador ofrece sin mayores límites la posibilidad de recurrir a contratos temporales desvirtuados (artículo 80 y 81 LPCL).

Los inconvenientes de estas modalidades de contratación temporal deben evaluarse por lo menos en dos planos. Políticamente, como ya se ha dicho, la contratación temporal es insuficiente para acabar con el desempleo, con el atraso organizativo empresarial o con el poco peso de nuestra industria exportadora, pues tendrá que tener otras políticas de apoyo que actúen de forma simultánea. Sólo como parte de un plan de políticas públicas coherentes e intersectoriales, la contratación temporal puede tener alguna

eficacia en la consecución de estos objetivos. En segundo lugar, jurídicamente. La creación de estos contratos desprovistos de causa temporal actúa directamente en el terreno de las actividades estables o permanentes de las empresas, en cuyo caso vienen a reducir los márgenes tradicionales de actuación de la contratación por tiempo indefinido. Ésta, es una situación de evidente afectación al sistema propuesto por el texto constitucional, cuyo eje fundamental es el derecho al trabajo.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, no parece que la inclusión de estas modalidades contractuales sin causa de temporalidad en el texto de la LPCL genere una automática cuestión de inconstitucionalidad. Antes de llegar a esta conclusión, es necesario recordar que el legislador cumple también una labor política que le encarga la propia Constitución. Cuando existe un conflicto de derechos constitucionales debe procederse a una ponderación de intereses de ambos, con el fin de que los dos puedan convivir en el plano real de la Constitución. Así, el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución), y su proyección sobre la estabilidad laboral, puede conciliarse con los deberes primordiales del Estado (artículo 44 de la Constitución) y, en especial, con la “promoción del bienestar general”. Eso sí, habrá de tenerse en cuenta que las políticas de fomento legislativo no pueden ser permanentes, a riesgo de reducir el nivel

jerárquico que goza la Constitución en nuestro ordenamiento. Si fuera así, el legislador podría desconocer o reducir la aplicación de ciertos derechos fundamentales, con el único requisito de poner como pretexto la existencia de una “política pública”.

Desde que fueron implementados la mayoría de estos contratos estos contratos han pasado cerca de 15 años. La naturaleza coyuntural de las políticas de empleo en nuestro país se ha convertido en situación normalizada. Mientras tanto, los contratos temporales desvirtuados siguen poniendo en entredicho la idea de que el ordenamiento laboral peruano toma como regla general de contratación la de tiempo indefinido.

Sin más, pasamos a evaluar el objeto y duración de estos contratos.

2.2.13. Contrato por inicio o incremento de actividad

El artículo 57 de la LPCL define el contrato temporal por inicio o incremento de actividad, tomando en cuenta la diferencia que existe entre iniciar una actividad empresarial e incrementar una actividad ya existente. Quizá el vínculo disyuntivo no corresponda al efecto y hubiera sido preferible vincular ambos términos con el conector “y”. Dice el artículo 57 que “el contrato por inicio de nueva actividad es aquél celebrado entre un empleador y un trabajador originados por el inicio de una nueva actividad empresarial. Su duración máxima es de tres años”. Sin embargo, como sólo se refiere al “inicio de nueva actividad”, el segundo párrafo del mismo artículo 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”.

Este es un contrato, como ya se dijo, de claro perfil pro-empresarial. Pues, “ante la incertidumbre y el alto

componente aleatorio que comporta, para el inversor, el lanzamiento de una nueva actividad empresarial, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su negocio, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su nueva modalidad productiva, sin que en caso de fracasar ésta, venga a suponerle costo adicional derivado de la extinción de contratos por el procedimiento tradicional”⁴⁹. En otras palabras, se exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores.

Además de esta consideración que por sí sola descalifica la modalidad de contratación temporal que ahora se estudia, hay que tener presente que no se hace distinción entre puestos estables o temporales creados por la nueva actividad empresarial. Quizá por esta razón, el contrato por inicio o incremento de actividad es el contrato de mayor utilización en el Perú.

Pero, todavía hay más. El concepto de nueva actividad es tan abierto que vacía de contenido el propio derecho al trabajo. Lo que en teoría era la excepción se convierte en regla general, confinando a la contratación por tiempo indeterminado a un supuesto casi extraordinario. La “nueva actividad” incluye el inicio de una actividad empresarial ya sea en el marco de una nueva persona jurídica o de nuevos establecimientos o centros de trabajo, si se toma como referencia el sustrato orgánico que sustenta la actividad, y hasta el inicio de nuevas actividades sin necesidad de constituir una nueva persona jurídica o de abrir nuevos centros o establecimientos. En este segundo grupo, bastará que el empresario diga “como se ha abierto un nuevo mercado para mi empresa” o “como necesito una actividad dirigida a

la propaganda de la empresa”, para que por “arte de magia” pueda contratar en actividades permanentes a los trabajadores que considere necesarios por un plazo no mayor a tres años. La alta subjetividad que se esconde tras estas decisiones, otorga al empresario un poder de contratación temporal realmente fuerte.

Dentro del concepto de nueva actividad, el legislador, con un razonamiento cuestionable, incorpora “a los incrementos de las actividades ya existentes”. Esto no es una nueva actividad en términos lógicos, por lo tanto será un incremento en actividades empresariales antiguas. Ahora bien, este incremento se puede confundir con el incremento coyuntural por variaciones sustanciales de la demanda del contrato por necesidades del mercado. Lo cierto es que aunque se pueda encontrar alguna diferencia teórica, en el plano práctico terminan siendo lo mismo. Me explico, si por alguna razón coyuntural imputable al mercado, la empresa necesita eventualmente mano de obra para cubrir sus necesidades, es evidente que el empleador podrá recurrir opcionalmente o bien al contrato por necesidades del mercado o bien al contrato que le permita hacer frente a los incrementos de las actividades ya existentes.

Y ello, porque el mismo problema se mira desde dos ópticas distintas: en el primer caso, el problema se observa desde fuera de la empresa (variación del mercado); mientras, en el segundo, el problema se ve desde dentro de la misma (incremento de actividades).

El poder omnicompreensivo del contrato de inicio o incremento de actividad se traduce en su capacidad para prácticamente

anular todos los contratos estrictamente temporales. Por ejemplo, nada impide que una obra o servicio determinados sean el objeto de un contrato de inicio de nueva actividad. O, incluso, las necesidades transitorias pero no habituales de las empresas que se inscriben dentro del contrato ocasional, pueden ser enmarcadas dentro del concepto de “nueva actividad” para cada necesidad temporal concreta.

No obstante el poder de irradiación de esta figura, que llega incluso a suprimir verdaderos contratos temporales, son escasos los contrapesos que se han arbitrado desde la legislación. En esta línea, se puede observar que el artículo 76 del Reglamento de la LPCL, aprobado por DS 001-96-TR, pretende reducir el ámbito de operatividad del contrato por inicio o incremento de actividad a las actividades de empresas industriales. Me parece que la ilegalidad de esta norma es manifiesta, en la medida que está restringiendo el concepto de actividad empresarial a que se refiere la del artículo 57 de la LPCL.

Para terminar con este contrato, la duración máxima es de tres años. El plazo máximo juega como tope, por lo que se podrán suscribir contratos por inicio o incremento de actividad por plazos inferiores. Eso sí, este contrato siempre tendrá un término resolutorio (fecha concreta), cuyo cumplimiento extingue automáticamente el contrato. No vamos a discutir acerca del plazo porque es un tema secundario, desde nuestro punto de vista este contrato debe ser derogado, ya que es, además de lesivo del derecho al derecho al trabajo, nocivo para el mercado de trabajo.

2.2.14. Contrato por reconversión empresarial

Según el artículo 59 de la LPCL es “contrato temporal por

reconversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas de la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años”.

Este es otro de los contratos temporales desvirtuados, por no contar con una causa de temporalidad. Su objeto está muy lejos de satisfacer necesidades transitorias o extraordinarias, ya que busca fomentar la reorganización de los procesos empresariales o una reforma tecnológica. Nuevamente, hay que señalar que el contrato por reconversión empresarial es insuficiente para lograr esos objetivos, si es que no se enmarca en una política pública intersectorial (reducción de impuestos para importar maquinaria, capacitación para enfrentar el proceso de reconversión, búsqueda de mercados externos para la exportación de productos de estas empresas, etc.).

Ahora bien, parece que el ámbito de actuación del artículo 59 se circunscribe sobre todo a labores estables o permanentes de las empresas, porque, aunque no se excluyan expresamente a las temporales, es muy difícil que en estas últimas interese efectuar reconversiones empresariales.

El contrato por reconversión empresarial tiene dos causas. La primera, de tipo estructural, tiene que ver con cambios en la organización del trabajo o en el diseño del puesto de trabajo. La segunda, de tipo tecnológico, se entiende como hechos que implican un cambio del aparataje técnico de la organización productiva con el fin de modernizar la gestión de

la misma.

Obviamente, aunque el artículo 59 no lo mencione, hay que señalar que las reformas organizativas o tecnológicas deben tener una entidad suficiente para hacer necesaria la contratación de nuevos trabajadores. De lo contrario, es muy fácil que este contrato sujeto a modalidad se convierta en una vía de elusión masiva de la contratación por tiempo indefinido. Imagínese, dentro de una interpretación amplia del concepto de reconversión, bastará que el empresario compre una nueva computadora para que pueda recurrir a esta figura contractual.

El peligro de multiplicación de estos contratos de reconversión empresarial aumenta, si su generalidad causal se mezcla con la falta de controles administrativos adecuados para verificar la procedencia de la contratación. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo se limita a conocer y registrar estos contratos, más en la mayoría de los casos nunca contrasta esa información con la realidad. Además, al igual que el contrato por inicio o incremento de actividad, el empresario posee un alto grado de discrecionalidad al momento de alegar la causa.

Finalmente, la duración máxima es de dos (2) años. El contrato debe expresar en su texto la fecha concreta del final del mismo (término resolutorio), que bien puede coincidir con el límite legal de dos años o que bien puede ser inferior. En todo caso, el contrato por reconversión se extingue al cumplirse el plazo estipulado en el mismo.

2.2.15. Contratos de industrias exportadoras de productos no tradicionales y de zonas francas.

Para el caso de las empresas industriales dedicadas a la exportación de productos no tradicionales, la contratación laboral se llevará a cabo mediante el régimen especial impuesto por el Decreto Ley 22342. Mientras los contratos temporales ejecutados en zonas francas, también han de regularse por su normativa especial. Repárese que, en este último caso, lo relevante es la ejecución del contrato, sin importar a estos efectos el lugar de suscripción del documento.

Eso sí, es importante resaltar que a pesar de remitirse a regulaciones especiales, las empresas que utilicen estos instrumentos contractuales deben respetar la forma escrita del contrato temporal y dar cuenta de su firma a la autoridad de trabajo.

A nuestro juicio, merece un comentario especial el régimen del Decreto Ley 22342. Esta norma, publicada el 21 de noviembre de 1978, aplicable a todas las empresas industriales dedicadas a la exportación de productos no tradicionales, tiene por finalidad la de otorgar mayores ventajas contractuales a las empresas industriales que venden sus productos en el extranjero. Y digo “mayores ventajas contractuales” no en las circunstancias actuales, donde el criterio de la indefinición está muy devaluado, sino en momentos en que la contratación temporal se reservaba sólo para actividades empresariales excepcionales o transitorias. Recuérdese que el artículo 48 de la Constitución de 1979 reconocía literalmente el derecho del trabajador a la estabilidad en su empleo.

Sin duda, este régimen en algún momento tiene que haber sido bastante anormal, más aún porque la dispensa legal

abarca labores permanentes, estables o habituales de las empresas industriales dedicadas a la exportación. Señala el artículo 32 del Decreto Ley 22342 que: i) se puede contratar personal temporal en el número que las empresas industriales exportadoras requieran y ii) la contratación temporal se llevará a cabo por obra determinada tomando en cuenta para ello el contrato, orden de compra o el documento que origine la exportación.

Como se ve, el problema que salta a la vista es que se utiliza el contrato de obra determinada para labores permanentes. Es decir, si una empresa se dedica a exportar telas, las actividades tendientes a elaborar esas telas serán permanentes o estables. Pues bien, si un empresario va fragmentando en contratos de obra sucesivos (contratos de exportación) su actividad empresarial normal o habitual, lo que sucede es que nuevamente la contratación temporal invade el terreno propio de la contratación por tiempo indeterminado. Los trabajadores de la industria exportadora no tienen la seguridad si después de finalizado el actual contrato de exportación les renovarían el contrato. Ello, lógicamente, vulnera el derecho al trabajo.

La impresión general que queda, luego de revisar los contratos temporales desvirtuados, es la de una política de contratación temporal ciertamente caótica y desequilibrada. Con contratos sujetos a modalidad sin causa temporal, como los regulados en nuestra legislación, es lógico que los objetivos de fomentar la creación de empleo o la reconversión empresarial no hayan sido más que una ilusión. Lo concreto es que estos instrumentos contractuales se han correspondido muy bien con las necesidades empresariales de ajustar, ya de modo arbitrario ya de

modo razonable, el número de trabajadores sin asumir mayores cargas sociales. La flexibilidad en Perú, por lo menos en lo que atañe a la contratación de trabajadores, no ha tenido un perfil cualitativo, esto es, de reforma organizativa y tecnológica de las empresas, pues, por el contrario, se ha centrado en un perfil cuantitativo o, lo que es lo mismo, en brindar facilidades a los empresarios para incorporar o deshacerse de mano de obra sin mayor límite que su autoridad.

A continuación, identificados los límites sustantivos de los contratos sujetos a modalidad, pasaremos a evaluar qué sucede en caso se incumplan estos límites.

La presunción legal de contratación indefinida como límite al incumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad

2.2.16. Definición de la presunción y ámbito de actuación

Si es lógico que en nuestro ordenamiento jurídico laboral exista una preferencia de la contratación por tiempo indeterminado en labores permanentes, también es lógico que los contratos sujetos a modalidad habrán de respetar escrupulosamente los requisitos sustanciales descritos en el tipo legal. El cumplimiento supone especificar con detalle las causas objetivas que motivan la contratación sujeta a modalidad en ese caso, así como la duración del contrato.

Para empezar, a nuestro juicio, las formas de incumplimiento de los límites sustantivos de la contratación temporal pueden ser de dos tipos. De un lado, el incumplimiento puede ocurrir por la inexistencia de contrato escrito, en cuyo caso se estará ante contratos tácitos o verbales, o por consignar la causa de manera defectuosa. Es decir, no se expresa la

causa formalmente o se hace de modo ambiguo u oscuro. De otro lado, el incumplimiento puede darse, a pesar de la existencia de contrato de trabajo escrito, por el desajuste entre objeto del contrato escrito y ejecución de la prestación de servicios.

Los efectos del incumplimiento de las formalidades necesarias de los contratos sujetos a modalidad serán materia del siguiente punto de este trabajo, en la medida que son tratados de modo especial por la LPCL. Por ahora, centremos el análisis del supuesto en que, a pesar del contrato escrito, las labores cumplidas por el trabajador no se corresponden con el objeto del contrato sujeto a modalidad suscrito.

Cuando el empresario requiere al trabajador contratado temporalmente para que cumpla labores distintas a las estipuladas en el contrato, se produce evidentemente un incumplimiento de los límites sustantivos. No interesa si el desajuste es parcial o total, pues lo relevante es que no se respetan los límites mencionados. Ahora bien, a nuestro juicio, es aquí donde precisamente la presunción legal de indefinición despliega todo su poder. Como se sabe, el artículo 4 LPCL empieza diciendo “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Esta presunción legal, que para DEVIS ECHANDIA es una regla sustancial con efectos procesales sobre la carga de la prueba⁵², no hace otra cosa que redistribuir los pesos probatorios entre trabajador y empleador a efectos facilitar la prueba del incumplimiento empresarial. Admitiendo que para el trabajador será muy gravoso probar

que su labor es de tipo permanente o estable, y por ende corresponde su contratación por tiempo indefinido, el legislador laboral presume este hecho sólo con la prueba de que su vínculo jurídico es de naturaleza laboral. No obstante, a pesar de la facilidad probatoria que incorpora el régimen de la citada presunción, me parece que aporta muy poco al sistema general de carga de la prueba vigente en la Ley Procesal Laboral, Ley 26636. Ello se aprecia en el artículo 27 de esta norma, en cuanto señala que “corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente:

1) al trabajador probar la existencia del vínculo laboral y

2) Al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales (...).” De esta forma, aunque el trabajador demandante pueda incorporar al proceso todas las pruebas que crea necesarias, lo único exigible es la prueba del vínculo laboral. Por lo demás, probado éste, se activará la técnica presuntiva. Es decir, el empleador deberá probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley.

Se podrá decir que la presunción del artículo 4 LPCL no opera cuando existe un contrato sujeto a modalidad escrito, por cuanto equivaldría a devaluar el peso de la formalidad en los contratos temporales. En efecto, en el mecanismo de la presunción

bastará que el trabajador, una vez probado el vínculo laboral, simplemente ponga en duda la temporalidad, para que el empleador tenga que probar la existencia de causa justa en su contratación. En otras palabras, probado el vínculo de naturaleza laboral, para lo cual el trabajador sólo tendrá que presentar el

contrato de trabajo sujeto a modalidad, se desplaza el peso probatorio a la parte que pretende el carácter a tiempo determinado de la relación (el empleador). En este contexto, me parece importante reflexionar en tres direcciones. Primero, de no operar la presunción en contratos sujetos a modalidad escritos, el trabajador tendría que probar que su contratación no se corresponde con las causas de estos contratos. Ello implica, no sólo que se imponga al trabajador una “prueba diabólica”, sino que además la contratación temporal pasaría a tener prioridad sobre la contratación indefinida presumiendo su licitud. Segundo, si la contratación temporal es extraordinaria o excepcional la verificación de sus causas debiera hacerse con anterioridad a la propia contratación.

Es lo lógico. De ahí que, este mismo razonamiento haya que transportarlo al momento procesal correspondiente. Si bien es cierto que el trabajador demanda, también es verdad que quien alegó la causa temporal fue el empleador (quien alega un hecho está obligado a probarlo). Y, tercero, dado que, como se probará más adelante, los incumplimientos formales son sancionados directamente por la invalidez del término temporal del contrato sujeto a modalidad, de no aplicarse la presunción a los contratos escritos ésta no tendría ámbito de operatividad.

En conclusión, la presunción del artículo 4 opera sobre todo en los supuestos de incumplimientos de los límites sustantivos cuando existen contratos escritos.

2.2.17. La prueba en contrario

Probado el hecho base de la presunción, se ha dicho que automáticamente traslada a la parte empresarial. Ahora bien, la parte empresarial tendrá derecho a desvirtuar la presunción formada en el criterio del juzgador, si es que no quiere obtener un fallo en contra suya. El derecho a la contraprueba es razonable en la medida que de no existir llegaríamos a una conclusión ilógica, cual es transformar en indefinidos todos los contratos sujetos a modalidad con la sola puesta en cuestión del trabajador. El empresario debe defenderse de la presunción legal generada.

Al admitir prueba en contrario, la presunción legal es del tipo de las *iuris tantum*. El empresario, en su actuación probatoria, tendrá dos caminos para destruir la presunción. El primero, que el demandante no tiene vínculo laboral con él, cuestión complicada cuando media contrato escrito (salvo, claro está, cuando se pruebe la falsificación de documentos). El segundo, demostrar mediante documentos pertinentes que el contrato impugnado se fundamenta en una causa legal autorizada, así como en las circunstancias que amparan el estricto cumplimiento de la misma⁵⁴. Reténgase, no interesa la temporalidad de la prestación del servicio, sino que las necesidades empresariales y labores cumplidas por el trabajador encajen perfectamente en la causa legal autoritativa del contrato sujeto a modalidad.

Si el empleador no consigue destruir la presunción legal de indefinición, o no incorpora pruebas suficientes al proceso para este cometido, el fracaso procesal se traducirá en una sentencia contraria a sus intereses.

2.2.18. La preferencia sobre el fraude de ley.

Dado que en los casos de incumplimientos de requisitos

sustantivos bastará al trabajador la prueba del vínculo laboral para que el empleador sea el responsable procesal de aportar medios probatorios que fundamenten su decisión de utilizar los contratos sujetos a modalidad, lo primero que se puede preguntar es ¿y qué pasa con el fraude de ley?. Después de todo, la contratación a plazo fijo en actividades permanentes de las empresas que debieran ser terreno abonado para contratos indefinidos, puede enmarcarse también en una conducta fraudulenta. Tenemos una conducta con apariencia de licitud, que sería el contrato sujeto a modalidad, que posibilita la obtención de un beneficio o resultado no debido ni pretendido por la norma legal (la elusión de la contratación por tiempo indefinido). En otras palabras, hay una norma de cobertura que utiliza el empleador con el propósito de eludir la verdadera regulación aplicable al hecho.

No obstante, cuando se alega el fraude, el trabajador tendrá que desplegar una actividad probatoria mucho mayor a la que le exige la presunción de indefinición del artículo 4 LPCL. Tendrá que probar, además de la naturaleza laboral del vínculo, la conexión entre norma de cobertura y norma eludida para hacer uso desviado de la contratación temporal. Dado que la conducta fraudulenta se caracteriza por su camuflaje, por su apariencia legal, la prueba de quien alega la existencia de fraude (usualmente, del trabajador) será más pesada. Hace falta que quien alegue la existencia de fraude de ley suministre al juzgador los elementos de hecho precisos para convencer al juez de que se pretendió evitar la aplicación de las normas aplicables al caso, mediante la actuación de otras normas con finalidades distintas.

Hechas estas consideraciones, parece evidente que la estructura probatoria de la presunción de indefinición favorece más al trabajador que la figura del fraude de ley. Existe un aligeramiento de la prueba en la presunción que no puede ofrecer el fraude, por lo que si el trabajador sigue esta segunda vía tendría que estar muy seguro de probar que las labores cumplidas en la realidad no se corresponden con las pactadas en el contrato sujeto a modalidad escrito. O dicho de otro modo, que en su caso correspondía la suscripción de un contrato por tiempo indefinido. De lo contrario, su demanda será declarada infundada.

Ahora bien, a esta preferencia de la presunción de indefinición sobre el fraude de ley, cabe hacer un matiz adicional. Y es que el fraude, como instrumento que persigue el mal uso de la contratación temporal, tiene como efecto la desnaturalización del contrato de trabajo. Esto es, el artículo 77 de la LPCL en su apartado d) señala que “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada, cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas por la presente ley”. Lo que hay que entender es que la prueba del fraude desencadena una sanción, sin posibilidad de que el empleador pruebe en contrario. Probado el fraude por el trabajador, el contrato de trabajo sujeto a modalidad se considerará como de duración indeterminada.

Más que una preferencia de una figura sobre otra, me parece que existe una coexistencia armónica que ofrece al trabajador dos opciones vinculadas a sus posibilidades de prueba. Si el trabajador cuenta con suficientes elementos probatorios como para crear en el juzgador la certeza de un

fraude, ésta será la vía adecuada en atención a las consecuencias más duras que persigue esta figura⁶¹; en cambio, si el material probatorio es insuficiente, lo que corresponde será la impugnación de la contratación temporal por la vía de la presunción.

Finalmente, es cierto que el énfasis de este punto se ha puesto en el caso de la elusión de la contratación por tiempo indeterminada. Sin embargo, no se deben descartar otros casos de incumplimientos de límites sustantivos que también pueden reconducirse por la vía del fraude. Por ejemplo, un empresario contrata a través de una empresa de servicios temporales a un trabajador por medio de un contrato ocasional, cuando en realidad se ha probado que las circunstancias y las labores se ajustan a un contrato por necesidades del mercado. La necesidad de contratarlo por una empresa de servicios hace que se utilice voluntariamente un tipo contractual que no corresponde a la realidad. La particularidad de este supuesto está en que la norma defraudada no es la contratación indefinida, sino otro contrato sujeto a modalidad. Por lo demás, al entenderse la configuración de una conducta fraudulenta, es lógico pensar que la aplicación de la norma defraudada consiste en aplicar no la contratación indefinida, sino el contrato por necesidades del mercado.

Repárese, no parece que se pueda aplicar el artículo 77.d), por dos razones. Primero, este artículo que impone la desnaturalización habrá de ser interpretado de forma restrictiva, puesto que una sanción no puede imponerse a todos los casos de fraude. Me parece que haciendo una interpretación sistemática del artículo respecto del grupo normativo en el que se inserta, lo que se busca proteger es la

burla del contrato por duración indeterminada. Segundo, porque el contrato que se tendría que desnaturalizar es el que tiene el trabajador con la empresa de servicios temporales, ya que la empresa usuaria no tiene vínculo jurídico alguno con el trabajador. El artículo 77 señala literalmente “los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indefinida (...)”.

El problema que se aprecia en esta segunda razón, es que el contrato sujeto a modalidad ha sido suscrito por la empresa de servicios y el trabajador, sin intervención del autor del fraude (empresario de empresa usuaria). Entonces, ¿cómo sancionar a este último?. La respuesta la ha venido a dar el Reglamento de la Ley 27626, aprobado por DS 003-2002-TR, que desarrolla la ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, en cuyo artículo 14 señala que “se considera desnaturalizada la intermediación laboral, y en consecuencia configurada una relación laboral directa con el trabajador y la empresa usuaria, cuando (...) [se utilice] la intermediación para servicios temporales distintos de los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia...”. De esta forma, la empresa usuaria tendrá que contratar al trabajador directamente, mediante un contrato por tiempo indefinido.

Como se ve, la sanción de desnaturalización del contrato modal proviene de la Ley de Intermediación Laboral y no del artículo 77 LPCL. Así que de no existir una empresa de servicios de por medio, esto es, en el marco de una relación directa entre trabajador y empleador, nuestra opinión será la de aplicar la norma defraudada (en este caso,

el contrato sujeto a modalidad encubierto). No obstante esta conclusión, me parece que el caso debería reconducirse de todas formas a la sanción de duración indefinida. No por el artículo 77, que como ya se dijo no se adecua al supuesto, sino alegando que el contrato por necesidades del mercado no tiene validez por incumplir requisitos básicos de forma. Por ejemplo, aunque el contrato ocasional conste en documento escrito, no sucede lo mismo con el contrato de necesidades del mercado. Como se verá más adelante, los contratos sujetos a modalidad desprovistos de forma escrita acarrearán la invalidez de su término temporal transformándose en contratos de duración indefinida.

2.2.19. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad y la continuidad de servicios

Como quiera que la LPCL tienda a impedir el incumplimiento de los requisitos sustantivos de los contratos sujetos a modalidad, también obliga que la ejecución del contrato respete rigurosamente los límites temporales impuestos ya sea por la ley ya sea por la autonomía privada. Ya hemos visto cómo la presunción de indefinición de la relación laboral opera en el marco del desajuste entre objeto del contrato suscrito y ejecución de labores, ahora vamos a ver qué sucede en los casos que el trabajador continúa prestando sus servicios sin un contrato que lo respalde.

El capítulo VII del Título II de la LPCL, llamado “desnaturalización de los contratos”, acoge en su seno al artículo 77. Este artículo señala de modo imperativo que cumplidos ciertos supuestos “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración

indeterminada”. Desde este punto de vista, la desnaturalización de los contratos lleva aparejada una sanción que no es otra que transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo indeterminado. Sanción ésta que, por lo demás, no admite ninguna prueba en contrario por parte del empleador.

En su inciso a), el artículo 77 menciona el primer caso de desnaturalización. “Si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden el límite máximo permitido”. Esta norma tiene dos supuestos. Primero, el que incumbe al contrato en particular. Y segundo, el que tiene que ver con las prórrogas o las cadenas de contratos sujetos a modalidad. Luego, nos detendremos a analizar este segundo supuesto, por ahora centrémonos sólo en el primero.

El supuesto de hecho de la norma hace prever su consecuencia. Si un trabajador es contratado por un contrato sujeto a modalidad, se supone que la prestación está sujeta a un plazo fijo. Por ello, la continuidad de la prestación de servicios pese a la llegada del término resolutorio estipulado en el contrato, habrá de entenderse como supuesto desencadenante de los efectos de la desnaturalización del contrato. Por lo demás, la reacción del ordenamiento parece lógica, en virtud de que si la empresa tiene la necesidad de contratar un trabajador a plazo fijo, el exceso del plazo negaría abiertamente tal necesidad. Al contrario, su necesidad sería de naturaleza permanente, en cuyo caso procede la contratación por tiempo indefinido.

Si todos los contratos sujetos a modalidad debieran

extinguirse a la llegada del plazo estipulado, bastaría el inciso a) para regular la desnaturalización. Sin embargo, como ya se ha apuntado, existen dos contratos, el de obra determinada y servicio específico así como el de suplencia, que requieren normas expresas debido a su carácter especial. De ahí que, el inciso b) del artículo 77, mencione “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 del contrato, sin haberse operado renovación”. El problema con este contrato es que el término resolutorio relevante no es la fecha estipulada en el contrato, en la medida que ésta siempre será referencial, sino el momento en que finalice la obra. Así, resulta lógico que si el trabajador continúa prestando servicios a la empresa pese a haber terminado la obra para la que fue contratado, el empresario deba ser sancionado con la conversión del contrato temporal en indefinido. El razonamiento es el mismo del inciso

a), pues obviamente las necesidades desaparecieron o simplemente nunca existieron.

En la misma lógica, el legislador laboral peruano utiliza el mismo razonamiento en el inciso c) cuando señala que “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando”. Esta otra excepción, lo que hace es subordinar los plazos fijos suscritos en el contrato o los plazos máximos de sustitución a la condición de que el titular del puesto se reincorpore. En otras palabras, el contrato de suplencia no se extingue automáticamente por el cumplimiento del plazo estipulado, pues se convertirá en indefinido si el trabajador continúa laborando y el titular no se

reincorpora. De ahí que, sea realmente importante que se indique en el contrato de suplencia, además de la causa de sustitución, el nombre del sustituido⁶⁶.

Me parece que aquí, el legislador es reiterativo, en la medida que, como ya se dijo, el contrato de suplencia está sujeto a condición resolutoria (artículo 61 LPCL). Esto es, sólo se extingue cuando se produce la reincorporación del titular del puesto. De este modo, el trabajador suplente mantiene su derecho de permanencia hasta que la reincorporación del titular no se produzca. A la inversa, si nunca se produce la reincorporación (ya sea por muerte, jubilación, reincorporación en otro puesto, renuncia, etc.), el contrato de suplencia no podrá extinguirse. Quizá lo que busca el legislador en el artículo 77 no es otra cosa que reconocer que el contrato de suplencia va a transformarse en uno de carácter indefinido. Cosa que, por lo demás, ya sucede en el plano de los hechos, al no producirse y no poderse producir la reincorporación.

Por ello, lo que se viene a prohibir es que el empleador termine la relación laboral de suplencia por la llegada del plazo pactado sin atender a la reincorporación efectiva del titular.

El legislador abre un espacio importante a la expectativa de estabilidad del trabajador suplente o interino. Es en este inciso donde queda claro que el contrato de suplencia está sometido, más que al plazo estipulado en el contrato, al fin del mismo, esto es, a la duración del derecho de reserva del puesto del trabajador sustituido. Eso sí, hay que tener presente que sólo opera la transformación de temporal a indefinido, cuando el titular del puesto hace abandono o

pierde su derecho de reserva (o, lo que es lo mismo, cuando renuncia a la reincorporación al puesto o esa deviene en imposible). De esta forma, por ejemplo, cuando un trabajador es becado para irse a estudiar un postgrado en el extranjero y por eso solicita una licencia en su centro de trabajo que por supuesto es aceptada. La beca, en principio, es por dos años, pero imaginemos que le ofrecen un tercer año. Se supone que el contrato de suplencia se pactó por dos años, esto es, el período de ausencia del titular del puesto. Sin embargo, al pasar los dos años y no regresar, no significa que el suplente automáticamente cambiará su condición de temporal a indefinido. Ello sólo sucederá si el titular no solicita una prórroga de su licencia. Por el contrario, si la solicita, quiere decir que todavía no se ha cumplido la condición resolutoria: final de la licencia o del período de suspensión de las prestaciones del contrato de trabajo.

En cuanto al supuesto de pérdida del derecho de reserva, puede citarse el artículo 19 del reglamento de la LPCL. Se señala que “cesará el derecho de reserva si el trabajador [con invalidez temporal] es declarado en estado de invalidez absoluta permanente (...)”. De esta forma, declarada la invalidez absoluta permanente del titular, éste perderá su derecho de reserva del puesto. Y ello, será relevante para la estabilidad del trabajador suplente, siempre que continúe prestando servicios.

Quizá el problema que no despeja la LPCL en este inciso c) del artículo 77, es qué pasa con el trabajador suplente que sigue prestando servicios a pesar de la reincorporación del trabajador titular. Queda claro que si la reincorporación del titular ocurre en un puesto distinto es como si ésta nunca se hubiera producido, pero si ocurre en

el mismo puesto la situación cambia. Desde mi punto de vista, el contrato de suplencia perdería su objeto, convirtiéndose también en una relación por tiempo indefinido. Más todavía, si la labor de suplencia, como se dijo en el artículo 61 LPCL, opera en el marco de actividades estables o permanentes de las empresas. Eso sí, no estamos frente a un caso de desnaturalización identificado en el artículo 77 LPCL, por lo que tampoco se podrá aplicar la sanción de indefinición que le viene anudada sólo a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad.

2.2.20. ¿Desde cuándo se transforma el contrato sujeto a modalidad en indefinido?

Punto de debate trascendental en este tema es el referido al momento desde el que se debe entender transformado en indefinido el contrato sujeto a modalidad. O bien el contrato por tiempo indefinido abarca desde el inicio de la relación laboral o bien existe recién con posterioridad a la finalización del contrato sujeto a plazo fijo. Entiéndase, por ejemplo, un trabajador continúa trabajando después de terminada la obra determinada en el contrato sujeto a modalidad. Está claro que se ha producido una desnaturalización del contrato modal, sin embargo, del texto de la ley no queda claro si el contrato a plazo indefinido regula la prestación desde el momento que empezó la obra o desde el momento que terminó.

Lo cierto es que la discusión no es banal, pues por el contrario de la respuesta dependen varios derechos del trabajador. Tal es el caso de las indemnizaciones por despido arbitrario ya que como se calculan a razón de sueldo y medio por cada año de servicio, el tiempo acumulado es relevante

para el cálculo.

Me parece que el mandato del artículo 77 LPCL es claramente una sanción. La desnaturalización supone la utilización de las modalidades de contratación temporal para labores de distinta naturaleza. Es más, labores que casi siempre coincidirán con tareas permanentes, donde la contratación temporal sólo jugó un rol encubridor. El legislador lo que quiere es sancionar las conductas que desatienden la característica esencial de los contratos sujetos a modalidad: el plazo fijo de la duración. Por eso, en suma, la indefinición debe predicarse desde el momento que inicia la relación de trabajo.

Se podría alegar contra esta postura, en primer lugar, que el empresario que hizo un uso correcto de la temporalidad y cumplió todas las formalidades del caso, no tendría por qué verse perjudicado con efectos hacia el pasado. O, como ha sugerido una posición jurisprudencial, “el cómputo para el pago tanto de la compensación por tiempo de servicios y de la indemnización por tiempo de servicios debe corresponder sólo por el periodo en que el contrato sujeto a modalidad pasó a ser uno de duración indeterminada”. En nuestro caso, supongamos que se suscribe un contrato de obra con una obra perfectamente determinada. Si se cumple la obra, se entiende que el derecho empresarial de acogerse a la contratación temporal fue ejercido dentro de los cánones de normalidad sobre todo en lo que toca al objeto del contrato. ¿Por qué sancionar a alguien por ejercer correctamente un derecho?. Creo que aquí, el problema está en interpretar que entre los límites sustantivos de la contratación temporal existe una suerte de preferencia por el objeto del contrato sobre la duración del mismo. Y ello, no es

así. Tanto el objeto como la duración son requisitos relevantes de la contratación temporal, así que su incumplimiento atañe al contrato suscrito. La jurisprudencia, en este sentido, ha venido a introducir un elemento de devaluación de la naturaleza jurídica sancionatoria que posee el concepto legal de desnaturalización del contrato sujeto a modalidad.

Creo que un argumento de mayor entidad es el que, basándose en la teoría del contrato, alega la novación contractual en los supuestos de desnaturalización del contrato. Se señala que la sustitución de la condición temporal del contrato, de una de plazo fijo a otra de plazo indeterminado, rompe el equilibrio contractual de las partes, generando una relación jurídica distinta. De esta forma, el contrato temporal al variar su “duración” se convierte en una relación jurídica distinta de la que fundamenta el contrato por tiempo indefinido. En respuesta a ello, creo que la consideración del mismo supuesto desde el enfoque del Derecho del Trabajo cambia un poco respecto de la teoría general del contrato, por cuanto en aquél el derecho al trabajo respalda la contratación por tiempo indefinido, mientras en ésta se parte de consideraciones distintas. En la teoría general del contrato no existe un principio de preferencia de la contratación indefinida. Lo que hay que tener en cuenta, además, es que la conversión del contrato a plazo fijo en por tiempo indefinido viene a atacar sobre todo las cláusulas contractuales que sustentaban la temporalidad de la relación, permitiendo que la normativa genérica del derecho del Trabajo actúe con toda su fuerza. Lo que se quiere decir es que las demás cláusulas del contrato temporal serán válidas, sin embargo al operar la conversión también entrarán a regular la relación jurídica las normas aplicables al contrato por tiempo indeterminado (por ejemplo, sistema

general de impugnación del despido). Incluso, algunos autores tras aceptar la dualidad de relaciones jurídicas han señalado que ello no puede afectar la el mantenimiento de derechos, beneficios y ventajas acumulados en el tiempo, sobre todo la relativa a su antigüedad en la empresa.

2.2.21. Los casos de suspensión.

Dado que el supuesto de la desnaturalización que estudiamos presupone dos requisitos: de un lado, el cumplimiento del plazo estipulado o del fin del contrato (obra o servicio determinados y suplencia), y, de otro, que el trabajador continúe laborando, se plantea el problema de qué pasa en los casos que la prestación de servicios se encuentra suspendida. ¿Qué sucede en los casos de suspensión del contrato de trabajo?

Imaginemos el caso de una trabajadora cuyo vínculo jurídico con la empresa es uno de naturaleza temporal, sin embargo al momento de la expiración del contrato gozaba de una licencia por maternidad durante el descanso pre y postnatal. O un trabajador de la construcción con un contrato de obra determinada que al concluir la obra se encontraba en un periodo de invalidez temporal.

Creo que en estos casos el mayor inconveniente está en el hecho de que la LPCL reconoce al cumplimiento del plazo de duración del contrato (plazo estipulado, término de la obra o reincorporación del trabajador titular para el caso de suplencia) un efecto extintivo automático. A la inversa, para la LPCL el contrato se extingue llegado el plazo estipulado o cumplido el fin. Sin embargo, sólo excepcionalmente, cuando del comportamiento de las partes se derive una voluntad no extintiva, el contrato sujeto a modalidad se entenderá como

de duración indeterminada (artículo 77). Y esta voluntad “no extintiva” no es otra que la continuidad de la prestación del servicio por parte del trabajador, así como el consentimiento presunto por parte del empleador. En conclusión, la LPCL exige como requisito necesario para la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad la prestación efectiva de servicios. Si el contrato de trabajo está suspendido, aunque se mantenga vivo el vínculo laboral, no hay forma de manifestar la voluntad “no extintiva”. No obstante, finalizada la causal de suspensión el trabajador ya no podrá volver a prestar servicios, pues si lo hace operaría nuevamente el artículo 77 LPCL.

2.2.22. Los límites formales a los contratos sujetos a modalidad

La forma en el contrato de trabajo sujeto a modalidad ha de tener también, al igual que el objeto y la duración, una gran relevancia como límite. Y atendiendo a lo dispuesto por nuestra legislación destacan básicamente dos. En primer lugar, la forma escrita.

En segundo lugar, la notificación de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo con fines de conocimiento y registro. Analicemos cada uno de estos requisitos formales y, eventualmente, qué efectos, contractuales o extracontractuales, acarrea su incumplimiento.

2.2.23. Ámbito y determinación del requisito de forma escrita

Según el artículo 72 LPCL “los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación

laboral”.

Cuando, en el punto anterior, nos referíamos a requisitos sustantivos de los contratos sujetos a modalidad, ello se podía entender de dos maneras. En primer lugar, o bien no había contrato escrito o bien su existencia no era suficiente entender que se ha consignado la causa o duración del contrato temporal. En segundo lugar, existe el contrato escrito, pero existe un desajuste entre el objeto o la duración del contrato escrito y la ejecución de la prestación de servicios. En uno, se hace mención a los requisitos de forma; en el otro, a los requisitos sustantivos.

Como quiera que ya hemos tratado los segundos, pasamos al análisis de los primeros. Partiendo del teorema de que los contratos sujetos a modalidad son figuras excepcionales, en tanto que la regla general del ordenamiento laboral descansa sobre la contratación indefinida, es razonable que se imponga como “necesario” el requisito de la escritura. Dado que se hace uso de una atribución legal especial y extraordinaria, es lógico que se quiera, a través de la escritura, reforzar la actuación tanto del objeto como de la duración del contrato.

Como ya se dijo, la protección de los límites sustantivos no se alcanza únicamente con exigir la forma escrita del contrato. Tan importante como ello es que el documento escrito consigne suficientemente los requisitos de objeto y duración. El “contenido mínimo del contrato sujeto a modalidad” supone consignar en sus cláusulas, con precisión y claridad, el objeto y duración⁷². En cuanto al objeto, es esencial sobre todo en casos en que de él depende la duración del contrato, como ocurre en el caso del contrato

de obra determinada o servicio específico o en el de suplencia. Pero, no será suficiente identificar una obra o servicio, también habrá que determinar las labores que cumplirá el trabajador. En cuanto a la duración, resulta de suma importancia de cara a los contratos temporales desvirtuados, en los que no existe objeto de naturaleza temporal. Las cláusulas ambiguas o vagas se tendrán por no puestas, con lo cual ese acto se configurará como un incumplimiento formal de la escritura.

Es así, que se puede reconocer a la forma escrita una labor de control de la contratación laboral. Pero, debemos añadir que esta labor se complementa asimismo con otras necesidades del ordenamiento laboral. Entre otras, se puede apreciar que la escritura del contrato evitaría un posible escape hacia la atipicidad generalizada de los contratos. Me explico, dado que la flexibilidad laboral ha generado multitud de contratos atípicos (temporales, a tiempo parcial, a domicilio, teletrabajo, etc.), donde se afectan ciertos aspectos del contrato común como ocurre con el contrato indefinido ordinario a tiempo completo, la inexistencia del límite de forma escrita supondría una amplia libertad concedida al empresario para optar por uno u otro. Imaginemos un ejemplo. Un trabajador empieza a trabajar ocho (8) horas diarias sin contrato, al cabo de un tiempo le dicen que su contrato ya terminó por cuanto ya finalizó la obra determinada. Pero, no sólo eso, le dicen además que su prestación fue inferior a cuatro (4) horas, razón por la cual no le corresponde compensación por tiempo de servicios ni vacaciones anuales. Como se ve, el paso a la atipicidad puede conllevar la pérdida de varios derechos. Así, la formalidad escrita evitará la elusión de derechos o ventajas laborales, permitiendo que la regulación del derecho laboral

actúe con toda su fuerza.

Por último, me parece que la forma escrita, en el caso de la contratación temporal, permite al trabajador el conocimiento de las peculiaridades de su vínculo. El derecho de información es clave para determinar sobre todo aspectos relacionados con la extinción del contrato sujeto a modalidad.

2.2.24. Efecto del incumplimiento

Establecidos los parámetros dentro de los cuales se mueve el requisito de la escritura del contrato modal, resta analizar los efectos jurídicos de aquél incumplimiento. La ausencia de forma escrita o la insuficiencia en la expresión del objeto o de la duración en un contrato escrito, acarrearán sin más la invalidez del término temporal del contrato sujeto a modalidad supuestamente acordado. Ello no quiere decir que se declare nula la relación jurídica, por cuanto ésta podrá reconducirse por la vía del contrato por tiempo indefinido. Es decir, se declara inválido el término temporal del contrato sujeto a modalidad alegado, pero subsisten las demás cláusulas contractuales y toda la regulación del derecho del trabajo.

Se podría pensar que al no existir contrato escrito o al ser éste defectuoso en la consignación de datos relevantes para la contratación temporal, el mecanismo de impugnación también, al igual que el incumplimiento de los límites sustantivos, debiera ser la presunción de indefinición recogida en el artículo 4 LPCL. “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. El problema de ello estriba en que de seguir este camino, el empresario tendría derecho a probar en contrario. En otras palabras, a pesar de no existir contrato escrito, el

empresario podría acogerse a la regulación de los contratos sujetos a modalidad si prueba que sus necesidades y las labores desempeñadas por el trabajador encajan en los tipos contractuales legales. Claro, ello sucederá porque la presunción del artículo 4 es una presunción legal del tipo de las *iuris tantum*.

Me parece, y hay que decirlo con toda rotundidad, que la admisión de prueba en contrario en los supuestos de incumplimiento de la formalidad escrita, devalúa completamente la importancia de la escritura en los contratos sujetos a modalidad.

Ahora bien, la necesidad de la forma escrita en los contratos sujetos a modalidad como presupuesto de validez, se deduce, a nuestro juicio, del segundo párrafo del artículo 4 y del 72 LPCL. Cuando el primero de estos artículos señala que el contrato por tiempo indeterminado “podrá celebrarse de forma verbal o escrita”, no hace otra cosa que introducir la libertad de forma en un supuesto donde la garantía de la escritura se hace innecesaria. Al contrato por tiempo indeterminado se le aplicará sin restricciones ni obstáculos la normativa común del Derecho Laboral. Sin embargo, el mismo párrafo distancia de esta prescripción al contrato sujeto a modalidad, señalando que sólo se puede hacer uso de estas figuras contractuales excepcionales “en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”. Más aún, utilizando esta remisión, el artículo 72 dice: “necesariamente deberán constar por escrito”. La garantía de la escritura en esta clase de contratos parece promovida por la propia LPCL.

A mayor abundamiento, desde la perspectiva de una

interpretación sistemática, habría que tener en cuenta también la literalidad del título que tiene el capítulo V. Capítulo donde, por lo demás, se inserta el artículo 72 LPCL. “Requisitos formales para la validez de los contratos” tiene que interpretarse como un principio con aplicación concreta al requisito de forma escrita. Sobre ello, dos reflexiones. En primer lugar, en el citado capítulo V sólo existen dos requisitos formales, esto es, la forma escrita y el conocimiento y registro ante la Autoridad de Trabajo, no obstante sólo la primera tiene efectos sobre el contrato, puesto que la segunda reviste consecuencias de tipo extracontractual (si no se comunica para el conocimiento y registro de la administración, eventualmente puede generarse una multa). Por lo que, lo que concierne a la validez del contrato sólo tiene relación con el requisito de la escritura del contrato. En segundo lugar, si la validez como consecuencia se anuda al cumplimiento de la forma escrita, quiere decir, a la inversa, que la inexistencia de forma escrita generaría la invalidez del contrato. Llegados a esta conclusión, conviene hacer un matiz. Como ya se ha dicho, en Derecho del Trabajo no se puede hablar de invalidez del contrato a riesgo de reconocer como nulo el concierto de voluntades. Y ello, porque hay prestaciones, como la prestación de servicios, que son irreversibles. Aquí, lo que se declara inválido es el término contractual temporal al que se llegó mediante acuerdo verbal o tácito, dejando subsistente los demás acuerdos del contrato desprovisto de forma escrita.

Me parece que la inexistencia o existencia insuficiente de forma escrita puede tener, incluso, trascendencia constitucional. La inobservancia de causa justificada para la contratación temporal puede lesionar diversos derechos

constitucionales. Así, el primero de la lista sería el derecho al trabajo (artículo 22 Constitución), pues si la regla general de contratación debe ser la contratación indefinida como promotora del derecho de estabilidad en el trabajo, la excepción, esto es, el contrato sujeto a modalidad, debería contener una causa justa de contratación. De admitirse la contratación temporal sin causa, se estaría negando la prioridad que el derecho al trabajo reconoce a la contratación por tiempo indeterminado. Es decir, el empleador tendría libertad de forma también en la contratación temporal.

La ausencia de causa también impide un ejercicio total del derecho de defensa (artículo 139.14 Constitución). Quizá la expresión de causa puede parecer irrelevante para alegar el mecanismo presuntivo del artículo 4 LPCL, ya que lo indispensable en esta vía es probar la naturaleza laboral de los servicios. Pero, no sucede lo mismo en los casos que el trabajador quiera alegar fraude de ley, por ejemplo. ¿Cómo puede articular una defensa ante una causa que ni siquiera conoce?. ¿Cómo puede presentar una demanda si no tiene datos acerca del acto que sirve de cobertura al fraude?. Me parece que los derechos de orden procesal también deben actuar en esta instancia, con el objeto de impedir una situación de indefensión del trabajador en pleno proceso judicial.

Por último, el documento escrito permite al trabajador conocer la peculiaridad de su vínculo laboral, con el fin de evitar arbitrariedades por parte del empleador. Sabiendo de las distintas fórmulas atípicas que puede revestir el contrato de trabajo, es parte del deber de buena fe contractual dejar en claro las reglas que han de regir la relación. El derecho de información será una de las bases fundamentales de todo

sistema de contratación.

2.2.25. Notificación de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo

Según el artículo 73 LPCL “una copia de los contratos será presentada a la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales de su celebración, para efectos de su conocimiento y registro. La Autoridad Administrativa de Trabajo puede ordenar la verificación posterior de la veracidad de los datos consignados en la copia a que se refiere el párrafo precedente, a efectos de lo dispuesto en el inciso d) del artículo 77, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido”.

Como se ve, el artículo 73 impone dos obligaciones al empleador con respecto a la Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT). La primera, presentar una copia del contrato de trabajo a la autoridad administrativa. Y la segunda, no realizar actos fraudulentos.

Ambas obligaciones o requisitos formales son impuestos respecto de la AAT, de ahí que su naturaleza sea extracontractual. Si en el caso de la forma escrita su operatividad afectaba internamente el régimen del contrato, por cuanto las responsabilidades las asumía el empleador al interior de la empresa, en el caso de las obligaciones del artículo 73 su terreno de actuación es externo al contrato y a la empresa, pues el empleador asume sus responsabilidades de cara a la administración.

En cuanto a la primera obligación, la presentación de una copia del contrato de trabajo a la autoridad administrativa, hay que señalar que la propia norma define los fines. Señala que la notificación tiene por efecto el conocimiento y el registro. Ahora

bien, por lo que señala el artículo 73 la obligación de presentar la copia del contrato no es inmediata a la celebración del mismo, pues el empleador cuenta con 15 días naturales para cumplir con este requisito. Esto es, antes de los 15 días naturales contados a partir de la celebración del contrato no hay incumplimiento.

El problema está en que resulta muy complicado para la administración laboral detectar el día exacto de la celebración del contrato, en cuyo caso es muy fácil eludir esta obligación. Basta que el empresario diga al inspector de trabajo en medio de una inspección que hace menos de 15 días firmó el contrato, para que se libere del incumplimiento. Me parece que esta formalidad contiene un nivel de coerción muy débil, que sólo se podría superar si la LPCL se modificara en el sentido de imponer la obligación de presentar copia del contrato de modo inmediato a la celebración del mismo. La reforma de este artículo es esencial, para evitar que la obligación de presentar el contrato se convierta en una obligación meramente simbólica. Ahora bien, lejos de este supuesto, imaginemos que el inspector de trabajo constata el incumplimiento. En efecto, pasaron los 15 días de plazo, pero no se comunicó a la Autoridad de Trabajo la firma del contrato sujeto a modalidad. Como toda infracción, se generará una multa. El problema es, sin embargo, determinar el tipo de infracción cometida, pues o bien se trata de un “no registro en planilla” asumiendo que es un trabajador contratado por tiempo indefinido o bien del incumplimiento de una formalidad ante la administración. La discusión no es bizantina por cierto, ya que de su solución dependerá si la multa corresponde a una infracción muy grave de tercer grado o si, por el contrario, a una infracción leve de primer grado (artículo

19 del Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del trabajador. Me parece que el inspector, en ese momento y en uso de sus facultades, debe aplicar la presunción de indefinición del contrato de trabajo (artículo 4 LPCL) y el llamado principio de primacía de la realidad (artículo 3 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, aprobado por D.S. 020-2001-TR). No obstante este primer paso, deberá utilizar todo el material probatorio que se encuentre a su alcance a efectos de aclarar el problema, ya que la mencionada presunción admite prueba en contrario. Creo, además, que la única prueba que podría desvirtuar la presunción ha de ser la presentación del contrato sujeto a modalidad por escrito. En consecuencia, la multa se aplicará a la infracción de “no registrar en planilla a un trabajador”

Respecto a la otra obligación, la de no actuar en fraude a la ley, hay que señalar que el mismo hecho puede llevar a dos incumplimientos distintos. Si se detecta, vía una visita inspectora, que el contrato sujeto a modalidad escrito y presentado a la AAT es fraudulento, el contrato se entenderá desnaturalizado (artículo 77 LPCL) mientras el empleador asumirá la responsabilidad de este hecho frente a la AAT (artículo 73). No hay doble sanción que vaya en contra del principio ne bis in idem. Por el contrario, aunque el hecho punible sea el mismo (fraude en la contratación temporal), los sujetos y el fundamento son distintos. En el caso de la desnaturalización se involucra sólo al régimen interno del contrato, a diferencia de la responsabilidad administrativa que atañe al ámbito externo de la relación contractual.

Este incumplimiento, que a su vez supone un fraude a la contratación de duración indefinida, será sancionado con la multa correspondiente a una infracción muy grave de tercer

grado (artículo 19.1 de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador). Nuevamente, el trabajador al cumplir labores distintas de las pactadas en el contrato, debió ser registrado en la planilla de la empresa.

En conclusión, si bien es cierto que existen mecanismos legales tendientes a impedir la utilización arbitraria de las modalidades de contratación temporal, hay que tener presente que son escasos e ineficientes. Es necesario que la labor de control que ejerce la AAT se vea reforzada con mayores atribuciones, al tiempo que se dote a los inspectores de una mejor infraestructura de la que tienen ahora. Desgraciadamente, la necesidad de una capacitación permanente al cuerpo de inspectores, de planes estratégicos que en atención a los exiguos presupuestos de los que se goza puedan priorizarse determinadas actividades o sectores más propensos a los fraudes, de sistemas informáticos que socialicen la información y mejoren la actuación inspectiva, siguen siendo tareas pendientes para el sector público.

2.2.26. Los topes máximos de la contratación en cadena y alcances

El artículo 74 regula uno de los aspectos más controvertidos de la contratación temporal. La contratación temporal sucesiva o la contratación por medio de contratos sujetos a modalidad encadenados tradicionalmente se ha utilizado para desplazar en la práctica al principio de contratación por tiempo indefinido. La posibilidad de que sucesivos contratos a plazo fijo, respetuosos de los límites sustantivos y formales, fragmenten la vida laboral de un trabajador es un tema de gran calado para el Derecho del Trabajo de la flexibilidad. Repárese, no estamos hablando de

contratos sujetos a modalidad fraudulentos, sino de contratos lícitos que pueden diluir la pretensión de estabilidad de los trabajadores.

El citado artículo menciona que “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 esos límites”. En el párrafo siguiente dirá “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”. Como se ve, la prescripción tiene dos supuestos. El primero, se refiere a topes máximos dentro de la misma modalidad contractual. Topes máximos que jugarán tanto en la contratación sucesiva como no sucesiva. Por ejemplo, en el contrato por reconversión empresarial la duración máxima es de dos años. Pues bien, esos dos años servirán de tope tanto a contratos sucesivos de reconversión empresarial, como a contratos espaciados, con periodos de inactividad. El segundo, en cambio, se refiere a topes máximos para la contratación sucesiva entre modalidades contractuales diversas. Por regla general se debe entender que la contratación en cadena está permitida hasta los topes máximos y quizá el único límite, como es razonable, está en adecuar el objeto y la duración de cada contrato sucesivo a lo dispuesto por la ley, así como respetar las formalidades en cada ocasión (artículo 87 del Reglamento de la LPCL).

Me parece que, en términos generales, el artículo 74 LPCL merece cuatro comentarios.

En primer lugar, alargar la inestabilidad del trabajador hasta

cinco años, para el caso de distintas modalidades contractuales, resulta excesivo. Tomando en cuenta que los derechos de los trabajadores en esta situación están bastante mediatizados, esperando una renovación del contrato, el plazo de cinco años sobredimensiona la figura política del empresario en la empresa.

En segundo lugar, del segundo párrafo artículo 74 se debe interpretar que la contratación no sucesiva a través de contratos sujetos a modalidad distintos, con intervalos de inactividad, no estaría sujeta a tope máximo alguno. Este tema es de suma trascendencia, en la medida que con algunos periodos de inactividad se podría alargar la situación de temporalidad de un trabajador por más de cinco años. Sin duda, este es un caso para que la jurisprudencia lo evalúe desde el prisma del fraude de ley.

Por ejemplo, no es posible que un trabajador pueda laborar durante un periodo de tiempo de 15 años gracias a contratos sujetos a modalidad distanciados en el tiempo sólo por tres meses. El conjunto de la actividad empresarial es ilógica, por lo que tendrá que analizarse la posibilidad de fraude.

En tercer lugar, aunque la norma no mencione exclusiones a estos topes, podría decirse que algunos contratos sujetos a modalidad quedarán fuera del supuesto en atención a su propia naturaleza. Por ejemplo, el contrato de suplencia está sometido a la pérdida del derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador titular y es muy difícil que se imponga un tope máximo. Lo mismo habría que decir del contrato de obra determinada o servicio específico, cuyo fin es muy difícil de predeterminarlo. No obstante, no ha sido ésta la lectura que ha hecho sobre el particular la Corte Suprema, pues ha aplicado el tope máximo de cinco (5) años al contrato de obra por considerar que el artículo 74 no hace ninguna

distinción entre contratos sujetos a modalidad.

Por último, un breve comentario acerca del cómputo de los plazos para aplicar los topes máximos. El artículo 86 del Reglamento de la LPCL señala que “los plazos máximos señalados para las distintas modalidades contractuales, se computan a partir de la fecha de inicio de la prestación efectiva de servicios”. Esto es, no han de computarse los momentos en que el contrato de trabajo está suspendido. No obstante ello, dado que este mandato es restrictivo de derechos para el trabajador, debe aplicarse sólo al primer párrafo del artículo 74 de la LPCL. Y ello porque el artículo 86 se refiere expresamente a los plazos máximos señalados para las distintas modalidades contractuales. De esta forma, no cabe hacer una aplicación extensiva del artículo 86 a un supuesto que no ha sido expresamente mencionado, como sucede con la contratación sucesiva bajo distintas modalidades contractuales. El plazo de cinco años, que ya es excesivo, se computa con periodos de prestación efectiva y de suspensión.

2.2.27. Efecto del incumplimiento de topes máximos: la desnaturalización de la relación

Según el artículo 77 a) de la LPCL “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se entenderán como de duración indeterminada, si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido”. Es decir, para lo que nos interesa en este punto, si la suma de contratos modales sucesivos exceden los límites máximos legales, se declarará la existencia de un contrato por tiempo indeterminado.

Nuevamente, aparece la figura de la desnaturalización, cuya naturaleza la hemos definido como sancionatoria.

El problema es que la norma no llega a aclarar desde qué momento se entiende que opera la transformación a contrato indefinido. En primer lugar, puede ocurrir de modo automático desde que se cumple el tope máximo legal. En segundo lugar, puede producirse desde el inicio del último contrato de la cadena, por ser éste el contrato modal sobre el que operaría la transformación en indefinido. Por último, en tercer lugar, podemos retrotraernos al momento en que se inició el primer contrato o, lo que es lo mismo, al momento en que se inició la relación laboral. De ahí que, en este último supuesto se ponga el énfasis en la relación jurídica toda y no en las formas jurídicas que hicieron posible la concatenación contractual.

Cierto sector jurisprudencial se ha inclinado por la primera opción, otorgando a los trabajadores indemnizaciones por despidos arbitrarios y compensación por tiempo de servicios correspondientes sólo al período que exceden los topes máximos legales.

No compartimos esta opinión, porque, como ya se dijo, los supuesto de desnaturalización contienen sanciones al uso desviado de la contratación temporal. Es evidente que en el caso de los contratos sujetos a modalidad que ahora analizamos no existe fraude de ley, ya que todos los contratos respetan los límites sustantivos y formales. Sin embargo, si bien es cierto que no existe fraude en el análisis individual e aislado de cada contrato, basta ver el fenómeno en su integridad (sucesión de contratos sujetos a modalidad) para darnos cuenta que estas actuaciones no son compatibles con el principio de estabilidad en el empleo. Hace falta superar la lógica formalista para darnos cuenta

que por encima del respeto formal de cada contrato a las causas legales, se esconde una realidad de necesidades permanentes encubiertas. Acaso, ¿el surgimiento de tareas temporales por un lapso mayor a cinco años no demuestra por sí sola una necesidad permanente de la empresa?.

Por ejemplo, en el mismo caso que acabamos de citar, la propia sentencia de la Corte Suprema señala que el trabajador había trabajado ocho años en situación de temporalidad. Sin duda que allí, será muy difícil alegar que sólo se trata de un simple exceso del plazo máximo. Es por eso que el incumplimiento debe traducirse en la es naturalización de la relación de trabajo, en tanto sanción, y no sólo del último contrato modal.

A mayor abundamiento, sustentados los distintos sentidos en los que se puede interpretar la norma, me parece que este es un terreno abonado para la aplicación del indubio pro operario (artículo 26.3 de la Constitución). En caso de duda sobre el sentido de una norma, se aplicará el sentido más favorable para el trabajador.

2.2.28. Supuestos excluidos de la prohibición

Dada la complejidad de un fenómeno tan proteiforme como el del encadenamiento contractual, resulta evidente que la imposición de topes máximos es insuficiente impedir arbitrariedades en el uso de la contratación temporal. Lo curioso es que muchas veces estos comportamientos empresariales en principio serán lícitos, por no aplicárseles la prohibición, salvo, claro está, cuando se deriven de ellos actos en fraude de ley. A continuación, pasaremos a mencionar algunos casos de encadenamiento contractual

a los que no se les aplica el artículo 74 LPCL y, por ende, ponen en cuestión la real operatividad del derecho al trabajo.

En primer lugar, el artículo 74 pone énfasis en el aspecto subjetivo de la sucesión contractual y no en lo que toca al puesto de trabajo. Los topes impiden que un trabajador pueda ser contratado de por vida por contratos sujetos a modalidad, pero no impide que otros trabajadores sean contratados sucesivamente. Así, un empleador podría pasarse una vida entera contratando distintos trabajadores para labores permanentes, con el solo requisito que cumpla con el objeto y duración de los sucesivos contratos sujetos a modalidad que utilice.

En segundo lugar, los topes máximos juegan en la lógica de un trabajador en un centro de trabajo específico (al menos en el segundo párrafo del artículo 74). Y, ¿qué pasa si la empresa tiene varios centros de trabajo? Aun asumiendo que la expresión “centro de trabajo” la reemplacemos por “unidad empresarial”, ¿qué pasa si se trata de una empresa de grupo?. Aparentemente en ambos casos, el trabajador podría ser contratado sucesivamente sin límites ni topes máximos, mientras va rotando por todos los centros de trabajo o por todas las empresas, según corresponda. Nuevamente, salvo que el trabajador pruebe el fraude de ley (por ejemplo, que la empresa de grupo cuenta con personas jurídicas aparentes o artificiales), la contratación en cadena será lícita.

En tercer lugar, el recurso a mecanismos de contratación temporal indirecta (léase, empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios, empresas de servicios especializados o empresas que ofrecen obras o servicios determinados para cumplir labores del giro de la empresa contratante, etc.), también puede ayudar a eludir en

principio lícitamente los topes máximos. Me explico, un trabajador puede ser contratado por distintos y sucesivos contratos modales en el plazo de cuatro años. Pero luego, antes de cumplir los cinco a los que se refiere el tope, se contrata al mismo trabajador por medio de un contrato ocasional a través de una empresa de servicios temporales. El problema es que no sólo se elude el tope, sino que se interrumpe el cómputo en la medida que se interrumpe la sucesión de contratos. La pregunta que salta a la vista es: ¿podrá el empleador volver a contratar al trabajador

directamente luego de acabado el contrato ocasional con la empresa de servicios temporales?. Y si la respuesta es positiva, ¿habrá que empezar un nuevo cómputo de cinco años?

La respuesta al problema no es fácil, puesto que obviamente este comportamiento no encaja en la literalidad del supuesto del artículo 74 LPCL que parece aludir más a la contratación sucesiva entre el mismo empleador y el mismo trabajador. De otro lado, la Ley 27626, que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, tampoco prohíben esta actuación. No obstante, a pesar del silencio del legislador en esta materia, la jurisprudencia debiera entender que la ratio legis de los topes máximos a los que se refiere el artículo 74 LPCL buscan evitar un uso arbitrario de la contratación temporal en la empresa usuaria y, por esta razón, deben ser aplicables a todo tipo de sucesión contractual de corte temporal, sin importar la naturaleza directa o indirecta del mecanismo de contratación. Así, y sólo así, el comportamiento analizado devendría en fraudulento.

En cuarto lugar, sobre todo en lo que importa a la

contratación sucesiva no queda claro cuánto habrá que esperar, después de cumplidos los topes máximos, para volver a contratar por contratos modales al mismo trabajador. Por ejemplo, computados los cinco años de contratación sucesiva, ¿puedo contratar al mismo trabajador seis meses después?. En ese caso, ¿comenzaríamos a computar nuevamente el tope de cinco años?. Me parece que una admisión de la libertad de recontractación sucesiva con periodos breves de inactividad en la empresa, vulnera una vez más el derecho al trabajo. El trabajador contratado luego de haber cumplido cinco años de contratos encadenados debe serlo por tiempo indefinido. No hay otra posibilidad a riesgo de admitir comportamientos empresariales que en su conjunto son ilógicos y arbitrarios.

Por último, en quinto lugar, llama la atención que no se defina qué ha de entenderse por una sucesión de contratos sujetos a modalidad. Queda claro que cuando hay un encadenamiento contractual sin solución de continuidad no existe ningún problema para aplicar los topes máximos. Pero, ¿qué sucede si las contrataciones se hacen dejando periodos de uno, dos o tres meses?. ¿Son contratos temporales sucesivos a efectos de sumar los tiempos y aplicar los topes máximos?. Bastaría dejar al trabajador en situación de inactividad por un tiempo determinado entre contrato y contrato para aparentemente librarse de los límites impuestos por el artículo 74 LPCL. Sin duda, es éste un problema de gran trascendencia que la LPCL no lo ha definido. Me parece que la solución podría ir por el lado de aceptar que el vínculo laboral subsiste a pesar de que las prestaciones del contrato de trabajo sujeto a modalidad terminen. Por tanto, teóricamente, el vínculo laboral terminará cuando caduque el plazo para impugnar

judicialmente un despido. Según la LPCL, la caducidad de esta plazo opera a los treinta días naturales de producido el hecho extintivo del contrato. Es decir, pasados los treinta días contados a partir del terminación de contrato sujeto a modalidad anterior ya no se podrá hablar de encadenamiento contractual. La solución parece razonable, sin embargo, los jueces habrán de estar alerta a los actos fraudulentos que se deriven de la elusión de esta formalidad. En el caso por caso habrá de analizarse si la recontractación del mismo trabajador a los 31 ó 33 días, comporta una necesidad empresarial lícita o simplemente encubre una voluntad fraudulenta de evadir los topes máximos a los que se refiere el artículo 74 LPCL.

En suma, queda claro que los topes máximos impuestos por la ley a la contratación modal es insuficiente. La protección legal es bastante débil, dejando el mayor peso de la responsabilidad a la jurisprudencia con el fin de que ésta controle los comportamientos abusivos y fraudulentos del empresario. Me parece que si la ley renuncia a esta labor fiscalizadora debería promover otros mecanismos complementarios de control, tales como la negociación colectiva o dotar de participación activa a los representantes de los trabajadores. La negociación colectiva y los derechos de información, además de ser pilares básicos de la democracia participativa en el interior de la empresa, pueden convertirse en mecanismos eficaces de fiscalización del cumplimiento de normas.

2.2.29. Prohibición de transformar en temporal una relación por tiempo indefinido

Según el artículo 78 LPCL “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 prohibición evidencia la prioridad que tiene en la mente del legislador la contratación por tiempo indeterminado sobre la contratación a plazo fijo. Extinguir un contrato de duración indefinida para sustituirlo por otro de plazo fijo resulta un acto nulo, sin efectos jurídicos.

Ahora bien, la prohibición opera frente a cualquier tipo de cese del trabajador permanente. Es decir, estará prohibida la novación extintiva, que se traduce en el mutuo acuerdo de extinguir el anterior contrato con el fin de suscribir uno nuevo, el despido arbitrario con el fin de recontratar al mismo trabajador, la aparente renuncia del propio trabajador, la terminación del trabajador por causa objetiva, etc. De este modo, no interesa tanto la causa de extinción del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, sino el comportamiento fraudulento que puede encubrir ese acto extintivo.

Para terminar este breve punto, hay que señalar que la prohibición impide la contratación temporal vía cualquier contrato sujeto a modalidad, al margen del mecanismo directo o indirecto de la contratación. Es por eso que, por ejemplo, está prohibida la contratación en labores ocasionales o de suplencia mediante empresas de servicios temporales del mismo trabajador, luego de su cese en la empresa.

2.2.30. La sanción por el fraude o simulación: la transformación en contrato por tiempo indeterminado.

El fraude de ley o la simulación vienen a operar como “cláusula de cierre” o “clave de bóveda” a todos los límites que se cargan sobre la contratación temporal. Ya nos ocupamos, en su momento, del fraude de ley centrado en detectar contratos escritos aparentemente lícitos, que, sin embargo, no guardaban un correlato con su ejecución.

Es decir, situaciones donde “documento escrito” con “labores cumplidas en la realidad” no coinciden. Por eso, ahora analizaremos el fraude de ley desde una perspectiva mucho más amplia: la de proscriptor de comportamientos elusivos o contrarios a la regla de indefinición de la relación laboral que defiende la Constitución y, en teoría, la LPCL.

2.2.31. ¿La simulación o el fraude de ley?

El artículo 77.d) LPCL parece diferenciar la figura de la simulación de la del fraude de ley. Al utilizar el conector lógico “o”, entendemos que el legislador parte del supuesto de que a través de cualquiera de estas vías se puede lesionar el principio de la contratación indefinida. No obstante, la generalidad del precepto obliga a hacer algunas presiones.

Como ha dicho la doctrina, desde hace mucho tiempo, la diferencia entre simulación y fraude está en que “el fraude de ley no es una oposición larvada a ésta, como sucede con la simulación, sino que un comportamiento independiente del contra el comportamiento que cae bajo la sanción de aquélla otra norma distinta que los prohíbe, mientras que la simulación no logra sustraer el negocio a la aplicación de la norma bajo cuyo ámbito debe caer, y sigue siendo un negocio contra legem”⁹¹. De ahí que, el negocio simulado sea un

medio de ocultar la violación de una norma con respecto a terceros y no a los mismos sujetos del contrato. Pues, si el engaño no se dirige a terceros, sino a las partes contratantes, lo que habrá ya no es una simulación, en la medida que habrá un engaño o una inducción al error sin más a la contraparte contractual. Y el negocio fraudulento será el que pretenda sustraer de su ámbito natural a la norma que se utiliza, pues usa la ley para un fin distinto del perseguido por ella.

Ahora bien, dado que la simulación es un engaño dirigido a terceros, me parece ilógico que a estos casos se les aplique la sanción de transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo indefinido. Por ejemplo, sabiendo que la contratación laboral es un requisito previo para gozar de las prestaciones de seguridad social en salud, un supuesto trabajador y un empleador deciden simular un contrato sujeto a modalidad. Este es el caso de una simulación absoluta, que inventa la existencia de una relación de trabajo, a la que sería ilógico aplicar el artículo 77 LPCL. En todo caso, ante la falta de causa o ilicitud del negocio jurídico “inventado”, lo que corresponde es declarar su ineficacia absoluta. Si la seguridad social hizo algún gasto por esta razón, la sanción implicará necesariamente la devolución de lo percibido.

De otro lado, igual suerte correrían las simulaciones relativas. Su carácter no se corresponde con la consecuencia del artículo 77 LPCL. Imaginemos que un trabajador de la administración pública está prohibido de trabajar en cualquier empresa privada por tiempo indefinido. De esta forma este trabajador y un empresario privado deciden firmar un contrato sujeto a modalidad, a sabiendas que la prestación es por tiempo indefinido. El marco de esta simulación relativa, que no inventa una realidad sino

simplemente oculta un contrato con otro, tampoco es terreno abonado para la finalidad que intenta transmitir el artículo 77 LPCL.

Por estas razones, parece evidente la exclusión lógica del concepto de simulación del artículo 77 LPCL. Sin embargo, me parece que el legislador laboral utiliza el concepto de simulación desde la óptica de lo que para nosotros sería un simple negocio engañoso. Es decir, el supuesto donde normalmente el empleador engañará al trabajador, o al menos lo inducirá a un error, para que firme un contrato temporal, a pesar de que le correspondería firmar un contrato por tiempo indefinido. En este caso, al trabajador le bastaría probar el vicio del consentimiento del que fue objeto y, acto seguido, el juez deberá aplicar la normativa que corresponde: la contratación por tiempo indefinido.

Si se mira bien, este supuesto se confunde completamente con la figura del fraude de ley. Tenemos un acto aparentemente lícito, contrato sujeto a modalidad, que se utiliza con fines distintos a los que tiene la contratación modal en la LPCL, con el fin de eludir la aplicación de la normativa común del derecho del trabajo (contratación por tiempo indefinido).

En consecuencia, quizá al legislador laboral le hubiera bastado referirse al fraude de ley en el artículo 77.d) para dotar al principio de contratación por tiempo indefinido de una única protección contra los actos ilícitos basados en los llamados contratos sujetos a modalidad.

2.2.32. El fraude de ley y el incumplimiento de los límites de la contratación sujeta a modalidad.

A lo largo de este trabajo nos hemos referido constantemente

al fraude de ley, así como a los presupuestos de su infraestructura. Se ha dicho que la prueba del fraude abre las puertas a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad, mientras que, a su vez, por la vía de la desnaturalización de dicho contrato, el mismo se transformará en uno de naturaleza indefinida. Se ha dicho también que el artículo 77 tiene una naturaleza sancionatoria, por lo que la transformación del contrato en indefinido se produce desde el inicio de la relación.

Igualmente, quisiera dejar sentado que el fraude de ley poco a poco va dejando de ser la figura estrella de la protección de la contratación indefinida, en la medida que la presencia legal impone mayores límites a la contratación sujeta a modalidad. Por ejemplo, se ha dicho que la presunción de indefinición recogida en el artículo 4 LPCL ofrece mayores ventajas probatorias cuando se trata de impugnar un contrato escrito que en la realidad rebasa los límites sustantivos. La invalidez del término contractual temporal ante el incumplimiento de formas relevantes del contrato sujeto a modalidad también es otra de las vías por las que se releva al fraude de cualquier actuación. En fin, los casos tasados de desnaturalización del contrato sujeto a modalidad por exceder el límite legal o contractual de duración constituyen ejemplos de lo que se dice.

Ahora bien, el fraude de ley como elemento de protección residual que es, va a actuar en dos direcciones: de un lado, frente a incumplimientos de las prohibiciones expresas y, de otro, frente a incumplimientos atípicos. Es decir, frente a supuestos no previstos por el legislador o que precisamente aprovechan los entresijos de la técnica legislativa para operar. Sería imposible intentar un acercamiento a la casuística del fraude de ley en la contratación temporal, sin asumir el

riesgo de perdernos en las diversas formas que esta figura asume. La complejidad de la figura la convierte en una herramienta propiamente judicial, donde será el juez quien pueda definir los límites de las prohibiciones y de las reglas jurídicas en general. Por esta razón, la pretensión de este apartado no es otro que llamar la atención acerca de la importancia del fraude de ley en determinados casos que merecen la pena discutirlos.

En primer lugar, la contratación temporal puede encubrir labores o tareas permanentes de las empresas y el fraude debe evitarlo. Este riesgo se hace más evidente en contratos sujetos a modalidad que actúan en labores o tareas permanentes de las empresas. Tal es el caso del contrato de obra determinada o servicio específico, ya que fácilmente se pueden parcelar actividades permanentes en función de pequeños encargos. Me parece fraudulento el contrato de obra que contrata a un profesional para entregas parciales de una investigación cada tres meses, sabiendo que la investigación total durará ocho (8) años.

En segundo lugar, hay casos donde la legislación no es tan clara a efecto de imponer prohibiciones. Como ya se dijo, el artículo 74 LPCL señala que todos los contratos sujetos a modalidad tienen plazos máximos, sin embargo el problema se plantea en el marco de una sucesión de contratos sujetos a modalidad distintos. Se impone el tope de cinco años, pero luego no se dice si un periodo de inactividad interrumpe el cómputo del plazo máximo. Así, puede suceder que el periodo de inactividad siga a cada contrato, con lo que aparentemente se eludiría el tope, o que el periodo de inactividad se produzca a los cuatro años ocho meses, con el mismo riesgo. Me parece que la facultad de contratar vía

modalidades temporales es una facultad extraordinaria, por lo que no debiera permitirse la recontractación. Los ejemplos mencionados ponen de manifiesto que la conducta empresarial vista en su conjunto persigue fines contrarios al respeto del derecho al trabajo. En fin, el tema dependerá del ámbito de operatividad que la jurisprudencia imponga a la prohibición y al fraude de ley.

En tercer lugar, el artículo 78 LPCL impone la prohibición de suscribir contratos sujetos a modalidad a trabajadores permanentes que hayan cesado. Es lógico que al ser una prohibición, ésta deba interpretarse de modo restringido, esto es, sólo aplicable a supuestos de cese. Ahora bien, ¿podría entenderse que juega la prohibición para el caso de una modificación de la cláusula temporal del mismo contrato? Si se modifica el contrato por tiempo indefinido a uno de plazo fijo, ¿no se ha producido ningún cese del trabajador sentido en estricto? Mi opinión sería la de concebir esta modificación en una novación extintiva, por cuanto al variarse la cláusula temporal del contrato la primera relación jurídica se ha transformado en otra distinta. La entidad de la modificación nos haría pensar que estamos ante dos contratos distintos, por lo que el trabajador fue en realidad cesado y luego recontractado. Entonces, encaja en la prohibición.

De otro lado, si no se adoptara esta opinión, se podría pensar que la prohibición no le alcanza a esta modificación del mismo contrato. No obstante, la utilización del fraude de ley puede ser importante para desenmascarar esta actuación ilícita. La aparente licitud del pacto de modificación serviría de coartada para lesionar el principio de contratación indefinida que encuentra sus bases fundamentales en el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución)

En cuarto lugar, como se sabe, si un trabajador, contratado mediante un contrato de suplencia, continúa trabajando y el titular nunca se reincorpora, éste contrato se transforma en uno de tiempo indeterminado. Imaginemos que el plazo para el regreso del titular era dos años. El empleador se entera que el titular no regresará al trabajo, pero no quiere que el suplente se quede en el puesto. Por esta razón, despide arbitrariamente al trabajador suplente dos días antes de que se cumplan los dos años. Me parece que aunque el empleador pueda despedir al trabajador en el marco del contrato de suplencia, no puede utilizar el despido como un medio para encubrir una finalidad contraria al principio de estabilidad. El empleador lo que quiere es eludir la responsabilidad de reconocer que el contrato se transformará indefectiblemente en uno de tiempo indefinido, por lo que el juez deberá aplicar esta consecuencia que busca ser defraudada. Además, la consideración de que el contrato de trabajo es uno de duración indeterminada, supone que el empleador tendrá que pagar la indemnización por despido arbitrario que corresponde a la ruptura unilateral de este tipo de contratos y no la que corresponde a los contratos sujetos a modalidad.

Finalmente, para poner fin a este pequeño listado nos detendremos en los casos de “planillas insuficientes”. Es frecuente que muchas empresas aleguen necesidades del mercado sin que se produzca una variación sustancial de la demanda de productos o servicios en el mismo. Lógicamente, tendrán necesidad de contratar trabajadores eventuales en labores permanentes porque los con que cuenta son insuficientes. Si el empleador sólo ha contratado 10 trabajadores en su plantilla cuando su actividad ordinaria necesita de 15, es evidente que sus

trabajadores no podrán satisfacer las demandas normales del mercado. En mi opinión, el empresario tendrá que incorporar 5 trabajadores más a su planilla y sólo si hay un incremento circunstancial de las labores deberá recurrir al contrato por necesidades del mercado.

Quizá el problema en este caso, como en todos los demás, radica en que las formas de encubrir un incumplimiento legal son muy sutiles. Muchas veces el fraude se esconde tras conceptos económico-organizativos que son normalmente incomprensibles para los aplicadores del derecho. De ahí que, sea importante la promoción de la negociación colectiva en estos aspectos, así como mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores, con el fin de que los sujetos sociales subsanen los vacíos de regulación de la LPCL. La negociación colectiva, a través de los convenios, debiera servir de mecanismo de control primario de la utilización fraudulenta de los contratos sujetos a modalidad.

Sin duda la mayor cantidad de contratos sujetos a modalidad han de encontrarse en el empleo público, donde el Estado funciona como sujeto empleador de la relación laboral. De ahí que, no podamos terminar un análisis de la contratación temporal sin mencionar algunos aspectos de aquélla en el marco de las entidades estatales.

2.2.33. La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública.

Por mucho tiempo, el Decreto Legislativo 276 fue la norma que reguló la relación laboral de los servidores públicos con su empleador, el Estado. Esta norma, que entra en vigencia en el año 84, reconocía la estabilidad en el trabajo a todos los trabajadores nombrados del sector público que

prestaban labores permanentes o estables a la administración. No obstante, fue el proceso de “privatización” de la función pública, instaurado por el gobierno de Fujimori en 1991, el que vino a incorporar a las entidades estatales a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Obviamente, estos últimos trabajadores no ingresaban a la entidad estatal por la vía de la contratación indefinida, sino de contratos sujetos a modalidad o de contratos civiles de locación de servicios. Masivamente, las contrataciones para labores permanentes en las entidades estatales se articularon por la vía de la contratación a plazo fijo. Incluso, atendiendo a la magnitud del fenómeno, se podría decir que uno de los grandes móviles de la contratación a plazo indeterminado fue el desmantelamiento de la estabilidad laboral que ofrecía el Decreto Legislativo 276 a los servidores públicos. La carga social que un sistema de este tipo imponía al Estado fue eludida con la introducción de mecanismos flexibles en la contratación.

Esta actitud debe ser criticada. Y debe serlo, porque quizá uno de los pocos ámbitos donde se requiere necesariamente un personal fijo es la administración pública. No puede haber políticas públicas de desarrollo eficaces y exitosas con un personal inestable. Es vergonzoso que a la fecha se acepte el problema y no se haga nada por solucionarlo. Así, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto para el año 2005, Ley 28411, señaló en su Tercera Disposición Transitoria que “si bien se había dispuesto la incorporación de manera paulatina en el CAP o en el PAP, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público, a los trabajadores que vienen ejerciendo labores de carácter permanente y propia de la entidad, bajo la modalidad de contratados o

de servicios no personales, ello no será de aplicación durante el Año Fiscal 2005”.

Actualmente, existe la llamada Ley Marco del Empleo Público, Ley 28175 (publicada el 19 de febrero de 2004), que procura el logro de un aparato estatal eficiente, a partir de la atención al elemento humano. Esta ley propone, además de reconocer otros derechos a los empleados públicos, que “el acceso al empleo público se realice mediante concurso público y abierto, por grupo ocupacional, en base a los méritos y la capacidad de las personas, en un régimen de igualdad de oportunidades” (artículo 5). Y también reconoce una “protección adecuada contra el cese arbitrario con observancia de las garantías constitucionales del debido proceso” (artículo 15), desapareciendo como causa de extinción del empleo público la llegada del plazo o el cumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad (artículo 22). Es decir, hoy en día se encuentra excluida la contratación temporal en actividades permanentes de las entidades públicas.

Como quiera que las leyes de desarrollo de la Ley Marco del Empleo Público aún no han sido aprobadas por el Congreso, las principales normas sobre ingreso y nombramiento al sector público se ha hecho por la vía de normas presupuestarias.

Normas presupuestarias estas, que no siempre se ajustan a los principios de la Ley Marco. Es más, en muchas ocasiones, sus disposiciones permiten la contratación de trabajadores a plazo fijo en labores permanentes. Tal es el caso del artículo 7.f) de la Ley de Presupuesto del sector público para el año fiscal 2005, Ley 28427, que permite el ingreso a la administración pública “cualquiera sea el régimen laboral”.

De este modo, al margen de lo regulado por la Ley Marco del Empleo Público, hoy en día es posible contratar trabajadores en labores permanentes de la administración pública mediante contratos sujetos a modalidad. La especialidad de la Ley Marco del Empleo Público en temas relacionados con el régimen laboral de los trabajadores del estado pasa inadvertidas y, por el contrario, una norma transitoria y general como sucede con la Ley de Presupuesto.

2.2.34. Condiciones de ingreso a la administración pública y su impacto negativo en algunos mecanismos de protección de la contratación indefinida

Según las normas de Presupuesto Público, el ingreso de personal a una entidad pública sólo procede cuando se cumplen simultáneamente dos requisitos. En primer lugar, “cuando se cuente con una plaza presupuestada” (Tercera Disposición Transitoria de la Ley 28411). Es decir, cuando la institución pública cuenta con el financiamiento que garantice el cumplimiento de las obligaciones sociales respectivas. Y, en segundo lugar, “el ingreso a la administración pública, cualquiera sea el régimen laboral, se efectúa necesariamente por concurso público de méritos” (artículo 7.f) de la Ley 28427).

En otras palabras, si hay una plaza presupuestada y se convoca a un concurso público de méritos, entonces se puede contratar un trabajador ya sea mediante contrato sujeto a modalidad o ya sea a través de un contrato por tiempo indeterminado. Nuevamente aquí, la crítica hay que dirigirla a la posibilidad que otorga la legislación presupuestaria para cubrir actividades de naturaleza estable o permanente con contratos sujetos a modalidad.

No obstante, dado que esta idea no es otra que la

conclusión del punto anterior, quisiera trasladar nuestro análisis a otra situación de gran relevancia. Si suponemos que, para el ingreso a desempeñar labores permanentes en la administración un trabajador podrá postular únicamente a una plaza presupuestada, la pregunta que habría que hacerse es: ¿qué pasa si la plaza presupuestada lo es para un contrato sujeto a modalidad que luego se desnaturaliza? O dicho de otro modo, ¿qué sucede si el contrato se transforma en uno de naturaleza indefinida y las cargas sociales exceden lo presupuestado?. En principio, se podría declarar nula toda prórroga tácita del contrato sujeto a modalidad, por cuanto la existencia de financiamiento es un requisito fundamental para el inicio de la prestación de servicios. Pero, y aquí viene lo relevante, el Estado como parte de una relación contractual está sujeto a las mismas reglas de los empresarios privados, esto es, al artículo 77 LPCL.

La solución, por cierto, no es fácil, sin embargo la administración pública no puede alegar una “condición especial” para eludir sus responsabilidades sociales. Me parece que la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad tendría que operar de todas formas, por lo que el contrato se convertiría en uno por tiempo indeterminado. Aún más, en caso quiera despedirse al trabajador la entidad pública tendrá que basar su decisión en una causa justa, pues de no hacerlo el despido será declarado nulo (es decir, que el despido no afecta la vida del contrato que continúa su vigencia como si nada hubiera pasado).

2.2.35. Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas

No es que la facultad de entablar contratos sujetos a modalidad con sus trabajadores en actividades permanentes sobre y baste a la administración, pues por el contrario muchas veces se exceden los límites a los que está sujeta la contratación modal. Algunas veces el exceso de los límites se hará con respaldo legal, mientras en otras situaciones sólo actuará la libre decisión de la entidad del estado.

Respecto a estas primeras situaciones. Como se recordará, el contrato de suplencia se convierte en uno de duración indeterminada “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare trabajando” (artículo 77.c de la LPCL). Con lo cual, si no hay reincorporación efectiva, el trabajador suplente se convertirá en trabajador por tiempo indefinido. No obstante, la defensa al derecho de estabilidad laboral que promueve este artículo, la Primera Disposición Transitoria de la Ley 28425 señala que en las instituciones del estado “en el caso de la suplencia de personal, una vez finalizada la labor para la cual fue contratada la persona, los contratos respectivos quedan resueltos”. De esta manera, la regla en el sector público es, precisamente, la inversa a la que rige en el sector privado. Mientras en el sector público opera claramente un término resolutorio (fecha concreta pactada en el contrato), en el sector privado operará, como ya se dijo, una condición resolutoria (fecha incierta condicionada a la reincorporación del trabajador titular).

Respecto a las segundas, quizá los ejemplos son más variados. Un caso en que la administración muchas veces se excede en los límites temporales del contrato fijo, es el referido a la suplencia por cargo vacante. Esta situación

ocurre sobre todo en cargos de dirección o de responsabilidad. Imaginemos que hay una plaza presupuestada para el cargo de Director de Asuntos Administrativos de la Gerencia de Asuntos Jurídicos, pero como ha de someterse a concurso es necesario nombrar un Director interino. El problema es que muchas veces se efectúa el nombramiento mediante un contrato de suplencia que puede extenderse hasta límites exagerados. La permanente inestabilidad del Director será evidente, sin embargo lo que está detrás de todo esto es la existencia de una contratación incausada. Me explico, el pretexto por el que se contrata a este Director interino es el proceso de selección de quien será próximamente el Director titular, pero ¿si todavía no se inicia el proceso de selección? Por lo demás, parece obvia la actuación fraudulenta de la administración. En consecuencia, el trabajador contratado por contrato de suplencia deberá transformar su condición a trabajador por tiempo indefinido, al margen de que mantenga o no el cargo de Director.

Otro caso bastante extendido en la administración es la de realizar contrataciones de obra sucesivas en labores permanentes. La mayoría de servicios profesionales suelen contratarse vía sucesivos contratos de obra. Se contrata profesionales para proyectos específicos o, incluso, partes de esos proyectos. Lo cual sorprende, dado que un contrato de obra determinada debe utilizarse en supuestos extraordinarios o transitorios. Me parece que esta actividad también desnaturaliza el contrato de obra y lo que se logra es aumentar la inestabilidad del trabajador así como fragmentar su ciclo de vida laboral en pequeños contratos.

Finalmente, no se puede dejar de mencionar entre estos

supuestos la permanente utilización de contratos sujetos a modalidad para suplir deficiencias cuantitativas de trabajadores. Insuficiencia de planilla, como se ha dicho páginas atrás. Si la cantidad de trabajadores de la administración pública es insuficiente para cumplir eficientemente con sus labores, entonces no se puede alegar una causa eventual para contratar trabajadores. El problema en estos casos es estructural y no tiene un carácter coyuntural como lo requiere por ejemplo el contrato por necesidades del mercado. Quizá una salida a este problema sea la contratación vía un contrato por inicio o incremento de actividad, lo cual desenmascararía su evidente naturaleza fraudulenta.

Como se ve, son sólo algunos casos donde la actitud fraudulenta de la administración pública pretende opacar al principio de contratación por tiempo indefinida. Los jueces en el caso por caso habrán de rechazar éstos y otros actos de carácter fraudulento sin hacer mayores distinciones entre un empleador privado y un empleador público como es el Estado.

2.2.36. Trato igualitario para trabajadores contratados por duración determinada

Según el artículo 79 de la LPCL “Los trabajadores contratados conforme al presente título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran 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 período de prueba”.

Es importante resaltar que este artículo deriva claramente del artículo 2.2 de nuestra Constitución que consagra el principio de igualdad: “Toda persona tiene derecho a la

igualdad ante la ley”. De esta forma, el mandato de igualdad se dirige al legislador, que no podrá establecer diferencias arbitrarias e irrazonables entre trabajadores en atención a la duración del vínculo contractual, y también al juez, que al momento de aplicar la ley laboral tampoco podrá hacer distinción alguna basada en el carácter fijo o indeterminado del contrato que une al trabajador con su empresa. Por lo demás, queda claro que si existiera una justificación objetiva y razonable para efectuar la distinción entre un trabajador contratado a plazo fijo y otro por tiempo indeterminado no se está lesionando el principio de igualdad.

Pongamos un ejemplo de lo que se dice. Si el trabajador por tiempo indefinido cuenta con quince (15) años de prestación de servicios en la empresa y va a recibir una bonificación por antigüedad mayor que la de un trabajador contratado a plazo fijo que sólo tiene cuatro (4) años de antigüedad, la distinción sería objetiva y razonable. Hay un elemento, que es la antigüedad de servicios en la empresa, que permite hacer una distinción entre ambos trabajadores. Al contrario, la duración de los contratos es irrelevante para establecer la distinción.

De otro lado, todos los actos del empleador, así como todos los sujetos privados, también estarán sujetos al principio de igualdad. Y ello, a través del artículo 1.1 del Convenio OIT denominado “convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)” que consagra la llamada “igualdad de trato”. En otras palabras, todos los actos empresariales o los actos con participación de la voluntad de otros sujetos privados (caso típico, convenio colectivo), no podrán establecer condiciones diferenciadas para los contratados a plazo fijo y los contratados por tiempo indeterminado, salvo que exista una justificación objetiva y razonable.

Lo que queremos demostrar es que el artículo 79 de la LPCL no tiene más que un valor reiterativo, por cuanto su fundamento, el artículo 2.2 de la Constitución, ya impide cualquier diferencia arbitraria. Es evidente que la distinta duración del contrato de trabajo no es una causa objetiva, y menos aún razonable, para establecer estatutos jurídicos diferenciados en orden a la percepción de beneficios. Todos los trabajadores por el solo hecho de serlo, sin atender a la duración determinada o indeterminada de su contrato, tienen derecho al mismo salario por trabajo igual o por trabajo de igual valor, a vacaciones, compensación por tiempo de servicios, gratificaciones legales o convencionales, inscripción en la seguridad social, etc.

Comprender esto, resulta importante de cara a superar cualquier deficiencia técnica que se pueda hallar en el artículo 79 LPCL. Por ejemplo, la omisión del convenio colectivo como fuente normativa obligada a respetar el principio de igualdad para los trabajadores sujetos a modalidad y los indefinidos, no implica que se admita la legalidad de un convenio que otorgue mayores derechos a los segundos que a los primeros. Un convenio colectivo de este tipo es claramente inconstitucional.

Pero, además, me parece que el artículo 79 LPCL peca de restrictivo, por cuanto sólo se ocupa de las lesiones a la igualdad que resultan más obvias. Es decir, sólo ejerce un control sobre normas o pactos que directamente plantean una distinción arbitraria o no razonable. Imaginemos que una ley del congreso, aplicable en principio a todos los trabajadores, en uno de sus artículos condiciona el derecho de ascensos de categoría al requisito del carácter indefinido de la contratación. El problema de esta visión restrictiva es que deja fuera de su ámbito de control a formas más sutiles

de vulneración de la igualdad. Por ejemplo, empresas que suscriben un convenio colectivo con mayoría sustancial de trabajadores con contratos indefinidos y firman otro con los contratados por contratos modales, estableciendo mejores beneficios para los primeros que para los segundos. O, empresas que suscriben convenios colectivos sólo con determinadas categorías de trabajadores, que en su mayoría gozan de contratos por tiempo indefinido, dejando a las demás categorías, conformadas por trabajadores eventuales, sin mejoras de beneficios legales.

Quizá a primera impresión se pueden admitir estas diferencias y/o exclusiones argumentando que el convenio colectivo es una causa objetiva y razonable de las mismas. Sin embargo, me parece que el análisis debiera ir más allá de este simple argumento. Si se miran bien los ejemplos, ocurre que la propia naturaleza de los contratos sujetos a modalidad anula o restringen la igualdad de oportunidades de los trabajadores contratados bajo estas fórmulas. ¿Por qué? Porque estos contratos diferenciados tienen su explicación en el reducido poder negociador que tienen los trabajadores modales. La precariedad temporal de su vínculo, los convierte en trabajadores renuentes a participar en actividades de conflicto o negociación con su empleador. Su dependencia del empresario para la renovación del contrato sujeto a modalidad los transforma en trabajadores sumisos. No es que el conflicto social al interior de la empresa desaparezca, sino que se reprime por la especial condición de estos trabajadores.

La anulación del derecho de igualdad de oportunidades debe ser revertida, si no se quiere atentar contra el artículo 26.1 de la Constitución. En estos casos, a mi juicio, debe defenderse el concepto de igualdad sustancial, en la

medida que el ordenamiento laboral debe evitar que unos trabajadores tengan mejores armas que otros para defender y mejorar sus condiciones de trabajo. Aunque la distinta duración del contrato de trabajo no sea un factor tradicional e histórico de discriminación, como sucede paradigmáticamente con el sexo, la opinión o la raza de las personas, por sus características peculiares debería serlo. Si es tan necesario para la empresa flexible contar con trabajadores por tiempo determinado, el legislador laboral debiera implementar acciones promotoras de la acción sindical de estos trabajadores.

Concretamente, se debería obligar al empresario a probar rigurosamente la verdadera justificación empresarial para establecer diferentes regulaciones en el convenio con mayoría de trabajadores indefinidos respecto del convenio con mayoría de trabajadores a plazo determinado.

La propuesta sugiere que se apliquen los parámetros de la discriminación indirecta a estas situaciones, desterrando la justificación de un trato diferenciado en la existencia de dos convenios colectivos distintos. Dicho de otra manera, a pesar de que la diferencia se sustente en una medida aparentemente neutra (libre elección de la unidad de negociación colectiva), por estar alejada externamente del criterio de duración de los contratos, aquélla tiene un impacto adverso y perjudicial mayor sobre aquellos trabajadores que tienen un contrato por tiempo definido. Bastará que la medida neutra sea irrazonable y el impacto perjudicial sobre este colectivo sea objetivo y desproporcionado, para que el juez invalide el acto que constituye discriminación indirecta. Así, cumpliendo el

mandato rotundo del artículo 2.2 de nuestra Constitución, “Nadie debe ser discriminado”, y sin que la prueba en contrario del empleador haya tenido éxito, el juez deberá ampliar el ámbito subjetivo del convenio colectivo que regula solamente a los trabajadores con contrato indefinido, con el fin de que los demás trabajadores accedan a los mismos beneficios.

2.2.37. El período de prueba en el contrato sujeto a modalidad

Tema relacionado íntimamente con la extinción del contrato de trabajo es el del período de prueba. Dado que en los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la LPCL para los contratos suscritos por tiempo indefinido (artículo 75 LPCL), habrá que tener presente dos reglas básicas.

En primer lugar, la duración del periodo de prueba “es de tres meses” (artículo 10 LPCL). A pesar de la aparente redacción imperativa que contiene este artículo, una interpretación basada en la ratio legis de la misma debe llevarnos a pensar que estamos ante una norma de máximos de derecho necesario (vg., una norma que impone un “techo” dejando a la autonomía privada, ya a través de contratos individuales, convenios colectivos o costumbres, plena libertad para pactar por debajo del límite de tres meses). De no admitir esta interpretación, el legislador estaría suplantando al empleador en la toma de decisión de una materia donde las características propias de la prestación o de la empresa en concreto son bastante relevantes. No se trata de una renuncia, que implicaría el pacto contra una norma imperativa, sino del juego de la autonomía privada en la “zona dispositiva de la ley”. Incluso, me parece que si las partes así lo deciden,

nada se opone a que el contrato de trabajo excluya expresamente el periodo de prueba.

En segundo lugar, cumplido el periodo de prueba el trabajador alcanzará el derecho a la protección contra el despido arbitrario. El periodo de prueba tiene por objeto evaluar las aptitudes profesionales del trabajador, así como sus calidades personales. Sin embargo, pasada esta etapa recién el trabajador gozará de la protección legal contra el despido arbitrario. Lo cual, a nuestro juicio, quiere decir dos cosas. Una, que durante el periodo de prueba cualquiera de las partes puede rescindir el contrato sin alegar causa justificada de la ruptura. Y dos, que el único derecho suspendido es la protección contra el despido arbitrario, por lo que en todos los demás aspectos la relación laboral opera con todos sus efectos. En otras palabras, durante el periodo de prueba el trabajador goza de todos los derechos y obligaciones como trabajador de la empresa.

Ahora bien, vistos los elementos general del periodo de prueba, resta analizar las particularidades que ofrece esta institución en el marco de la contratación temporal.

El primer tema que llama la atención cuando abordamos el periodo de prueba desde la perspectiva de los contratos modales es el de su duración. Si el periodo de la prueba está fijado en tres meses, salvo claro está que las partes lo reduzcan, entonces pueden darse muchos casos en que dicho periodo coincida o, en el peor de los casos, exceda, el plazo estipulado en un contrato sujeto a modalidad¹⁰⁹. Por ejemplo, un contrato de suplencia de una duración de dos meses y medio someterá al trabajador a una permanente prueba a lo largo de la ejecución de todo el contrato. Si las partes del contrato no reducen el periodo de tres meses de

prueba legal, el trabajador nunca adquirirá la llamada protección contra el despido arbitrario.

La ir razonabilidad del ejemplo propuesto, hace pensar que el periodo de prueba en los contratos sujetos a modalidad requiere de normas específicas en este aspecto. Nuestra legislación guarda silencio al respecto y la negociación colectiva poco o nada ha aportado a solucionar este tema. Quizá la salida más razonable pase por determinar el plazo máximo de prueba a través de porcentajes aplicables a cada contrato. Es decir, si un contrato por necesidades del mercado tiene una duración de 10 meses, el período de prueba no debería pasar de 15% por ejemplo (mes y medio).

El problema de ello, obviamente, va a estar en los contratos que no tienen fechas fijas y concretas de término, tal como ocurre con el contrato de obra determinada o servicio específico y el de suplencia. En estos casos, me parece que el legislador debiera mantener el establecimiento de topes fijos para el periodo de prueba, sin embargo ello habría que hacerlo por rangos. Me explico, si el tiempo aproximado para realizar la obra es 1 año, el periodo de prueba no debiera exceder de 1 mes; si la obra se espera terminar más allá del año, pero antes de 2 años, la prueba no debiera exceder de 2 meses y si la duración del contrato excede los tres años se podría mantener el periodo de prueba de tres meses.

De otra parte, el segundo tema que también resulta específico a los contratos sujetos de modalidad, es el relativo al cómputo del periodo de prueba en la contratación temporal sucesiva. Cada vez que exista un nuevo contrato, ¿se ha de computar un periodo de prueba nuevo? Ello equivale a decir si pacto contratos sujetos a modalidad sucesivos con duraciones no superiores a tres

meses, el trabajador no alcanzará la protección contra el despido arbitrario hasta por un lapso de cinco (5) años en que la relación de trabajo se desnaturalice y se transforme en indefinida. Esta conclusión, sería ilógica desde todo punto de vista. Sobre este punto, el artículo 84 del Reglamento de la LPCL señala que el periodo de prueba “sólo podrá establecerse en el contrato primigenio, salvo que se trate de una labor notoria y cualitativamente distinta”. Esta norma aplicable sólo a los contratos sujetos a modalidad se diferencia de la normativa general del periodo de prueba, por cuanto el periodo de prueba se encorseta sólo en el primer contrato de la cadena. Mientras en el artículo 16 del mismo Reglamento se suman los periodos laborados en cada reingreso del trabajador a la empresa hasta completar los tres meses de prueba, en el artículo 84 el periodo de prueba se computa dentro del contrato primigenio. Por lo demás, la distinción no me parece irrazonable, puesto que los supuestos que regulan ambos artículos del Reglamento son distintos. De un lado, el artículo 16 se refiere a relaciones jurídicas con un solo vínculo contractual, y, de otro, el artículo 84 se aplica a varios contratos sucesivos. No es lo mismo que un trabajador contratado por tiempo indefinido empiece a laborar y al cabo de 15 días se enferme, reintegrándose al trabajo dos meses y medio después, que un trabajador sea recontratado luego de cumplir dos meses de trabajo bajo su primer contrato. En el primer caso, la prestación del trabajador no ha sido evaluada, mientras, en el segundo, el trabajador no sólo ha sido evaluado, sino además recontratado.

Entiendo que una interpretación literal del artículo 84 del Reglamento supone centrar el análisis sólo en el primer contrato de la sucesión. Si éste sobre pasa los tres meses, el plazo de prueba será de tres meses o lo que pacten las

partes por debajo de este tiempo; no obstante, si la duración del contrato sujeto a modalidad es inferior a tres meses, el plazo de prueba dura lo que dure el contrato. En este último caso, la recontractación supone una renovación de la confianza empresarial en su trabajador.

Lo ideal es que este artículo 84 del Reglamento pueda incorporarse al texto de la LPCL. Su continuidad en la norma reglamentaria, a pesar de su lucidez, podría ser controvertida por atender contra el principio de jerarquía normativa. Me parece que, siendo la LPCL la que señala que el periodo de prueba es de tres meses, difícilmente se puede alegar que el artículo 84 viene a complementarla. Por el contrario, dado que esta última permite periodos de prueba menores al indicado en la Ley, se produce a mi juicio una antinomia entre ambas. La aplicación de la Ley, por encima del Reglamento, parece evidente.

Por último, el principio de razonabilidad también opera cuando hay que evaluar si el periodo de prueba del contrato anterior ha de tomarse como relevante para contrataciones sucesivas posteriores. Nada lo impide en principio, “salvo que se trate del desempeño de una labor notoria y cualitativamente distinta a la desempeñada previamente” (artículo 84 del Reglamento de la LPCL). Lo notorio y lo cualitativo obliga a pensar que se requiere un cambio de labores con entidad suficiente, así como sostenible en el tiempo. Por ello, no habrá cambio de labores cuando se trate de la inclusión o exclusión en el plan de trabajo de responsabilidades puntuales o eventuales, como tampoco existirá tal cambio si se agregan o se quitan responsabilidades accesorias a la prestación del trabajador.

2.2.38. Extinción del contrato sujeto a modalidad

Las causales de extinción de los contratos sujetos a modalidad son las mismas que operan para los contratos de duración indefinida (artículo 16 LPCL). A saber, puede terminar un contrato sujeto a modalidad por el fallecimiento de una de las partes, la renuncia, el acuerdo de ambas partes, la invalidez absoluta y permanente del trabajador, la jubilación o la ocurrencia de determinadas causas objetivas tipificadas en la ley.

Ahora bien, cuando hemos hablado de la duración de cada tipo de contrato sujeto a modalidad nos hemos referido también a las formas de extinción específicas que operan en éstos. Así, se ha dicho que la extinción de un contrato modal ocurre a la llegada del plazo estipulado en el contrato o al momento en que se cumplan los topes máximos legales. Es decir, cumplidos estos términos el empleador y el trabajador lícitamente ponen fin a la relación laboral. Salvo, claro está, que se exprese tácitamente una voluntad de continuidad, de donde se derivará la conversión de la relación modal a una de duración indeterminada. Como se dijo con anterioridad, en este último caso el contrato sujeto a modalidad se desnaturaliza.

Sin embargo, esta regla general tiene dos excepciones claramente identificables: el contrato de obra determinada o servicio específico y el contrato de suplencia (artículo 16.c LPCL). En el primer caso, el contrato de obra determinada o servicio específico se extingue con la terminación de la obra o servicio comprometido, de forma tal que la estipulación de un plazo con fecha cierta es sólo referencial¹¹⁰. Lo relevante a efectos de determinar el momento de la extinción de este contrato es la terminación del objeto propiamente dicho. Eso sí, la incertidumbre que pesa

sobre el contrato de obra no quiere decir que este contrato pueda durar toda la vida laboral del trabajador, ya que la jurisprudencia ha dispuesto que el tope máximo de cinco (5) años también se le aplica.

De ahí que, pasados estos cinco años o terminada la obra el trabajador dejará de prestar servicios, en la medida que se extingue el contrato. Si continuare laborando, aún cumplidos estos términos, operará la desnaturalización del contrato de obra o servicio determinada (artículo 77. b de la LPCL). Esto es, el contrato de obra o servicio se transforma en uno de duración indeterminada.

En el segundo caso, el contrato de suplencia por su propia naturaleza tampoco ha de respetar necesariamente una fecha cierta, puesto que su extinción depende del mantenimiento o final del derecho de reserva del puesto de trabajo que tiene el titular del mismo. Esto es, el cumplimiento de esta condición resolutoria (reincorporación del titular en su puesto) será el elemento relevante para definir la extinción del contrato de suplencia. De forma tal que si la causal de suspensión que opera sobre el contrato del trabajador titular se prolonga en el tiempo, también habrá de entenderse prolongado el contrato de suplencia.

A pesar de que la LPCL no se ocupe del tema referido a la continuación de labores luego de reincorporado el titular en su puesto, me parece que en este caso el contrato de suplencia se desnaturalizaría. Pues, desaparecida la causa que generó el contrato modal, pende sobre aquél la presunción de indefinición de la relación laboral. Presunción que difícilmente podrá rebatir el empresario.

De otro lado, unida a esta fórmula de extinción que se deriva de la naturaleza especial de los contratos modales, el despido de un trabajador en este contexto también asume rasgos

particulares. La extinción ante tempus, posterior al período de prueba y originada en la voluntad unilateral del empresario, configura un despido con características distintas si se le compara con el despido que ocurre en un contrato de duración indefinida. Así, mientras en este último la indemnización por despido arbitrario se computa a razón de remuneración y media por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, en el despido arbitrario ocurrido en un contrato sujeto a modalidad se “deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones” (artículo 76 LPCL).

Como se ve, la base de cómputo de la indemnización en ambos casos es diferente. Me parece que en la gran mayoría de los contratos sujetos a modalidad, sobre todo los que tienen fechas límites concretas, no habrá mayor problema para realizar el cómputo. No obstante, el problema puede sobrevenir en el caso de los contratos con fechas de culminación inciertas (en concreto, contrato de obra y contrato de suplencia). Por ejemplo, qué sucede si un trabajador pacta con su empleador que el objeto de la obra es la construcción de un edificio, estimando por ello que la duración del contrato sería de un (1) año. Imaginemos que empieza la construcción de la obra, pero su duración total equivale a año y medio. El empresario no puede dar por terminado el contrato de obra al cumplimiento del año, puesto que la obra objeto del contrato aún no se termina. La extinción, tomando como referencia la fecha concreta estipulada en el contrato, configuraría una extinción ante tempus.

Ahora bien, si ello configura un despido como pensamos, el marco temporal para el cómputo de la indemnización por despido arbitrario es el año y medio que dura la construcción de la obra. Por los seis meses que dejará de laborar el trabajador, la indemnización ascenderá a nueve (9) remuneraciones. A pesar de la simpleza del caso, el problema empieza cuando las obras tienen una extensión mayor de tiempo y los despidos ocurren a pocos meses de iniciar la prestación de servicios, pues el juez no habrá de tener un marco temporal cierto para efectuar el cómputo de la indemnización. En estos casos, el juez tendrá que definir tentativamente, tomando en cuenta las características concretas de la obra, una posible fecha de término de la misma. La actuación judicial será muy relevante a estos efectos.

Finalmente, en los casos de despidos sin causa, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha calificado de nulos y sin efectos jurídicos, y los despidos basados en motivaciones inconstitucionales, en lugar de la indemnización tasada a que se refiere el artículo 76 de la LPCL corresponderá la reparación mediante la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo¹¹⁵. Obviamente, ello será posible sólo cuando el contrato de duración determinada aún pueda ejecutarse hasta su término. No sucederá lo mismo, por el contrario, cuando el plazo fijo se halla cumplido o cuando el objeto del contrato haya terminado. En cuanto a este último caso, resulta imposible reponer al trabajador cuando al momento de ejecutar la sentencia judicial de reposición la construcción del edificio ya acabó hace unos meses. Igualmente, será imposible reponer a un trabajador con contrato de suplencia en el puesto del trabajador titular que ya se reintegró a sus labores. En estos casos, es

razonable entender que el mecanismo de reparación del despido declarado nulo deja de ser la reposición y se reconduce hacia la indemnización a que se refiere el artículo 76 de la LPCL.

2.2.39. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

“El Tribunal Constitucional, por el artículo 201^o y siguientes de la Constitución Política, es el órgano de control de la Constitución Política y actualmente ha asumido un rol protagónico en la interpretación constitucional en materia de trabajo”.

El Tribunal Constitucional en sus recientes sentencias referidas a la estabilidad laboral, ha sentado su posición de reponer los trabajadores ante despidos arbitrarios, a pesar que la LPCL y las normas internacionales establecen el pago de una indemnización.

Asimismo, los recientes fallos del Tribunal Constitucional han restado flexibilidad a las relaciones laborales, puesto que ante un despido sin expresión de causa disponen la reposición del trabajador, lo cual constituye una restricción a las facultades del empleador para resolver el vínculo laboral con el pago de una indemnización como reparación.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la única protección que tienen los Trabajadores de Confianza en casos de objeto de un despido injustificado o que afecte derechos constitucionales es el pago de la indemnización por despido arbitrario, no correspondiéndole la readmisión en el puesto de trabajo.

Como se ha desarrollado en las secciones previas del presente trabajo, tenemos que, al no existir norma expresa que señale un trato diferenciado para el trabajador de confianza que es despedido arbitraria o inconstitucionalmente, resultan relevantes los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, los

mismos que serán materia de análisis para ver si se encuentran acordes con la normatividad legal y constitucional vigente.

2.2.40. El Proceso de Amparo en Materia Laboral

La acción de amparo es la acción de garantía constitucional que se interpone contra los actos que vulnere no amenacen derechos constitucionales, teniendo como finalidad el regreso a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. La estabilidad laborales uno de los derechos más invocados a través de la acción de amparo En lo referido a las vías paralelas y previas, el Código Procesal Constitucional (CPC) indica que la acción de amparo es residual, Así, el numeral 2 del artículo 5º del CPC prevé como causales de improcedencia de los procesos constitucionales (dentro de los cuales está la acción de amparo): “No proceden los procesos constitucionales cuando:(...)

Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Por lo que nos encontramos ante una acción de amparo residual. “ La acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado”.

De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, a los despidos sin expresión de causa no se aplica la limitación prevista en el Código Procesal Constitucional, ya que no existe vía ordinaria donde pueda alegarse el despido encausado o fraudulento que confiera el derecho de reposición, pues solo procede la impugnación por despido nulo por causales taxativas contempladas en la Ley. En consecuencia, la vía que sería igualmente satisfactoria sería la del despido nulo que permite la reposición en la vía ordinaria laboral, por lo que no cabría la

procedencia de una acción de amparo por causales de despido nulo en tanto que esta vía es residual.

Con los criterios que estableció el Tribunal Constitucional en sus sentencias referidas a la protección contra el despido arbitrario, en donde procede la reposición de un trabajador despedido arbitrariamente, trajo como consecuencia la interposición de una gran cantidad de acciones de amparo por parte de trabajadores incluyendo a los de confianza, lo cual incrementó la carga procesal del Tribunal Constitucional, dejando de lado la impugnación de un despido arbitrario por la vía laboral, ya que ahí solo cabía una reparación indemnizatoria.

Uno de los pronunciamientos expedidos por el Tribunal Constitucional, que ha delineado criterios para comprenderlos alcances del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del amparo, es la Sentencia dictada con ocasión del proceso promovido por Cesar Baylón Flores, en donde se estableció: Expediente N° 0206 – 2005 - PA/TC, Fundamento N° 6 “Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate como puede apreciarse el Tribunal Constitucional resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuando la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo, y cuando no lo es.

En conclusión, el proceso de amparo es una vía procesal válida para el tratamiento de temas laborales cuando esté de promedio la violación de un derecho constitucional laboral en el marco de un despido y no exista una vía ordinaria adecuada e igualmente satisfactoria.

2.2.41. El Criterio del Tribunal Constitucional

Al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en supuesto de trabajos y no solamente la indemnización

Las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 746–2003-AA/TC y N° 4492–2004-AA/TC, fueron las primeras sentencias emitidas en relación a la estabilidad de los Trabajadores de Confianza, en estas sentencias el Tribunal Constitucional de nota el criterio adoptado señalando que al trabajador de confianza despedido sin expreso de causa o por el retiro de la confianza no le corresponde la reposición sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente, lo que significa que nada impide al trabajador de confianza que reclame su derecho a una indemnización por despido arbitrario como cualquier otro trabajador.

Como se ha señalado en las sentencias N°746 – 2003-AA/TCyN°4492 – 2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional laborales fundamentos que contenían el criterio, y que sirvió de base para otras sentencias que fueron emitidas posteriormente. Los fundamentos que sirvieron de base para otras sentencias son los siguientes:

ExpedienteN°746-2003-AA/TC, Fundamento N°3 “En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de terminar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable

contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que se solicita, sino la vía del proceso laboral, a la que en todo caso aún tiene derecho la actor a razón por la que se deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda, ExpedienteNº4492 – 2004-AA/TC, Fundamento N°2 “En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746 – 2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente”.

Se debe considerar que el punto central es cuando el despido se da por la “pérdida“de la confianza por parte del empleador hacia esta clase de trabajadores, ya que resultaba cuestionable que sea repuesto un trabajador de confianza que fue contratado debido a la confianza depositada por el empleador en este o si se vulneraba el principio constitucional de igualdad, por lo que debía ser repuesto aún por esta causal de despido.

Una de las sentencias que desarrolla más ampliamente sus fundamentos en materia de estabilidad de Trabajadores de Confianza, es la recaída en el expediente N° 2358 – 2005-PA/TC, la misma que se procederá a analizar.

2.2.42. Análisis de la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC

Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Segundo Juan Argomedo Muñoz, contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, de fecha 25 de febrero de 2005, que declara infundada la acción de amparo

Antecedentes

En fecha 8 de julio de 2004, el señor Argomedo Muñoz interpuso demanda de amparo contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPSSEMAPABARRANCA S.A.), solicitando que se lo reponga en su puesto de trabajo como Gerente Técnico, puesto al que ingresó a laborar el 2 de mayo de 2002 hasta el 21 de abril de 2004, fecha en que fue despedido arbitrariamente mediante la Carta N° 080-2004-GG-SEMAPABARRANCAS.A, de fecha 20 de abril de 2004, vulnerándose sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario.

La EPSSEMAPABARRANCA S.A. Contesta la demanda señalando que el señor Argomedo Muñoz fue contratado como personal de confianza para que desempeñe el cargo de Gerente Técnico, por lo que al retirársele la confianza no se han vulnerado los derechos que alega; infundada la demanda, por considerar que el cargo de Gerente Técnico que desempeñaba el actor, al tener naturaleza directriz le es aplicable el artículo 187° de la LGS, que señala que el gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos, estimando que el demandante no ha sido despedido, sino que sólo se le retiró la confianza, teniendo en cuenta que el cargo que desempeñaba era de confianza.

2.2.43. Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N°2358-2005-PA/TC, se detallan a continuación:

El Tribunal Constitucional en su Fundamento N° 2, cita la definición de Trabajadores de Confianza establecida en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señalando además que *“En buena cuenta, los trabajadores de confianza*

tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresa, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades”

Asimismo, en el Fundamento N° 3, refiriéndose a la calificación y formalidad de designación de los Trabajadores de Confianza se precisa que *“según lo dispuesto por el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60° del reglamento acotado, señala que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “su inobservancia no en era dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”; debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.”*

Teniendo en cuenta lo señalado, el Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 4 hace mención a lo postulado por el recurrente quien indica que el cargo de Gerente Técnico que desempeñaba no era de confianza debido a que en sus boletas de pago no se consignaba la calificación correspondiente, sin embargo el Tribunal señala *“(…) que la omisión de la Empresa emplazada de consignar en la boleta del acción ante la calificación de trabajador de confianza, no enervaría dicha condición ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas.”*

Así mismo, el Tribunal Constitucional menciona el cuestionamiento de la acción ante referente a que en el contrato

que éste suscribió no se consignó que su cargo era de confianza, sin embargo, esto fue desvirtuado al haberse comprobado que a través de otro documento dicha calificación le fue comunicada por la empresa, tal como lo señala el colegiado en su Fundamento N° 5:“(…) *por lo tanto si vienen el contrato de trabajo no se consignó que el cargo que iba a desempeñar era de confianza, no es menos cierto que el actor tomó conocimiento el mismo día en que iba a iniciar su actividad laboral que el cargo era de confianza.*”

En contraparte, desvirtuándolo señalado por el accionante referido a su desconocimiento de la calificación de supuesto como uno de confianza y la posibilidad de accionar conforme a ley, el Tribunal Constitucional señala en su Fundamento N° 6 lo siguiente: *“En todo caso, si el demandante consideraba que su cargo había sido indebidamente calificado como puesto de confianza, debió recurrir ante el Poder Judicial para que dejes inefecto tal calificación, de conformidad con establecido en el artículo 61° del Decreto Supremo N°001-96-TR*

Finalmente, y en razón a los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional concluye en su Fundamento N° 7: *“En consecuencia, no habiendo se acredita la vulneración de los derechos alegados la presente demandada debe desestimarse.”*

Comentarios a la Sentencia N° 2358- 2005-PA/TC

El Tribunal Constitucional expresa claramente en la citada Sentencia el criterio que al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización, para lo cual señala que la formalidad para la calificación de los puestos de confianza debe ser observada por el empleador, sin embargo, su inobservancia o enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, pues la categoría de trabajador de

confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación del puesto; asimismo, resalta que el trabajador que considere que su cargo ha sido indebidamente calificado como puesto de confianza, puede accionar ante el Poder Judicial para que dejes inefecto tal calificación. Posición con la cual nos encontramos de acuerdo, en el sentido que la calificación de un puesto de confianza conlleva una formalidad, la misma que puede quedar de la dos i de la realidad se acredita la categoría de trabajador de confianza, resaltándose que el trabajador tiene el derecho de cuestionar dicha designación si la considera indebida. Sin embargo, consideramos que en esta Sentencia el TC ha omitido realizar un pronunciamiento sobre la protección contra el despido arbitrario que tiene esta categoría de trabajadores.

El retiro de confianza es causa de despido, solamente si el trabajador fue promovido de un cargo de no confianza (común) podía ser repuesto en el cargo previo.

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición considerando que en el despido de los Trabajadores de Confianza debe tenerse en cuenta dos situaciones a efecto de determinar las consecuencias de la impugnación de despido, para lo cual señala que si el Trabajador de Confianza fue contratado directamente para este puesto y luego se le retira la confianza, ésta es una causal de despido, sin embargo, cuando el Trabajador de Confianza fue promovido a este puesto desde otro puesto dentro de la organización, al retirársele la confianza debe retornar a su puesto anterior, por ello el colegiado a través de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC y Sentencia N° 3926-2007-PA/TC, desarrolla más ampliamente su posición Análisis de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC

Asunto

Recurso de agravio constitucional intentado por Ricardo David Chávez Caballero contra la Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 11 de noviembre de 2005, que declara infundada la demanda.

Antecedentes

En fecha 22 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando se le reponga en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, pues indica que fue despedido de manera injustificada imputándosele hechos falsos, como el ser responsable de participar en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación, habiéndose invocado como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral. Asimismo, el emplazado contestó la demanda argumentando que la grave irregularidad laboral cometida por el demandante consiste en no haber intervenido en el proceso de adquisición de las licencias del software Lotus Domino, pese a que era su obligación coordinar, registrar y analizar los requerimientos de programas de cómputo e intervenir en la evaluación técnica de dicho proceso, lo que determinó la pérdida de la confianza, y como consecuencia de ello, el término de la relación laboral.

En fecha 09 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza, que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza, no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales. Dicha Sentencia fue confirmada en segunda instancia por similares argumentos.

Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N°3501-2006-PA/TC, se detallan a continuación El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 2, cita la normativa constitución al referida a la contratación, derecho al trabajo, así como a la protección frente al despido arbitrario, establecidos en el artículo 2º, incisos 14 y 15, y el artículo 27º de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en el Fundamento N° 3, haciendo referencia a la Sentencia N° 0206 – 2005 – AA-TC, señala que todo trabajador común tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tiene estabilidad en su trabajo y no puede ser despedido arbitrariamente. Así el Tribunal señala“(…) *que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.*”

Teniendo en cuenta esto, el Tribunal en el Fundamento N°4, indica que el artículo 40º de la Constitución hace referencia a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los del sector privado, señalando que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de “confianza” en una institución.

Con el fin de aclarar la naturaleza de los Trabajadores de Confianza, el Tribunal en sus Fundamentos 5º y 7º cita algunas definiciones, como la de Néstor de Buen, quien considera que *“El trabajo de confianza no es un trabajo especial si no una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) Enrigo, los trabajadores*

de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)

A su vez, Santiago Barajas Montes de Oca define al trabajador de confianza como *“La persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que su actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación*

En el Fundamento N° 11 el Tribunal Constitucional desarrolla las particularidades que diferencian a los trabajadores de confianza de los trabajadores “comunes”, tales como:

“a) La confianza depositada en él, por parte del empleador;(...)

“b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; (...).”

“c) Dirección y dependencia; (...).”

“d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.”

“e) Impedimento de afiliación sindical, (...).”

“f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; (...).

El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, puesde no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, (...).”

“g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza (...).”

“h) No tienen derecho al pago de horas extras, (...). De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, (...).”

“i) No tienen derecho a una indemnización vacacional.(...)”

Explicando las formas de acceder a un puesto de confianza, el Tribunal Constitucional señala en el Fundamento N° 14, las dos formas: “

Aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador las asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza”.

En el Fundamento N° 15, el Tribunal Constitución indica el procedimiento para calificar a un trabajador contratado temporal con la legislación actual:

a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;

Se comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y, Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.”

En este orden de ideas el Tribunal Constitucional señala que de acuerdo al artículo 61° del Decreto Supremo N°001-96-TR, los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o desconfianza, podrán recurrir ante la

autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. Asimismo, indica que el artículo 44° de la LPCL, establece que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder á puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no deber ser abusiva ni simulada, pues podría atribuirsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo.

Refiriéndose al caso concreto el Tribunal Constitucional en los Fundamentos N° 21 y 22 concluye que el recurrente en su demanda y en sus medios probatorios afirma que: “Nunca intervino en el proceso de adquisición”, “no corresponden a las funciones asignadas” y “que al demandante se le imputó el incumplimiento de funciones que no son suyas y se le vinculó a un hecho con las o la declaración de una sola persona”. Asimismo, indica que se ha verificado que en el Manual de Funciones Generales, se desprende que la Subgerencia de Desarrollo de Sistemas tiene entre otras funciones, participar en la evaluación técnica de las adquisiciones de las herramientas de cómputo para el desarrollo de aplicaciones. Entre otras obligaciones.

En el Fundamento N° 23, se indica que la Contraloría General de la República determinó la responsabilidad del recurrente por la omisión de funciones tales como: “Coordinar, registrar y analizar los requerimientos de equipamiento, programas, producto y servicios computacionales a fin de establecer el plan operativo anual de sistemas en lo que concierne a su ámbito “e“Intervenir en la evaluación técnica de los procesos de adquisición de equipos y programas de cómputo”.

El Fundamento N° 24, señala que “de conformidad con el artículo 24°, inciso, de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, el Directorio tiene la facultad de designar y por lo tanto de remover a los trabajadores que tienen la categoría de funcionario principal. Mientras que el artículo 51° del Estatuto del Banco Central de Reserva establece la categoría de funcionarios principales que comprende a los Gerentes Centrales, Gerentes, Subgerentes (...), encontrándose éste dentro del personal catalogado como de Dirección, por lo que la demandada optó por el retiro de la confianza del demandante, por las conclusiones indicadas en el Examen Especial Contraloría de la República, en la que se determina su incumplimiento de las obligaciones de trabajo”

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye que al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno.

Comentarios a la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC

En la Sentencia analizada el Tribunal Constitucional hace una precisión importante indicando que los que asumen un cargo de confianza están supeditado a la “confianza” del empleador, indicando que el retiro de la misma invocada por el empleador, constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva; complementando dicha afirmación con las dos formas de acceder a un puesto de confianza, tal como: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, y que posteriormente el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza. Posición con la cual nos encontramos de acuerdo pues permite distinguir

dos situaciones que se presentan en los trabajadores de confianza, las mismas que deben tener efectos diferentes ante el retiro de confianza, pues como se señala en el primer caso el trabajador conoce que inicia sus labores en un puesto al que accedió por un elemento subjetivo como es la confianza, elemento que al desaparecer o retirársele por parte del empleador, ocasionaría una situación de extinción del vínculo laboral; de otro lado en el segundo caso, el trabajador promovido de un puesto común y que accede aun puesto de confianza debería retornar a su puesto anterior al que fue promovido luego que el empleador le retire el elemento confianza por el cual fue promovido.

La designación en un cargo de confianza es temporal, no hay estabilidad laboral

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N°1042-2007-PA/TC considera que la designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por la cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no con lleva la estabilidad laboral; precisando además que si el trabajador tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado era de confianza, no existe despido arbitrario al retirársele la confianza sino conclusión de la referida designación.

2.2.44. Análisis de la Sentencia N°1042-2007-PA/TC

Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ordilón Bernabé Janampa Janampa contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fecha 28 de diciembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo.

Antecedentes

En fecha 13 de octubre de 2006, el señor Ordilón Bernabé Janampa Janampa interpuso demanda de amparo contra el Proyecto Especial Río Cachi, solicitando que se le reincorpore al cargo que venía desempeñando en el área de Subgerencia de Operaciones y Mantenimiento, puesto que ocupaba antes de ser designado como Gerente General de dicho proyecto; indicando que se le retiró la confianza el 15 de setiembre de 2006 mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 505- GRA/PRES, por lo que señala haber sido despedido arbitrariamente, ya que se habría convertido su vínculo laboral en una relación de plazo indeterminado.

El Juzgado de Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 18 de octubre de 2006, declaró improcedente la demanda por considerar que la dilucidación de la controversia requería de la actuación de pruebas, por lo que el proceso de amparo no era la vía idónea. La recurrida confirmó la apelada, por el mismo fundamento.

Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N° 1042-2007-PA/TC, se detallan a continuación. Inicialmente el Tribunal Constitucional hace referencia a la procedencia del cuestionamiento del despido arbitrario mediante una acción de amparo, para lo cual señala en su Fundamento N°1, lo siguiente: “ *En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativos a materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7ª 20 de la STC0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.*”

Así mismo, en su Fundamento N° 2 hace referencia a las formalidades para la designación de un trabajador de confianza, conforme a lo dispuesto en el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N°728, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, señalando además que sin embargo, de acuerdo al artículo 60° del citado reglamento, *“la calificación de los puestos de confianza es una formalidad que debe observar el empleador; sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto”*.

Finalmente, refiriéndose a la designación del trabajador de confianza y su naturaleza, el Tribunal Constitucional señala en su Fundamento N° 3 que *“La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral”*, asimismo, refiriéndose al caso concreto, señala que el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación, por lo cual la demanda carece de sustento.

Comentarios a la Sentencia N°N°1042-2007-PA/TC

En la Sentencia analizada el Tribunal Constitucional es bastante puntual al señalar que en la designación de unos cargos asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva estabilidad temporal. Posición con la que estamos de acuerdo puesto que el sustento es que el trabajador que asume el cargo de confianza tiene el pleno conocimiento que el cargo al que fue designado es de confianza, por lo que el retiro de la misma con lleva a la

conclusión de la relación laboral La Imposibilidad de reponer a trabajador despedido por pérdida de confianza.

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición en la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC, en la cual señala que el retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores el trabajador haya ejercido un cargo de confianza, pues en caso haya realizado labores comunes u ordinarias y luego haya sido promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, esto con el fin que no se produzca un abuso del derecho, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Germán López Fabián contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha 19 de diciembre de 2007, que declaró infundada la demanda de amparo.

Antecedentes

En fecha 16 de marzo de 2007, el señor Francisco Germán López Fabián interpuso demanda de amparo contra Electro Oriente S.A. solicitando que se deje inefecto el despido de que ha sido objeto, que se declare inaplicable el contenido de la Carta N.ºG-109-2007, del 31 de enero de 2007, y que por consiguiente se lo reponga en su cargo de Jefe de Recursos Humanos de la emplazada o en otro cargo de igual o similar nivel, señalando que ingresó a laborar en la empresa demandada el 1 de julio de 1982, como Jefe de Presupuesto y ocupando diversos cargos hasta el 16 de febrero de 2007, por lo que es un trabajador estable y de carrera; que sin embargo ha sido víctima de despido encausado, aduciéndose un retiro de confianza; y que se ha vulnerado su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

La emplazada propuso las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa y contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente, expresando que el Tribunal Constitucional ha establecido que a los trabajadores de confianza despedidos no les corresponde la reposición; que los trabajadores de confianza tienen estabilidad laboral relativa; y que el demandante tenía la condición de trabajador de confianza por lo que no le corresponde la reposición.

El Juzgado Mixto de San Martín-Tarapoto, con fecha 27 de abril de 2007 declaró infundadas las excepciones deducidas por el demandado, y con fecha 2 de mayo de 2007 declaró fundada la demanda por estimar que teniendo en cuenta la trayectoria laboral del demandante, sus años de servicios y los diferentes cargos que desempeñó, debe entenderse que su último cargo de Jefe de Recursos Humanos obedeció a una rotación y promoción, sin dejar de tener la condición de empleado contratado a plazo indeterminado, por lo que para ser despedido debió existir una causa justa; y que el cargo de confianza no puede equipararse a un cargo de dirección que sí puede ser cesado por retiro de confianza.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que el demandante no solamente desempeñó el cargo de confianza de jefe de Recursos Humanos, sino que también desempeñó otros cargos de confianza desde el mes de junio de 2003.

Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N°1581-2008-PA/TC, se detallan continuación:

El Tribunal Constitucional inicia su análisis refiriéndose a la procedibilidad de la demanda de amparo en materia laboral, tomando como criterio los Fundamentos 7ª 20 de la Sentencia

Nº 0206-2005-PA/TC, la cual constituye precedente vinculante, por lo que considera que en el presente caso procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

Así mismo, al delimitar el petitorio el Tribunal Constitucional indica en su Fundamento Nº 4 que *“la controversia se centra en determinar si el demandante ha sido objeto de despido arbitrario o si el retiro de la confianza ha extinguido debidamente su relación laboral con la empresa emplazada* Al analizarse la controversia, el Tribunal Constitucional señala que de las boletas de pago se desprende que el recurrente ingresó a laborar para la empresa demandada desde el 1 de julio de 1982 hasta el 31 de enero de 2007, fecha en la cual la empresa emplazada le cursó la Carta N.ºG-109-2007, comunicándosele que *“(…) el Directorio mediante Acuerdo y Sesión señalada en la referencia, ha decidido se pararle de la Empresa por retiro de confianza (…)*”. Determinándose que el demandante laboró para la empresa demandada durante 25 años, siendo el último cargo que desempeñó el de Jefe de Recursos Humanos, que tenía la condición de cargo de confianza.

Refiriéndose al afirmado por la empresa demandada, el Tribunal Constitucional indica en su Fundamento Nº 6 que al momento del cese del trabajador tenía una antigüedad mayor a los 15 años como personal de confianza, habiendo desempeñado diferentes cargos de confianza durante este tiempo, concluyendo que el demandante ocupó un cargo que no era de confianza, sino común u ordinario, condición laboral en la que permaneció 10 años de su récord laboral.

El colegiado en su Fundamento Nº 7 refiriéndose al criterio adoptado respecto de las consecuencias del despido de un trabajador de confianza por pérdida de la confianza, hace mención a lo resuelto en la Sentencia Nº 3501-2006-PA/TC en la cual precisó que *“El retiro de la confianza comporta la*

pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores éste trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no será sí, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar realizar sus labores habituales, en salvaguarda a que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”.

Luego de realizado el análisis del caso, el Tribunal en sus Fundamentos N° 8 y 9, concluye que si bien al demandante se le asignaron diversos cargos de confianza, inicialmente realizó labores comunes u ordinarias en la entidad emplazada, por lo que sólo correspondía el despido del demandante por causa justa, conforme lo establece la ley, sin embargo, en el caso de autos el recurrente fue despedido inexpressión de causa, en tal sentido se debe estimar la demanda, debiéndose disponer la reincorporación del demandante en el cargo que ocupaba antes de que se le asigne el primer cargo de confianza; sin embargo, reponer las cosas al estado anterior a la violación es imposible, puesto que como refiere el propio demandante en su escrito de fecha 14 de julio de 2009, después de haber sido repuesto en su cargo gracias a la medida cautelar que se dictó en este proceso, la emplazada mediante Carta Notarial N.ºG – 186 – 2008 del 15 de febrero de 2008 lo despidió nuevamente, invocando esta vez, la comisión de falta grave prevista en la ley, al imputarle que habría “suministrado información falsa al empleador con la intención de causar le perjuicio u obtener una ventaja”, siendo que este despido está relacionado con hechos distintos a los que dieron origen al presente proceso de amparo, y que habrían acaecido cuando laboraba para la emplazada como consecuencia de la mencionada medida cautelar Finalmente el Tribunal Constitucional en su Fundamento N° 10

se pronuncia sobre la situación del recurrente, en atención al despido inicial por pérdida de la confianza y su posterior despido por falta grave, luego de haber sido repuesto mediante una medida cautelar, señalando que: “Por tanto se evidencia que la situación actual del recurrente, esto es la separación de la empresa demandada, no proviene del acto lesivo denunciado en la presente demanda, sino de un acto posterior, lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en esta sentencia, puesto que, obviamente, no es materia de la controversia que plantea la pretensión de la demanda de autos”.

Es importante indicar que si bien el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo conforme al segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, también considera que en consecuencia la pretensión ha sido substraída, así mismo, ordena a Electro Oriente S.A. que no obstante la substracción de la materia, no vuelva a incurrir en la conducta que motivó la interposición de la presente demanda.

Comentarios a la Sentencia N°1581-2008-PA/TC

El Tribunal Constitucional señala en la Sentencia analizada que el retiro de la confianza conlleva a la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio el trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, ya haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley. Posición que compartimos pues debe entenderse que el término de la relación laboral en el caso de trabajadores de confianza se puede deber al retiro de la confianza, y en el caso de un trabajador común debe sustentarse en una causa justa establecida por la Ley Reparación del Despido por Retiro de la Confianza. Como se ha comentado, las sentencias emitidas por el Tribunal

Constitucional referidas a la estabilidad laboral en la cual este órgano colegiado denotaba su tendencia por retornar a la estabilidad laboral absoluta, llevaron a interpretar que se volvería a la rigidez de años anteriores.

Refiriéndose a la estabilidad laboral de los Trabajadores de Confianza FERNÁNDEZ señala que “en este sistema de estabilidad laboral no resulta práctico hacer una distinción entre la estabilidad y los mecanismos de reparación de los trabajadores comunes y de los trabajadores de Confianza”.

En efecto la discusión sobre si merece no la misma protección contra el despido y cuál debe ser el mecanismo de reparación, es un asunto discutible en los sistemas que consagraban uno de estabilidad laboral absoluta.

Con la nueva concepción elaborada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, nos llevó a reflexionar si la protección contra el despido arbitrario que ha elaborado el Tribunal Constitucional, es decir, la reposición en el puesto de trabajo, debe ser aplicada también a los Trabajadores de Confianza.

Debemos indicar que desde que nuestra legislación reguló esta relación especial de trabajo, como es la de los Trabajadores de Confianza, estos trabajadores han estado siempre excluidos. No del derecho a la estabilidad misma, pero sí del mecanismo restitutorio al trabajo.

Inicialmente el Tribunal Constitucional falló sobre situaciones laborales de trabajadores comunes y en los que no se ha alegado la situación especial de Trabajadores de Confianza.

Debe tenerse en cuenta que la necesidad funcional del empresario de elegir en base a la confianza al personal directivo que labora en su círculo más íntimo, puede permitir alcanzar el éxito de la actividad empresarial

Refiriéndose a la reparación del despido de los Trabajadores de Confianza, ARCE señala que:-

“(...) sería ilógico o irrazonable que no se atienda el hecho de que el trabajador de confianza o dirección mantienen un vínculo de confianza recíproca bastante intenso con su empresario. Incluso en muchos casos el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá, ésta sería la única razón para negarle la reposición aun trabajador de confianza”.

Teniendo en cuenta lo expuesto consideramos que los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, referidos a la reparación ante un despido arbitrario, para el caso de los trabajadores de dirección y de confianza no resultan aplicables, precisamente por la naturaleza misma de las labores que desempeñan estos; no procediendo en consecuencia que ante un despido arbitrario solicite su reposición en el puesto de trabajo.

Pese a lo expuesto como ya lo hemos advertido la ley debería distinguir entre los trabajadores que acceden directamente a puestos de confianza ya aquellos que son promovidos a dichos cargos siendo en el caso específico de los segundos nombrados, consideramos si bien no podría operar la reposición en el puesto de dirección o confianza, sí debería producirse en el cargo original que ocupaba el trabajador antes de ser promovido en el puesto de dirección o confianza.

En este orden de ideas, se puede concluir que lo planteado armonizará con las dos posiciones que se enfrentan y subyacen al tema bajo comentario: el de la libertad de empresa y específicamente el de organizar y nombrar al personal de alta dirección que tienen los propios empresarios y el de una adecuada protección contra el despido arbitrario que consagra

nuestro texto constitucional como derecho inherente a todos los trabajadores.

2.3. DEFINICIONES OPERACIONALES

2.3.1. Derechos Fundamentales. Son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada. A diferencia de los derechos humanos, poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidas y garantizadas por el Derecho positivo, delimitados espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentado del sistema jurídico político del Estado de Derecho.

2.3.2. Principio Protector. Conocido también como principio de *igualdad por compensación o desigualdad compensatoria*, es aquel en virtud del cual el Derecho del Trabajo, reconociendo la desigualdad de hecho entre los sujetos de la relación jurídica de trabajo, promueve la atenuación de la inferioridad económica, jerárquica e intelectual de los trabajadores. Al surgir con el propósito de defender al trabajador que se encuentra subordinado al empleador, su esencia radica no en nivelar a las personas, sino de equilibrar las desigualdades existentes en dicha subordinación.

2.3.3. Tutela Restitutiva. Es la garantía de recomposición o protección especial por la naturaleza indisponible de los

derechos constitucionales afectados, que asegura la restitución en el goce pleno de tales derechos, pues están referidos a la libertad y dignidad del hombre y no pueden sustituirse por otros equivalentes.

2.3.4. Estabilidad Laboral. Se entiende por estabilidad laboral el derecho que tiene el trabajador de permanecer en su empleo y de no ser despedido sino cuando sobrevengan circunstancias previamente señaladas en la ley, como la causa justa. Es el derecho del trabajador a conservar su puesto de empleo durante toda su vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes, a no ser por alguna causa taxativamente determinada.

2.3.5. Contratos Temporales. El contrato temporal, es aquel que tiene por objeto el establecimiento de una relación laboral entre empresario y trabajador por un tiempo determinado.

CAPÍTULO III

MATERIALES Y MÉTODOS

3.1. MÉTODO, TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

Método.

Para el desarrollo de la presente investigación, hemos partido del método holístico, que nos permite entender el problema de la estabilidad laboral y contratos temporales desde el punto de vista de las múltiples interacciones que caracterizan a los despidos lesivos de derechos fundamentales, y su explicación y se orienta hacia una comprensión contextual del fenómeno en estudio.

Pero además, considerando que la metodología en general se distingue de la metodología jurídica, en el carácter argumentativo del Derecho, ha sido trascendental emplear los métodos de interpretación más útiles y eficaces con la finalidad de dotar de significado a la interpretación el fenómeno jurídico de nuestro estudio.

a) Método de estudio de casos: A partir del estudio de las controversias sobre la estabilidad laboral y los contratos temporales que son analizadas por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional, para determinar criterios y posiciones que generen alternativas de solución al problema en estudio.

- b) **Método histórico:** Para determinar la evolución de las características del derecho a la estabilidad laboral y contratos temporales, a efectos de poder contar con una mejor comprensión del fenómeno en estudio.
- c) **Método dogmático:** Con la finalidad de establecer las principales posiciones, principios y planteamientos doctrinales, diferenciando cada teoría a efectos de determinar una posición crítica respecto al objeto de estudio.
- d) **Método Hermenéutico:** Para la interpretación orientada a establecer el sentido y alcance de las normas jurídicas entorno al caso concreto en donde debe aplicarse. Su finalidad es esclarecer, entender y describir con un lenguaje comprensivo el verdadero significado de aquellas normas que regulan el derecho a la estabilidad laboral y contratos temporales, a fin de obtener su verdadero sentido luego de ser interpretadas.

Para ello, hemos usado el método teleológico o finalista (*ratio legis*), es decir, más allá de buscar una explicación gramatical de la norma jurídica, se ha analizado su razón de ser o el espíritu de su existencia, lo que ha permitido una adecuada argumentación al momento de procesar e interpretar los datos.

Asimismo, también ha sido necesario de manera concurrente, el uso del método de interpretación sistemática, con la finalidad de determinar *qué quiere decir* una norma en estudio, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están claramente expresados en el texto normativo que se quiere interpretar. En otras palabras, el propósito ha sido obtener coherentemente una interpretación que de la sola lectura de la norma no se tiene, y en ese afán se ha recurrido, inclusive, a los conceptos o categorías jurídicas contenidas en otras normas que la vinculan.

e) Método comparativo: Para revisar y analizar la legislación laboral comparada sobre aquellas normas que regulan el derecho a la estabilidad laboral y contratos temporales, en los distintos países que tienen un sistema laboral similar al nuestro (en especial de América Latina).

Tipo.

Partiendo de los objetivos planteados, el tipo de investigación desarrollado es de carácter cualitativo, pues analizando la realidad socio-jurídica, se busca la aplicación de categorías jurídicas o principios rectores a la solución de un problema concreto, real, factible y necesario.

Nivel.

Por el grado de desarrollo del conocimiento respecto al tema a estudiar y a los objetivos propuestos, nuestra investigación tiene un nivel descriptivo-explicativo, cuyo propósito ha sido exponer el sustento jurídico respecto al estabilidad laboral y contratos temporales por el trabajador frente a los despidos lesivos que afectan los derechos fundamentales, durante el período que abarca desde el día siguiente en que fue cesado hasta el día de su efectiva reincorporación.

3.2. SISTEMA DE HIPÓTESIS, VARIABLES Y ESQUEMA DE DISEÑO

Para un adecuado estudio del planteamiento de investigación, se ha formulado la siguiente hipótesis y sus respectivas variables:

3.2.1. Hipótesis General:

Si el Estado garantiza la estabilidad laboral de los contratos temporales entonces el principio Protector del Derecho Laboral no causaría indefensión en las entidades públicas del Estado.

3.2.2. Hipótesis Específicas.

HE1 Si se garantiza la estabilidad laboral en los contratos temporales entonces no causaría indefensión de entidades públicas del Estado.

HE2 Si el fundamento jurídico-doctrinario sustenta la validez del pago de las remuneraciones dejadas de percibir entonces la reincorporación laboral por despido lesivo garantizaría los derechos fundamentales de los trabajadores.

HE3 Si se establece la estabilidad laboral del personal contratado de confianza entonces se garantizaría la labor eficiente en las entidades públicas del estado Peruano.

HE4 Si se determinan las modalidades legislativas en que se amparan a los actuales contratos laborales temporales entonces no causaría indefensión en los trabajadores.

OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES

VARIABLES	INDICADORES	INSTRUMENTO
VARIABLE INDEPENDIENTE Estabilidad Laboral y Contratos Temporales	La reincorporación laboral por tipo de despido lesivo de derechos fundamentales Protege el principio protector y la tutela restitutoria para la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales	Encuesta
VARIABLE DEPENDIENTE	Las sentencias a favor y en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibir en todos los tipos de despidos lesivos	Encuesta

Entidades públicas del estado	de derechos fundamentales se dieron El despido lesivo que genera el despido genera el pago de remuneraciones dejadas de percibir.	
--	---	--

3.2.3. Diseño de Investigación

Entonces, la significación gráfica de la relación causal es el siguiente:

El diseño de investigación corresponde al diseño longitudinal.

Por consiguiente, el diseño se manifiesta de la siguiente manera:

O₁ ----- O₂

Donde:

O₁ = Observación uno

O₂ = Observación dos

3.3. FUENTES, TÉCNICASE INSTRUMENTOS

Fuentes.

Se han utilizado los archivos de Sentencias Judiciales y Constitucionales emitidas por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Perú, publicadas en sus portales web y/o en compendios jurisprudenciales de editoriales jurídicas.

Tratados, Textos y Revistas especializadas en materia de Derecho del Trabajo. Normas legales nacionales y del Derecho comparado.

Técnicas.

En torno a las técnicas de recolección de datos empleadas, nos hemos basado fundamentalmente en la recolección de información con el uso de técnica del fichaje para el posterior análisis documental de las Sentencias Judiciales y Constitucionales emitidas por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Perú, así como de artículos doctrinarios de autores especializados en la materia contenidas en libros y revistas; las cuales tienen como referente las citas bibliográficas consignadas en el informe.

Respecto al procesamiento, presentación, análisis e interpretación de la información se ha empleado la técnica de análisis documental, con el fin de clasificar los datos según los criterios jurisprudenciales contenidos en las sentencias objeto de muestra.

3.4. COBERTURA DE LA INVESTIGACIÓN (POBLACIÓN Y MUESTRA)

a) Población.

La población de estudio está constituida por la totalidad de sentencias judiciales emitidas en última instancia y a nivel nacional, tanto por la Corte Suprema de Justicia de la República como por el Tribunal Constitucional, donde se han resuelto conflictos sobre la estabilidad laboral de la administración pública.

b) Muestra.

Considerando a la población descrita, donde cada sentencia judicial tiene la misma representatividad y posibilidad de ser elegida, se ha empleado el muestreo al azar (aleatorio), previa estratificación sobre el tipo órgano jurisdiccional que la emite (Corte Suprema de Justicia de la República y Tribunal Constitucional del Perú) y los criterios jurisprudenciales asumidos (posiciones a favor y en contra), para el estudio de los casos jurisprudenciales.

Para tal efecto, se han recopilado 60 sentencias emitidas por ambos organismos donde se han resuelto conflictos sobre la estabilidad laboral y contratos temporales de derechos fundamentales, a las que se han podido tener acceso por estar publicadas tanto en sus

portales web o en compendios jurisprudenciales, durante los años 2000 al 2014, que es un período de mayor incidencia sobre casos de despidos.

c) Unidad de análisis.

Está conformada por cada sentencia judicial objeto de estudio, donde se han resuelto conflictos sobre la estabilidad laboral y contratos temporales de derechos fundamentales, emitida tanto por la Corte Suprema de Justicia de la República como por el Tribunal Constitucional del Perú.

d) Instrumentos.

Para recolectar los datos e informaciones se utilizaron, encuestas, libretas de apuntes o cuadernos de nota, así como pioners archivadores para almacenar la información del análisis de las sentencias judiciales y las fichas de texto, de resumen y bibliográficas. Adicionalmente, se emplearon computadoras, fotocopadoras, internet y el cuadro de análisis documental; instrumentos que también fueron utilizados para el procesamiento y presentación estadística de la información, así como para el análisis e interpretación de los resultados.

CAPITULO IV

DISCUSION DE RESULTADOS

4.1. PRESENTACION DE RESULTADOS

Previo a la ejecución del presente trabajo de investigación se elaboró los cuestionarios para ser usado como instrumento en la muestra determinada, con la finalidad de medir el objetivo ya establecido en la investigación.

4.2. ANALISIS Y ORGANIZACIÓN DE DATOS

En esta parte del trabajo se presenta los resultados de la investigación debidamente sistematizado en cuadros estadísticos, los mismos que facilitan la realización del análisis y la interpretación correspondiente de la variable de estudio.

Los resultados están organizados teniendo en cuenta el diseño de investigación, es decir resultado del conjunto de ítems tomados a las sentencias y la respectiva comparación de los resultados obtenidos de cada uno de ellos.

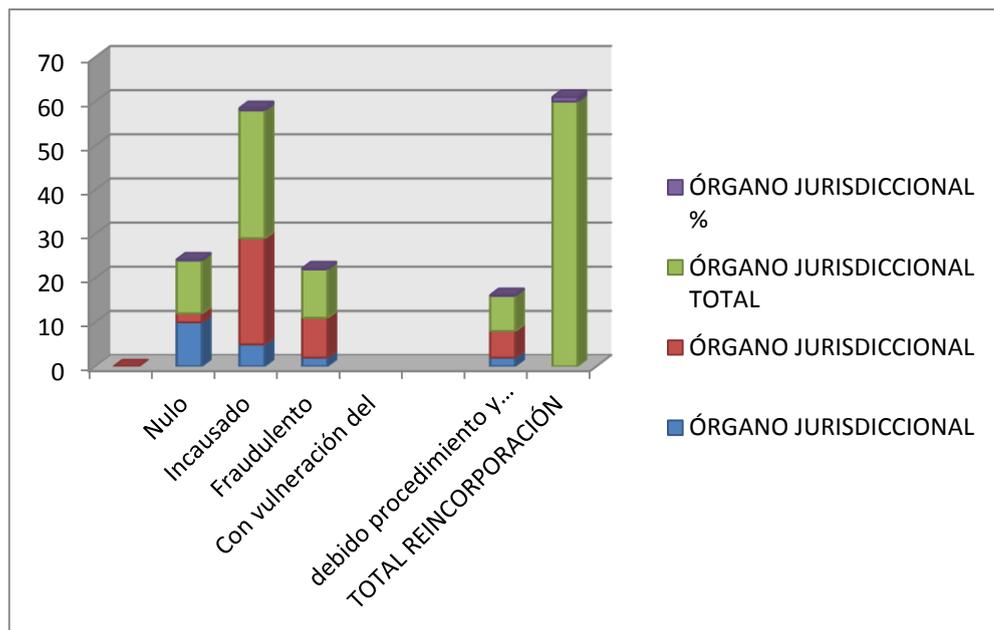
CUADRO N° 01

Reincorporación laboral por tipo de despido lesivo de derechos fundamentales

Tpo de despido lesivo de derechos fundamentales	Órgano jurisdiccional		Total	%
	Corte Suprema	Tribunal Constitucional		
Nulo	10	2	12	20%
Encausado	5	24	29	48.3
Fraudulento	2	9	11	18.3
Con vulneración del debido procedimiento y derecho a la defensa	2	6	08	13.4 %
TOTAL REINCORPORACIÓN			60	100

GRÁFICO N° 01

Reincorporación laboral por tipo de despido lesivo de derechos fundamentales



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

En el Cuadro y gráfico N° 1 se observa la medida de reincorporación o reposición laboral del trabajador como tutela restitutoria frente a los diversos tipos de despidos que se consideran lesivos de derechos fundamentales, dispuestas tanto por la Corte Suprema (CS) como por el Tribunal Constitucional (TC). Así, de las 60 sentencias analizadas que adoptaron esa medida, al Despido Nulo corresponden 12 (10 emitidas por la CS y 02 por el TC); al Despido Incausado corresponden 29 (05 emitidas por la CS y 24 por el TC); al Despido Fraudulento corresponden 11 (02 emitidas por la CS y 09 por el TC); y al Despido con Vulneración del Debido Procedimiento y Derecho a la Defensa corresponden 08 (02 emitidas por la CS y 06 por el TC).

Entonces, los mayores casos de incidencia están en el despido incausado (48.3%), luego en el despido nulo (20%), seguido por el fraudulento (18.3%) y finalmente en el de vulneración del debido procedimiento (13.4%); lo cuales nos demuestran que en la última década y hasta la actualidad ambos organismos (judicial y constitucional) han identificado la existencia de un conjunto de despidos laborales que tienen como común denominador la presencia directa de un motivo ilícito o inconstitucional en el cese ejecutado por el empleador. Por lo que al vulnerar la Constitución el acto no puede ser eficaz, retrotrayéndose sus efectos a través de la reincorporación del trabajador.

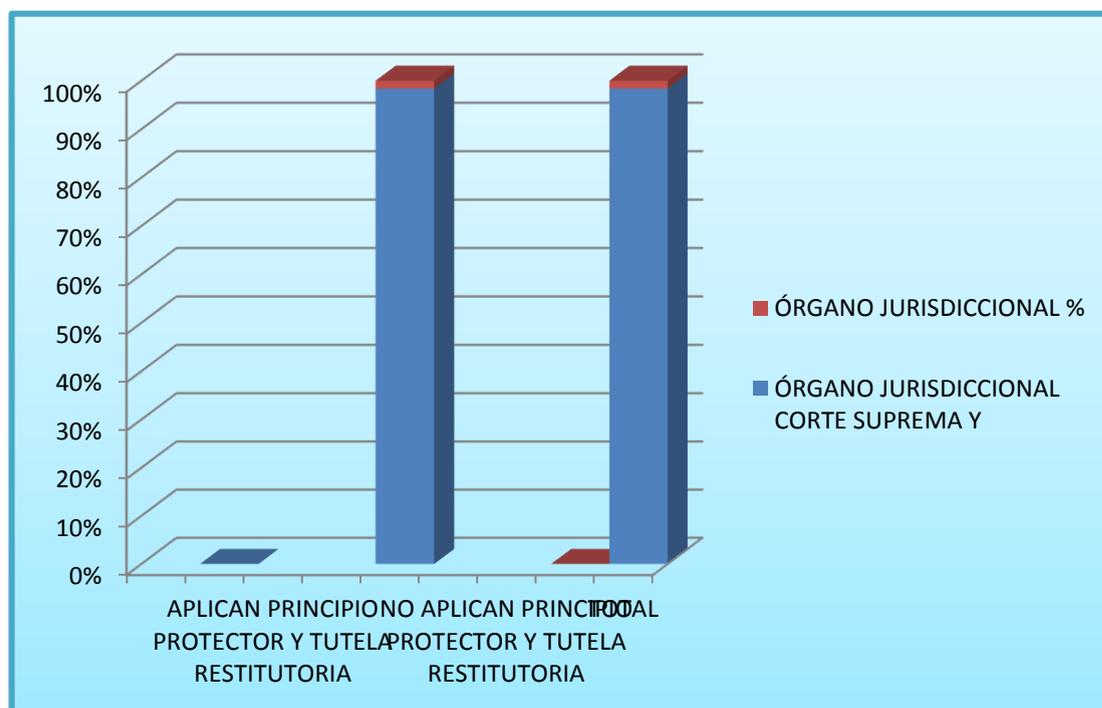
CUADRO N ° 02

Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales

Aplicación del principio protector para la reincorporación laboral	Órgano jurisdiccional	%
	corte suprema y tribunal constitucional	%
Aplican principio protector y tutela restitutoria	60	100%
No aplican principio protector y tutela restitutoria	00	0%
Total	60	100%

GRÁFICO N ° 02

Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales.



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

Como consecuencia del Cuadro anterior, en el Cuadro N° 2 podemos apreciar la medida de reincorporación laboral del trabajador en las 60 sentencias analizadas (100%), tiene como sustento la tutela restitutoria por aplicación del Principio Protector frente a los diversos tipos de despidos que se consideran lesivos de derechos fundamentales; cuyo criterio es compartido uniformemente tanto por la CS como por el TC(100%).

Entonces, como nos muestra el Gráfico N °2, en todos estos tipos de despidos la calificación como lesivo de un derecho fundamental, lógicamente tiene como fuente superior la aplicación del Principio Protector que informa al Derecho del Trabajo, que se manifiesta a través de la tutela restitutoria como una medida tutelar o proteccionista al trabajador: la reincorporación del trabajador a su centro laboral; en función a que en todos estos despidos está presente la lesión de un derecho fundamental que lo hace nulo desde su origen.

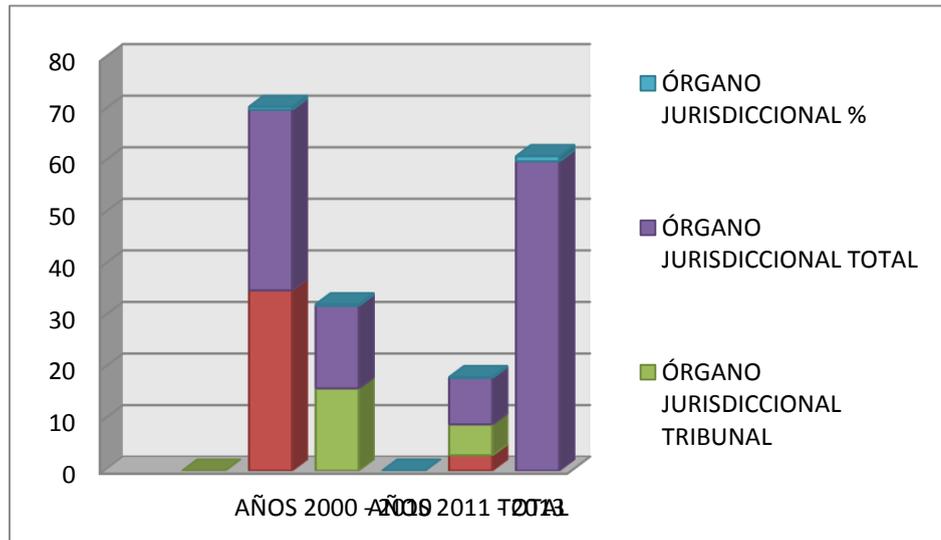
CUADRO N ° 03

Sentencias a favor y en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibir en todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales.

Posición respecto al pago de remuneraciones dejadas de percibir		Órgano jurisdiccional		total	%
		corte supre	tribunal constitucional		
AÑOS 2000- 2010	A favor	35	00	35	58.3%
	En contra	00	16	16	26.7%
AÑOS 2011- 2013	A favor	00	00	00	0%
	En contra	03	06	09	15%
TOTAL				60	100%

GRÁFICO N° 03

Sentencias a favor y en contra del pago de las remuneraciones dejadas de percibir en todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

El Cuadro N° 3 nos presenta una información bajo el contexto de dos tiempos o momentos dentro del intervalo en estudio, en razón de posiciones contradictorias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y luego a un cambio de criterio de aquélla. De las sentencias analizadas de la muestra, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias a favor del pago de las remuneraciones dejadas de percibir en todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales (58.3%), en cambio el TC emitió 16 sentencias en contra de dicho pago para todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales (26.7%). Pero luego, la CS cambió de criterio entre los años 2011 al 2013, en donde expidió 03 sentencias negando la posibilidad del pago de tales remuneraciones para todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales, adscribiéndose a la posición del TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Entonces, como nos muestra el Gráfico N° 3, pese a los antecedentes de los Cuadros anteriores, no ha existido en el desarrollo jurisprudencial de la CS una posición uniforme sobre la procedencia del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, pues en un primer momento o período sí lo venía permitiendo para todos los tipos de despidos inconstitucionales, sustentado en que *“la persona humana y el respeto de su dignidad*

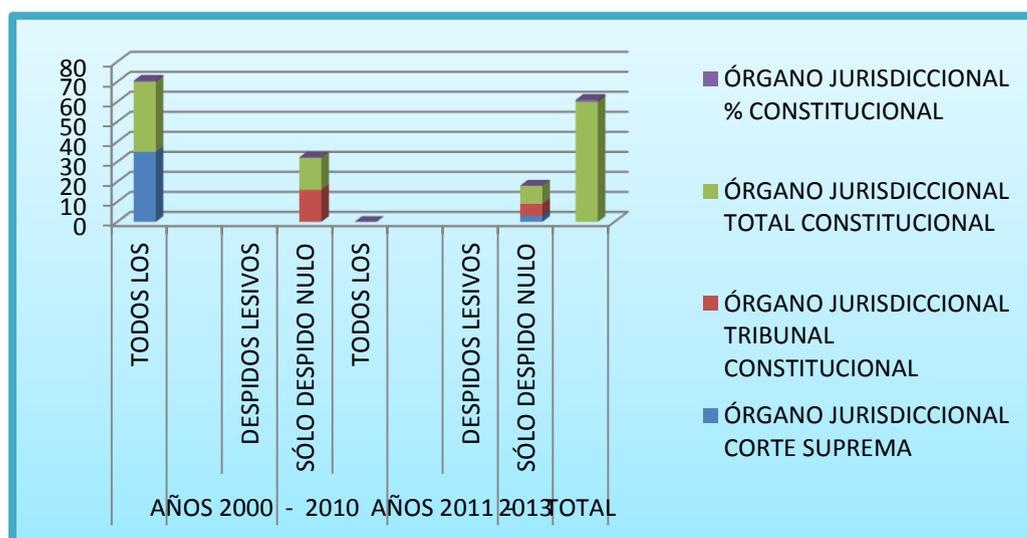
CUADRO N° 0 4:

Tipo de despido lesivo que genera el pago de remuneraciones dejadas de percibir.

Tipo de despido lesivo de derechos fundamentales		órgano jurisdiccional		total	%
		Corte suprem	Tribunal constitucion		
Años 2000 - 2010	Todos los despidos lesivos	35	00	35	58.3%
	Sólo despido nulo	00	16	16	26.7%
Años 2011 - 2013	Todos los despidos lesivos	00	00	00	0%
	Sólo despido nulo	03	06	09	15%
total				60	100%

GRÁFICO N° 0 4

Tipo de despido lesivo que genera el pago de remuneraciones dejadas de percibir



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

La información que nos presenta el Cuadro N° 4 es correlativa con el

Cuadro del punto anterior. Aquí observamos la información, también bajo el contexto de dos tiempos o momentos dentro del intervalo en estudio, en razón de las mismas posiciones contradictorias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y posteriormente el cambio de criterio de aquélla para vincularse a la de este. De las sentencias analizadas de la muestra, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias con el criterio que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir se aplica a todos los tipos de despidos lesivos de derechos fundamentales (58.3%), en cambio el TC emitió 16 sentencias bajo el criterio que dicho pago se aplica solamente a los casos de despidos nulos regulados como tal en la ley ordinaria (26.7%). Pero luego, la CS cambió de criterio entre los años 2011 al 2013, en donde expidió 03 sentencias donde sólo admitió la posibilidad del pago de tales remuneraciones para los casos específicos regulados como despidos nulos, adscribiéndose a la posición del TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Como nos muestra el Gráfico N°4, tampoco ha existido en el desarrollo jurisprudencial de la CS una posición uniforme sobre el tipo de despido inconstitucional al cual se le aplica el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, pues en un primer momento o período adoptó el criterio que permitía dicho pago para todos los tipos de despidos inconstitucionales, sustentado en que *“el artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido al no establecer distinción o restricción de alguna clase en cuyo caso hubiera prescrito que sólo en dicho caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir dentro del régimen de la actividad privada; ya que la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir en tanto que por vía de una sentencia de Acción de Amparo, también se puede lograr los mismos efectos para el*

trabajador, partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez, por lo que jurídicamente debe reputar se que no se produjo”; pero luego, cambiando su posición, ha señalado que dicho pago sólo procede respecto a los casos de — despidos nulos II regulados por la legislación ordinaria, bajo el sustento que *“el proceso de amparo se encuentra referido a la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que el proceso de nulidad se refiere, valga la redundancia, a la nulidad de un acto de despido, siendo por tanto, las pretensiones que se deducen en cada caso, de índole distinta; por lo que la reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, pero no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo, no resultando aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional”.*

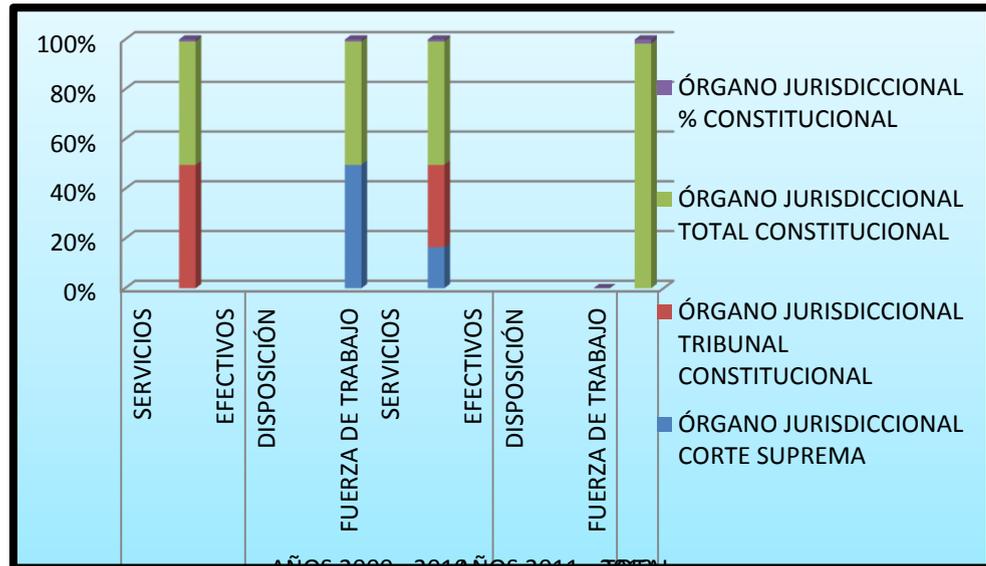
CUADRO N° 05:

La remuneración como consecuencia de la prestación efectiva de servicios o de la disposición de la fuerza de trabajo.

La remuneración como consecuencia de la presentación efectiva		Órgano jurisdiccional		Total	%
		Corte Suprema	Tribunal constitucion		
Años 2000-2010	Servicios efectivos	00	16	16	26.7%
	disposición de fuerza de	35	00		58.3%
Años 2011-2013	Servicios efectivos	03	06	09	15%
	Disposición de fuerza de trabajo	00	00	00	0%
Total				60	100%

GRÁFICO N° 05

La remuneración como consecuencia de la prestación efectiva de servicios o de la disposición de la fuerza de trabajo.



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

En el Cuadro N° 5 observamos la información también bajo el contexto de dos tiempos o momentos dentro del intervalo en estudio, en razón de las mismas posiciones contradictorias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y posteriormente el cambio de criterio de aquélla para vincularse a la de este. De las sentencias analizadas, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias con el criterio que la remuneración no sólo es consecuencia de la prestación efectiva de servicios, sino también de la disposición de la fuerza de trabajo, como en aquellos casos donde el trabajador no presta servicios efectivos por decisión unilateral del empleador o por supuestos de descansos temporales o licencias remuneradas (58.3%); en cambio el TC emitió

16 sentencias bajo el criterio que la remuneración sólo es consecuencia de la prestación efectiva de servicios por parte del trabajador (26.7%), sin llegar a explicar aquellos otros casos reales donde, a pesar de no existir prestación efectiva, procedía igualmente el pago de la

remuneración. Pero luego, la CS cambió de criterio entre los años 2011 al 2013, en donde expidió 03 sentencias señalando también que la remuneración sólo es consecuencia de la prestación efectiva de servicios, adscribiéndose a la posición del TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Siguiendo el Gráfico N° 5, se determina que tampoco ha existido en el desarrollo jurisprudencial de la CS una posición uniforme sobre si la remuneración es sólo consecuencia de la prestación efectiva de servicios o es también consecuencia de la disposición de la fuerza de trabajo, pues en un primer momento adoptó el criterio que la remuneración no sólo es consecuencia de la prestación efectiva de servicios, sino también de la disposición de la fuerza de trabajo, sustentado en que *“debe razonablemente entenderse que no hay obligación de pago por trabajos no realizados, siempre y cuando la omisión laboral sea atribuible al trabajador y no cuando provenga de la decisión unilateral e injustificada del empleador como lo acontecido en el caso sub examine en que el cese injustificado del accionante se produce a consecuencia de la decisión unilateral de su principal, máxime cuando es principio general de derecho que nadie puede beneficiarse por hecho propio”*; pero luego, cambiando su posición, ha señalado que dicho pago sólo procede cuando existe prestación efectiva de labores, a excepción de los casos de –despidos nulos lIregulados por la legislación ordinaria, bajo el sustento que *“la reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, pero no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo; siendo así, es necesario puntualizar que no existe derecho a remuneraciones por el periodo no laborado, interpretación que también es concordante con el criterio del Tribunal Constitucional respecto de este derecho constitucional, por lo que no resulta aplicable por analogía el caso de la nulidad de despido, en tanto se trata de una norma excepcional”*. En el caso del TC, en ambos

momentos también ha manifestado este último sentido de interpretación aduciendo que la remuneración sólo es consecuencia de la prestación efectiva de servicios, sin hacer mayor análisis sobre aquellos otros casos reales donde, a pesar de no existir prestación efectiva, procedía igualmente el pago de la remuneración; y a el TC se limitó a sostener que *“no cabe en estos casos disponer el pago de remuneraciones de vengadas, por cuanto ellas corresponden a un periodo no trabajado en el cual, por lo tanto, no hubo contra prestación”*.

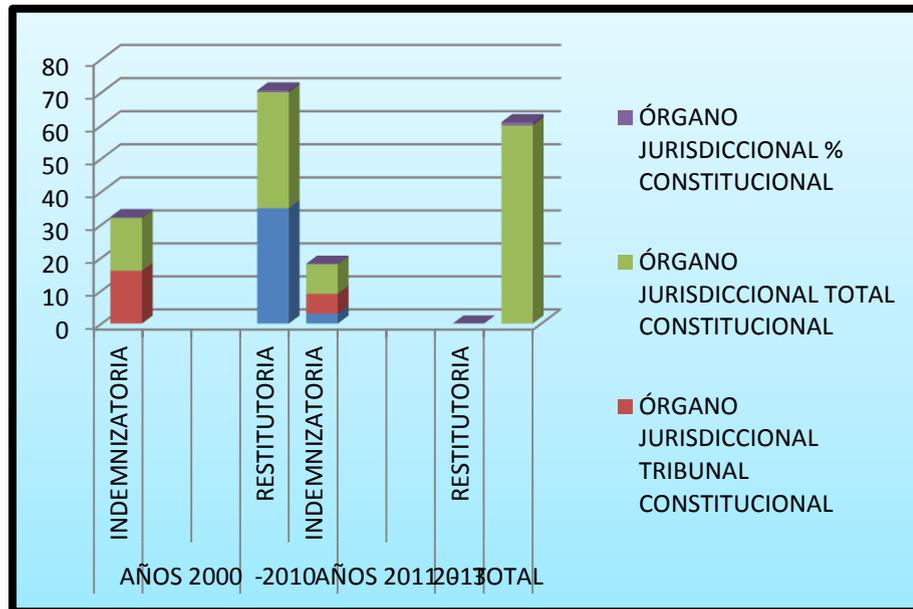
CUADRO N° 06:

Naturaleza indemnizatoria restitutoria del pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Naturaleza de la remuneración		Órgano jurisdiccional		total	%
		Corte	Tribunal		
Años 2000 - 2010	Indemnizatoria	00	16	16	26.7%
	Restitutoria	35	00	35	58.3%
Años 2011 - 2013	Indemnizatoria	03	06	09	15%
	Restitutoria	00	00	00	0%
Total				60	100%

GRÁFICO N° 06:

Naturaleza indemnizatoria y restitutoria del pago de las remuneraciones dejadas de percibir.



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

Para el caso de la información mostrada en el Cuadro N° 6, notamos que subsisten las dicotomías bajo el contexto de dos tiempos o momentos dentro del intervalo en estudio, en razón de las similares posiciones contradictorias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional, y posteriormente el cambio de criterio de aquélla para vincularse a la de este. Así, de las sentencias analizadas, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias con el criterio que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir tiene naturaleza restitutoria (58.3%); en cambio el TC emitió 16 sentencias bajo el criterio que dicho pago únicamente tiene naturaleza indemnizatoria (26.7%), basados imlemente en el criterio de la falta de prestación de servicios efectivos. Pero luego, la CS cambió de razonamiento entre los años 2011 al 2013, en donde expidió 03 sentencias señalando esta vez que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir ya no es de efecto restitutorio, sino de naturaleza indemnizatoria, adscribiéndose a la posición del

TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Por ello, el Gráfico N° 6 nos advierte que en este punto tampoco ha existido criterios pacíficos en el desarrollo jurisprudencial de la CS sobre si el pago de las remuneraciones dejadas de percibir tiene naturaleza restitutoria o indemnizatoria, menos aún con la posición asumida por el TC. Vemos que en un primer momento la CS adoptó una posición más sólida respecto a que el pago de las remuneraciones dejadas de percibir tiene eminentemente una naturaleza restitutoria, sustentado en que *“el derecho a la percepción de las remuneraciones dejadas de percibir justamente deriva de la subsistencia de la relación de trabajo, por lo que para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido deben pagarse los salarios caídos por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados; así la naturaleza de las remuneraciones y beneficios devengados que se reclaman es propiamente retributiva y no así indemnizatoria dado que su sustento es la reconstitución jurídica del vínculo laboral, por lo que ella paso que el actor estuvo fuera del empleo no sólo debe ser reconocido por la demandada como tiempo de servicios efectivamente prestados, sino también como condición que genera el pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir”*; pero luego, cambiando su posición, ha señalado que dicho pago sólo tiene naturaleza indemnizatoria, bajo el sustento que *“si no existe derecho a remuneraciones por el periodo no laborado, obviamente, no implica negar que efectivamente pueda existir clara verosimilitud sobre la existencia de daños al impedirse el ejercicio de los derechos del trabajador, los mismos que deben ser evaluados e indemnizados, según los hechos de cada caso concreto”*. En el caso del TC, en ambos momentos ha mantenido un criterio a favor de considerar a tales remuneraciones como de naturaleza indemnizatoria, sin hacer mayor análisis sobre el verdadero contenido de la remuneración como elemento esencial del contrato de trabajo; y

a el TC se limitó a sostener que “respecto al pago de las remuneraciones devengadas, se ha establecido que no procede el pago de remuneraciones, por cuanto el reclamo de este es de naturaleza indemnizatoria y no obviamente restitutoria, por lo que debe dejarse a salvo el derecho de la demandante de reclamarlas en la forma legal correspondiente”.

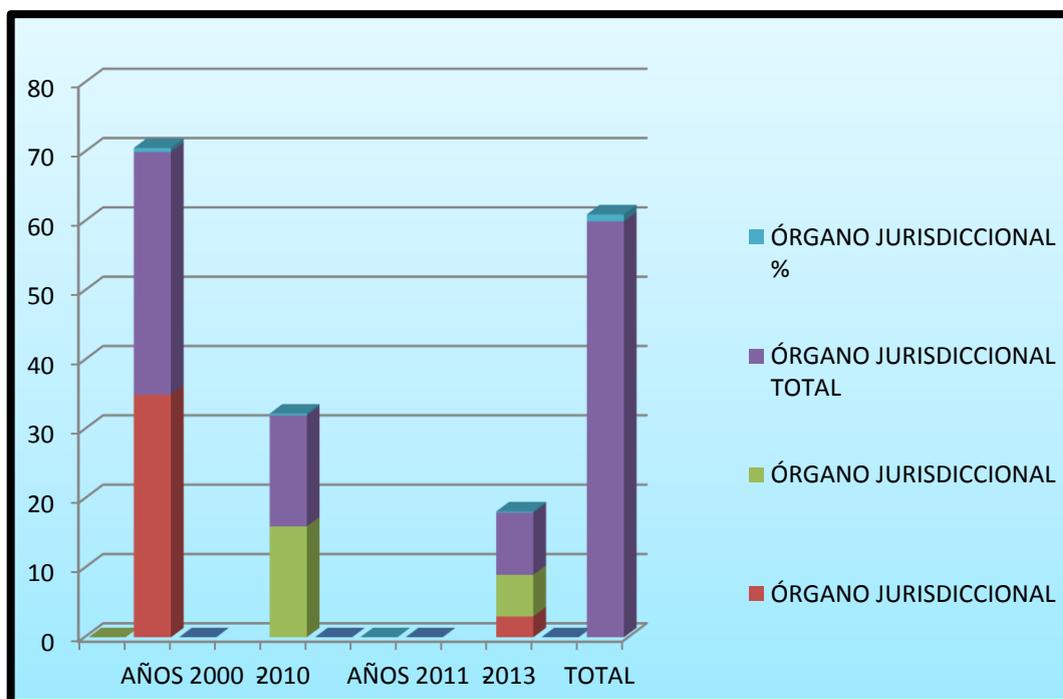
CUADRO N ° 07:

Análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración en la reincorporación laboral por despido lesivo.

Contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración		Órgano jurisdiccional		Total	%
		Corte Suprema	Tribunal Constitucional		
Años 2000 - 2010	Consideran igualdad de trato	35	00	35	58.3 %
	No consideran igualdad de trato	00	16	16	26.7 %
Años 2011 – 2013	consideran igualdad de trato	00	00	00	0%
	No consideran igualdad de trato	03	06	09	15%
Total				60	100 %

GRÁFICO N° 07

Análisis del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración (igualdad de trato remunerativo) en la reincorporación laboral por despido lesivo



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

Con el Cuadro N° 7, las aludidas diferencias entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional también se manifiestan bajo el contexto de dos tiempos o momentos dentro del intervalo en estudio, y posteriormente el cambio de criterio de aquélla para vincularse a la de este. Así, de las sentencias analizadas, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias donde aplicó el derecho a la igualdad de trato como manifestación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración (58.3%), para otorgar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; en cambio el TC emitió 16 sentencias en donde no ha considerado a la igualdad de trato como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración

(26.7%), negando con ello el otorgamiento del pago de dichas remuneraciones. Pero luego, la CS cambió de fundamento entre los años 2011 al 2013, al expedir 03 sentencias en donde para negar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, dejó de considerar a la igualdad de trato como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, siguiendo la misma omisión del criterio del TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Por ello, el Gráfico N° 7 también nos revela que en este punto no existen criterios unívocos en el desarrollo jurisprudencial de la CS respecto a la posición de considerar a la igualdad de trato como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, menos aún con la posición asumida por el TC. Vemos que en un primer momento la CS adoptó una posición coherente respecto al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, sustentado el derecho a la igualdad de trato en que *“el artículo 40° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no vincula el pago de remuneraciones devengadas únicamente a la acción de nulidad de despido al no establecer distinción o restricción de alguna clase, en cuyo caso hubiera prescrito que sólo en dicho caso procede el pago de remuneraciones dejadas de percibir; debe concluirse, por tanto, que la acción de nulidad de despido no es la única que puede originar para un trabajador del régimen laboral de la actividad privada el pago de remuneraciones y beneficios dejados de percibir, en tanto que por la reincorporación por un despido inconstitucional, también se puede lograr los mismos efectos para el trabajador, partiendo del presupuesto básico que en ambos casos el cese del trabajador carece de validez”*; pero luego, cambiando su posición, dejó de considerar a la igualdad de trato como contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración, en supuestos esencialmente idénticos representados por los despidos inconstitucionales, para lo cual ha argumentado que *“Identificar el carácter restitutorio de los despidos*

lesivos de derechos constitucionales con los efectos que el despido nulo tiene en nuestra legislación laboral entorno al pago de los remuneraciones devengadas, resulta errónea dada la naturaleza jurídica de cada institución, sin perjuicio de sus diferencias prácticas, ya que el proceso constitucional se encuentra referido a la restitución de un derecho subjetivo específico, mientras que el proceso de nulidad se refiere, valga la redundancia, a la nulidad de un acto de despido, siendo por tanto las pretensiones que se deducen en cada caso de índole distinta”. En el caso del TC, en ambos momentos ha mantenido una posición de no considerar a la igualdad de trato de la remuneración en supuestos esencialmente idénticos representados por los despidos inconstitucionales, al haber omitido reiteradamente aplicar esta forma de manifestación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la remuneración; lo que es muy preocupante si proviene de un organismo especializado en interpretar y garantizar los derechos constitucionales.

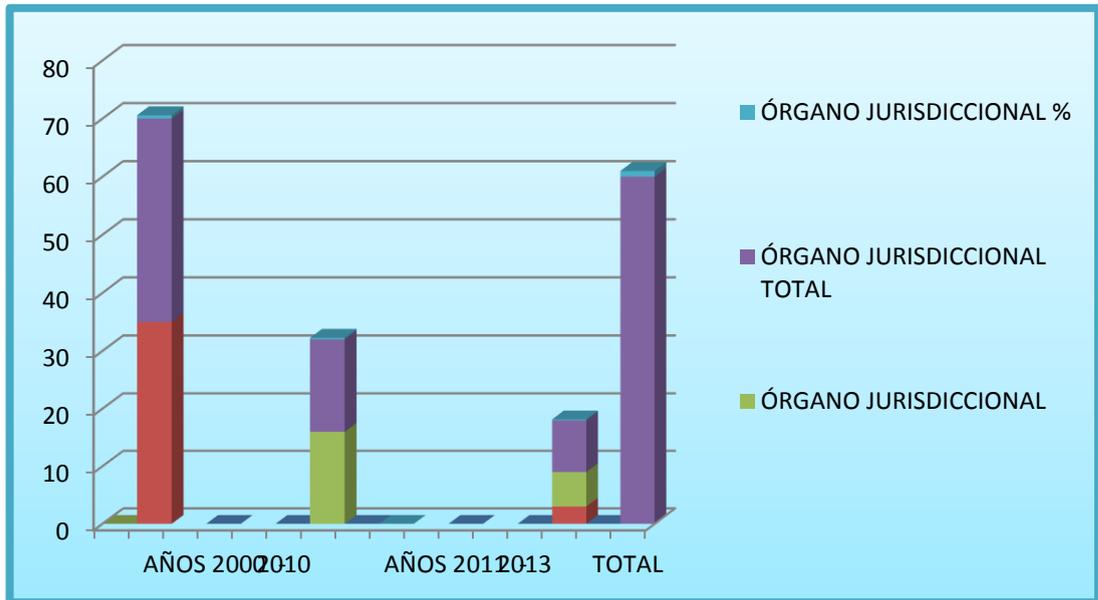
CUADRO Nº 08:

Aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

Aplicación del principio Protector para el pago de remuneraciones dejadas de percibir		Órgano jurisdiccional		total	%
		Corte suprema	Tribunal constitucional		
Años 2000 - 2010	Aplican principio protector	35	00	35	58.3%
	No aplican principio protector	00	16	16	26.7%
Años 2011 - 2013	Aplican Principio protector	00	00	00	0%
	No aplican principio protector	03	06	09	15%
total				60	100%

GRÁFICO N° 08:

aplicación del principio protector y la tutela restitutoria para el pago de las remuneraciones dejadas de percibir



ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE DATOS:

Finalmente el Cuadro N° 8, hace evidente que frente al tema de la aplicación del Principio Protector y la Tutela Restitutoria como efecto natural del carácter proteccionista del Derecho del Trabajo, las diferencias de posiciones jurisprudenciales entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional también se manifiestan bajo el contexto temporal antes descritos, y posteriormente el cambio de criterio (obviamente errado) de aquella para vincularse a la de este. Así, de las sentencias analizadas, observamos que, en un primer momento, entre los años 2000 al 2010, la CS emitió 35 sentencias donde aplicó el principio protector y en el mismo sentido la tutela restitutoria, para otorgar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir en la reincorporación laboral por despido inconstitucional (58.3%); en cambio el TC emitió 16 sentencias en donde, pese a considerar la reposición del trabajador por despido lesivo de derechos fundamentales, no continúa con la aplicación del principio

protector y de tutela restitutoria respecto al pago de las remuneraciones dejadas de percibir por el tiempo que duró el cese indebido (26.7%), mutilando con ello el efecto natural del carácter proteccionista o tutelar del Derecho del Trabajo. Luego, como sino fuera evidente la vulneración de la esencia jurídica del este Derecho, la CS varió su posición entre los años 2011 al 2013, al expedir 03 sentencias en donde para negar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, dejó de aplicar el principio protector y de tutela restitutoria, siguiendo la misma omisión del criterio del TC que también emitió 06 sentencias en similar sentido (haciendo un total del 15%).

Ello se ve reflejado en el Gráfico N° 8 que evidencia la falta de criterios uniformes y coherentes entorno al respeto del carácter tutelar del Derecho del Trabajo, en el desarrollo jurisprudencial de ambos organismos. En un primer momento la CS adoptó una posición coherente respecto a la manifestación del principio protector vía la tutela restitutoria para amparar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir, sustentado que *“si la decisión de resolver el contrato de trabajo está viciado de inconstitucionalidad aborígen, ello determina con meridiana claridad, que la decisión de cese careció de validez y eficacia jurídica para extinguir la relación laboral, por lo que, la falta de prestación de servicios por parte del trabajador, no exime al empleador de cumplir con su contra prestación; pues el derecho a su percepción justamente deriva de la subsistencia de la relación de trabajo, por lo que, para actuar como si ese despido no hubiera ocurrido deben pagárselos "salarios caídos" por todo el tiempo en que los servicios no fueron prestados; así la naturaleza de las remuneraciones devengadas y la compensación de tiempo de servicios que se reclaman es propiamente retributiva, dado que su sustento es la reconstitución jurídica del vínculo laboral (tutelarestitutoria); por lo que ella que el actor estuvo fuera del empleo no sólo debe ser reconocido por la demandada como tiempo de servicios efectivamente prestados, sino también, como condición que genera el pago de sus derechos y beneficios dejados de percibir”*; pero luego, cambiando su posición, dejó

de aplicar este universal principio madre del nuestro Derecho, pese a considerar como efecto restitutorio a la reposición del trabajador por despido lesivo de derechos fundamentales, de este modo la CS pasó a argumentar que *“en los casos que se reponga al trabajador por despido inconstitucional, ello restaura el estado de cosas anterior y satisface la pretensión referida a la tutela de un derecho constitucional específico, pero no tiene eficacia más allá de lo ordenado en la propia sentencia, de manera que no puede ser interpretada como una declaración de nulidad del acto que puso final vínculo laboral; en ese orden de ideas, si bien es cierto que la reposición real en el centro laboral satisface el derecho a prestar la fuerza de trabajo, no crea una ficción retroactiva de labores prestadas durante el período de ausencia, frente a la cual pudiera surgir la obligación de pago remunerativo”*. En el caso del TC, se observa que en ambos momentos ha omitido aplicar la manifestación del principio protector vía la tutela restitutoria para amparar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir; lo que también es muy preocupante dado el criterio sesgado adoptado; pero deja de invocarlo al momento de analizar la procedencia del pago de las remuneraciones devengadas de la misma tutela restitutoria.

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

5.1. VERIFICACIÓN O CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La hipótesis general planteada es importante diferenciar la estabilidad laboral y los contratos temporales pues si bien ambos ocupan un status especial en la entidades públicas, un trabajador posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección, teniendo el cargo de este último una categoría mayor, debiendo estar premunido de ciertas facultades que le permitan ejercerla representación del empleador, así como administrar y ejercerla toma de decisiones de lo cual dependen los resultados de la actividad de la entidades públicas; por su parte los trabajadores de confianza que laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, sirven de apoyo o son asistentes y en el desempeño de sus labores tienen acceso a información confidencial y reservada de la entidades públicas, y aquellos cuyas opiniones o informes son presentados al personal de dirección, para la toma de decisiones, son los trabajadores que debido a su nivel profesional, tienen funciones especializadas.

Los Trabajadores temporales y de confianza ocupan un lugar especial en las entidades públicas en medida de la responsabilidad en ellos delegada

por el empleador teniendo en cuenta el elemento “confianza”. Siendo este un elemento esencial de esta clase de trabajadores, debido a que el empleador deposita en el trabajador un grado de confianza suficiente para hacer lo partícipe de las decisiones y secretos, lo cual no sucede con el trabajador común.

El procedimiento de designación de los trabajadores temporales de Confianza comprende la calificación de los puestos de confianza, siendo esta una formalidad que debe observar el empleador. Sin embargo su inobservancia no era dicha condición, si de la prueba actuada ésta se acredita.

Al no existir en la legislación laboral norma expresa que señale un trato diferenciado para el trabajador de confianza que es despedido arbitraria o inconstitucionalmente, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional resultan relevantes, el mismo que en relación a la estabilidad laboral de trabajadores comunes, señala que la protección regulada en el artículo 34º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es incompatible con la Constitución Política, debido a que la primera señala que frente al despido arbitrario la única reparación es la indemnización, permitiendo así despidos encausados o arbitrarios, vaciando el contenido del derecho constitucional al trabajo, señalando además que la protección ante el despido no puede ser sino retrotraer el estado de las cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad por eso la restitución es una consecuencia con sustancial a un acto nulo.

5.2. NUEVOS PLANTEAMIENTOS

A lo largo de la investigación se han analizado diferentes aspectos entorno a la estabilidad laboral y contratos temporales, determinándose que existe una falta de regulación en cuanto a la extinción de la relación laboral de estos trabajadores por pérdida de la confianza, por lo cual luego de haber abordado aspectos como doctrina, legislación, situaciones especiales, y finalmente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a la estabilidad laboral de este tipo de trabajadores y su protección contra el despido, hemos podido concluir que la solución al problema identificado es una propuesta normativa en tal sentido, la propuesta normativa de solución debería estar redactada de la siguiente manera: “La pérdida de la confianza de contratos temporales no constituye una causa justa de despido, sin embargo, con lleva a la extinción de la relación laboral de los Trabajadores de Confianza, siempre que estos hayan accedido a estos puestos desde el inicio de la relación laboral, teniendo derecho a una indemnización por despido arbitrario, mas no a su reposición, salvo que el Trabajador de Confianza despedido haya sido promovido a dicho puesto habiendo ocupando antes un puesto común”.

Así, una propuesta interesante sería la restricción del número de modalidades de contratación a plazo fijo y del plazo de duración de las mismas, la cual iría a la par de una reducción del costo de la indemnización por despido arbitrario; de otro lado, se debería garantizar el uso del cese colectivo para una reducción de personal por motivos económicos, estructurales o análogos menor al 10% simplificando los requisitos del procedimiento administrativo en estos casos, así como fortalecer la compensación por tiempo de servicios, devolviéndole su característica de total intangibilidad, a fin de que funcione realmente como un seguro de desempleo para los asalariados.

Complementariamente, resultaría muy importante fortalecer la sindicación y la negociación colectiva con el objeto de equilibrar el poder de negociación

entre entidades públicas y trabajadores y construir a partir de ello un sistema basado en pisos mínimos para los derechos económicos de los trabajadores (tales como vacaciones, gratificaciones, asignación familiar, entre otros), que sirvan de puntos de partida para incrementos posteriores en los mismos, a partir de acuerdos de mejora en los niveles de productividad y de desarrollo de programas de capacitación. En esa misma línea, la negociación colectiva podría servir como un medio para que los propios sectores públicos y sindicales regulen el uso de la contratación temporal.

El Tratamiento de los Trabajadores de contratos temporal es de Confianza en la legislación de Argentina, Brasil, España, México, Italia y Francia pone de manifiesto que el concepto de trabajador de confianza juega en un campo de dudas al que difícilmente arriba la ley con energía sin que la jurisprudencial o súper en la doctrinal o apoye.

La pérdida de confianza presupone una afectación al normal desempeño de la empresa y en ciertas circunstancias hasta puede significar un grave peligro para la misma. Teniendo en cuenta que el elemento que genera esta situación es la confianza, por lo que así como este elemento da lugar en muchos casos al inicio de la relación laboral, pues también el retiro de la misma debe servir para dar por concluido el contrato de trabajo en el caso de Trabajadores de Confianza.

La imposibilidad de reponer aun Trabajador de Confianza como reparación ante un despido por “pérdida de la confianza” del empleador, encuentra sustento en que al desaparecer el elemento esencial, como es la “confianza”, para la configuración de la relación laboral, resulta irrazonable que se pretenda exigir al empleador readmitirá dicho trabajador, pues siendo la relación laboral tan personalísima y el grado de confianza tan intenso, hace imposible recurrir a la reposición como mecanismo reparador del despido por pérdida de la confianza.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral, y es principalmente en la estabilidad laboral, que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa. El establecimiento de un sistema que garantice una protección contra el despido arbitrario del trabajador que no es necesariamente la indemnización, el Tribunal Constitucional han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta.
2. El despido como forma de extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador debe tener una naturaleza causal y para tener una causa justa debe de estar relacionado con la conducta o capacidad del trabajador.
3. En la legislación laboral peruana no podrán existir trabajadores de Confianza a quienes no se le controle el tiempo de trabajo además el empleador deberá abonarles las horas extras así mismo se puede despedir por “el retiro de la confianza”,
4. El proceso de amparo es una vía procesal válida para el tratamiento de temas laborales cuando esté de por medio la violación de un derecho constitucional laboral en el marco de un despido y no exista una vía ordinaria adecuada e igualmente satisfactoria.

RECOMENDACIONES

1. Las limitaciones de los Derechos de los Trabajadores de Contratos temporales son que éstos no pueden integrar un sindicato salvo que el estatuto del sindicato lo admita expresamente. Ya que normalmente los Trabajadores de con contratos temporales no participan en una negociación colectiva en representación de los empleadores, Además no tienen derecho a que se les apliquen los convenios colectivos, ni pueden convocar a una huelga.
2. La duración del contrato de trabajo tiene que ver con la construcción de seguridad para el trabajador (un fin esencial del derecho del trabajo), como presupuesto para el ejercicio de derechos de contenido constitucional (sindicalización, negociación colectiva, derecho a una remuneración digna, entre otros). Esta seguridad en la duración de la relación laboral implica que la vigencia del contrato de trabajo no puede estar librada a la discrecionalidad del empleador, sino a la existencia de causas objetivas y razonables.
3. Las políticas de empleo deben ser entendidas como el conjunto de normas que regulan el mercado de trabajo a partir de unos objetivos definidos con antelación por la sociedad. A través de un debate y consenso de los actores sociales, se debe buscar definir los objetivos que los actores desean realizar a través de una política laboral; entre ellos encontramos la aplicación de políticas que fomenten el empleo a tiempo indeterminado por los evidentes beneficios que ello genera en relación a un empleo de calidad y por las garantías que este tipo de empleo genera para el ejercicio de derechos de contenido constitucional.
4. Si bien es cierto hubo un incremento en el nivel de empleo en el Perú luego de la reforma laboral de inicios de los noventa, éste se basó en la contratación de carácter temporal, lo cual generó efectos negativos en el mercado de trabajo, tales como desigualdad en el nivel de ingresos de los trabajadores de una misma categoría ocupacional pero con diferente modalidad contractual, afectación de las tasas de sindicación y de negociación colectiva, incremento del flujo de entrada y salida del mercado de trabajo, con la consiguiente reducción de la duración media del empleo (mayor percepción de inseguridad

laboral) y de los niveles de capacitación (menor productividad) y una menor cobertura de protección social.

5. El crecimiento sostenido de la contratación a plazo fijo a partir de la década del noventa se dio a pesar de la eliminación de la estabilidad laboral absoluta y de la reducción de los costos de despido, lo cual nos llevaría a pensar que los empresarios utilizarían los contratos temporales como un mecanismo para elevar su poder de negociación con los trabajadores a fin de pactar menores salarios o trasladarles el costo de posibles incrementos de los costos laborales no salariales, así como para desincentivar la afiliación sindical, toda vez que es el empleador quien decide la renovación de los contratos.
6. Sin embargo, una explicación adicional al uso intensivo de la contratación temporal sería que los empresarios no confían en la estabilidad de la regulación laboral o en todo caso aún perciben un costo elevado de despido, por lo que preferirían evadir el pago de la indemnización por despido arbitrario a través de la contratación a plazo fijo.

A partir de la evidencia empírica revisada queda la certeza que resulta necesario, tanto desde el punto de vista del derecho como de la economía, restringir el uso de la contratación temporal, dados los efectos negativos que genera en el mercado de trabajo.

Sin embargo, esta medida debería ser acompañada de una reducción en los costos de la contratación indefinida, ya que de otro modo podría redundar en el crecimiento de la informalidad laboral, que implica la utilización de trabajadores sin la suscripción de un contrato formal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. FUENTES IMPRESAS

- Azuaje, Héctor.** (2007) El proceso administrativo de la estabilidad laboral a la luz de la legislación colombiana y venezolana. Universidad "Arturo Mechelena". Venezuela.
- Barrientos Gutiérrez, Pedro** (2006) La Investigación Científica. Enfoques Metodológicos. Ugraph. Lima abril.
- Camacaro, Pedro Rafael.** (2010) Instrumentos de Recolección de datos. Universidad de Málaga. Tesis Doctorales de Ciencias Sociales. Eumet.net.
- Castañeda, María Belén y otros.** (2011) Procesamiento de datos y análisis estadístico utilizando SPSS. Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul. EdiPUCRS
- Constitución Política Del Perú** (1979 y 1993)
- De Los Heros Pérez Albela,** (2004) Alfonso. "Los Contratos de Trabajo de Duración Determinada ¿Regla o Excepción?. Sociedad Peruana de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima.
- Fernández Valderrama, Oscar** (2000) Investigación II, Técnicas de la Investigación, Editorial Fernofe.
- Fernández Valderrama, Oscar** (2001) Guías para efectuar Proyectos de Investigación, Editorial Fernofe.
- Goldschmidt, Werner** (2005) Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes. Lexis Nexos Argentina Séptima Edición. (D1689 /UDH)
- Gonzales Galvan, Jorge Alberto.** (2012) Diseñando una investigación jurídica. Tomado de internet

- Gómez Valdez FRANCISCO;** (2000) “El Contrato de trabajo – Parte General”; Tomo I; Editorial San Marcos; Lima.
- Grajales G.,** Tevni. (2010) Tipos de investigación. Tomado de internet: altius trajanes.net
- Hernández S.,** Roberto y otros (2008) Metodología de la Investigación. México.
- Mamani Choquemamani,** Yolanda y otro (2010). Consideraciones por las que los contratos modernos deberían tener legislación propia en el Perú, Arequipa. Tesis Universidad Alas Peruanas. Filial Arequipa.
- Pasco Cosmópolis,** Mario. (2001) “Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos, en Balance de la Reforma Laboral Peruana, Editorial Industrial, Lima.
- Polaino N.** Miguel. (2008) Introduction al Derecho Penal. Grijley. Lima.
- Ramos Núñez,** Carlos (2001) Cómo hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento. Gaceta Jurídica. Lima.
- Torres Vásquez,** Aníbal. (2001) Introducción al Derecho. Lima
- Texto único ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral
- Urquiza Olaechea,** José. 2000 “El principio de legalidad”. Gráfica Horizonte. Lima,
- Zevallos A.** Uladislao (2009) Metodología de la Investigación Jurídica. Una perspectiva histórica del desarrollo.

B. FUENTES LEGALES

LEGISLACIÓN ESPECIALIZADA:

Constitución Política del Estado (1993)
 LO del Poder Judicial, Texto Único Ordenado
 D. S. N° 017-93-JUS

C. FUENTES ELECTRÓNICAS

DE LA CUEVA, Mario. Estabilidad Laboral en el Perú. www.monografias.com

WWWJUANISA ABOGADOS.COM. Estabilidad
laboral en el Perú.

WWW Google.com (search: buscarlaboral)

WWW pucp.edu.pe (Diké: Portal jurídico)

Monografías com.Economía. ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERU.
Licenciatura a Distancia.

Rendón Vásquez, Jorge. Clases o formas de estabilidad laboral. www
buenastareas-.com

ANEXO

MATRIZ DE CONSISTENCIA
TÍTULO: LAS ESTABILIDAD LABORAL Y LOS CONTRATOS TEMPORALES EN LAS ENTIDADES PÚBLICAS DEL ESTADO

PROBLEMA	OBJETIVOS	HIPOTESIS	VARIABLES	INSTRUMENTOS
<p>PROBLEMA GENERAL</p> <p>¿De qué manera se garantiza la estabilidad laboral en los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano?</p> <p>PROBLEMAS ESPECÍFICOS</p> <p>PE1 ¿En qué medida se puede garantizar la estabilidad laboral en los contratos temporales de entidades públicas?</p> <p>PE2 ¿Cuál es el fundamento jurídico-doctrinario que sustenta la validez del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales?</p> <p>PE3 ¿De qué manera se puede establecer la magnitud de la estabilidad laboral del personal de confianza en las entidades públicas del estado Peruano?</p> <p>PE4 ¿En qué medida se puede determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales?</p>	<p>OBJETIVO GENERAL</p> <p>Determinar de qué manera se garantiza la estabilidad laboral de los contratos temporales en las entidades públicas del estado Peruano.</p> <p>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</p> <p>OE1 Determinar en qué medida se puede garantizar la estabilidad laboral de los contratos temporales de entidades públicas del Estado.</p> <p>OE2 Establecer y analizar el fundamento que sustente la validez del pago de las remuneraciones dejadas de percibir, en la reincorporación laboral por despido lesivo de derechos fundamentales.</p> <p>OE3 Proponer mecanismos para establecer la magnitud de la estabilidad laboral del personal de confianza en las entidades públicas del estado Peruano.</p> <p>OE4 Determinar en qué medida se puede determinar las modalidades legislativas en que se amparan los actuales contratos laborales temporales.</p>	<p>HIPÓTESIS GENERAL</p> <p>Si el Estado garantiza la estabilidad laboral de los contratos temporales entonces el principio Protector del Derecho Laboral no causaría indefensión en las entidades públicas.</p> <p>HIPÓTESIS ESPECÍFICOS</p> <p>HE1 Si se garantiza la estabilidad laboral de los contratos temporales entonces no causaría indefensión en las entidades públicas.</p> <p>HE2 Si el fundamento jurídico-doctrinario sustenta la validez del pago de las remuneraciones dejadas de percibir entonces la reincorporación laboral por despido lesivo garantizaría los derechos fundamentales de los trabajadores.</p> <p>HE3 Si se establece la estabilidad laboral del personal contratado de confianza entonces se garantizaría la labor eficiente en las entidades públicas del estado Peruano.</p> <p>HE4 Si se determinan las modalidades legislativas en que se amparan a los actuales contratos laborales temporales entonces no causaría indefensión en los trabajadores.</p>	<p>VARIABLE INDEPENDIENTE</p> <p>La estabilidad laboral y los contratos temporales</p> <p>VARIABLE DEPENDIENTE:</p> <p>Entidades públicas del estado Peruano</p>	<p>Análisis documental</p> <p>Cuestionario</p>