

Los contratos temporales: exposición y crítica

Temporary contracts: exposition and critic

MARIO PASCO*

Resumen: El contrato a término o plazo fijo o de duración determinada constituye una de las modalidades más frecuentes de la llamada contratación atípica. Efrén Córdova, en su célebre ponencia en el XI Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Caracas 1985), señaló que, siendo típico el contrato celebrado entre un empleador y un trabajador, para ser ejecutado a jornada completa en el centro de trabajo de aquel y por tiempo indefinido, atípico viene a ser aquél que carece de alguno de esos atributos, esto es: (i) en el que participa más de un empleador, o (ii) la jornada es parcial o no se ajusta a los parámetros clásicos de ocho horas por día y cuarenta y ocho a la semana como máximo, o (iii) se desempeña fuera del local habitual, o (iv) es por tiempo definido. Es a estos últimos que está dedicado el presente artículo.

Palabras clave: contratos temporales – contratos modales – contratación laboral – contrato de trabajo

Summary: The contract of term or fixed term or determined period constitutes one of the most frequent modalities of so-called atypical contracting. Efrén Córdova, in his famous presentation at XI World Congress of the International Society for Labor Law and Social Security (Caracas 1985), noted that, being typical the contract celebrated between an employer and a worker, to be executed to full time at the center of work and for an indefinite atypical period, comes to be one that lacks any of these attributes, this is: (i) in which involves more than one employer, or (ii) the journey is partial or doesn't fit to traditional parameters of eight hours per day and forty-eight a week at most, or (iii) performs out the usual local, or (iv) is for a defined time. It is about these lasts that is dedicated the present article.

Keywords: temporary contracts – modal contracts – labor contracting – contract of employment

CONTENIDO: I. LOS CONTRATOS TEMPORALES.– II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL CLÁSICA.– III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y LA SITUACIÓN ACTUAL: LOS CONTRATOS MODALES.– III.1. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.– III.2. LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD O CONTRATOS MODALES EN LA LEY VIGENTE.– III.2.1. CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL.– III.2.2. CONTRATOS DE NATURALEZA ACCIDENTAL.– III.2.3. CONTRATOS DE OBRA O SERVICIO.– IV. CONTRATACIÓN

* Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Ex presidente de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho. Ex ministro de Trabajo y Promoción del Empleo.

I. LOS CONTRATOS TEMPORALES

Contratos de duración determinada los ha habido siempre. Las legislaciones más antiguas los aceptaba sin mayores requisitos, librándolos al simple acuerdo de las partes. En buena cuenta, la posibilidad de contratar a una persona por un tiempo definido de antemano estaba abierta a la sola voluntad del empleador.

La evolución doctrinaria y legislativa que fue desarrollando el concepto de la estabilidad laboral trajo aparejada una regulación restrictiva de esta modalidad contractual. De la estabilidad se predica, en efecto, que suele ubicarse, bien al inicio, bien a la terminación de la relación laboral: al inicio, al restringirse o incluso prohibirse la concertación de contratos a término fijo, salvo cuando mediare la existencia de una justa causa para ello; al término, al restringirse o prohibirse el despido, excepto ante la existencia de una causa justa para la terminación.

Como expresa Villavicencio, «la estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad laboral de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica»¹.

En tal orden de ideas, la estabilidad podía ser definida como la subsistencia necesaria de un contrato de trabajo mientras se mantenga la causa que le dio origen y no sobrevenga otra que justifique su conclusión.

Si es que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, su duración debiera ser la de la causa que lo motivó: de persistir esta, el contrato debiera continuar. En esa línea, la contratación temporal debiera corresponder a una necesidad transitoria, que recién al desaparecer haría posible la extinción del contrato. Es esta la característica que, elevada a la categoría de principio del Derecho Laboral, se reconoce como Principio de Continuidad.

¹ VILLAVICIENCIO RÍOS, Alfredo. «Prólogo». En ARCE ORTIZ, Elmer. *La contratación laboral en el Perú*, Lima: Grijley, 2008, p. 13.

De acuerdo con ello, el contrato temporal tendría que ser necesariamente causal, fundarse siempre en una necesidad transitoria. Resultaría así no admisible, y hasta reprobable, la contratación temporal incausada, no sustentada en un requerimiento objetivo, sujeta o derivada de la simple voluntad de una de las partes —el empleador—, encubierta bajo la apariencia de bilateralidad contractual. Sabido es que, en efecto, el común de los contratos de trabajo se celebra bajo un estado virtual de necesidad del laborante y resulta ser para este, en la práctica, casi un contrato por adhesión ya que la voluntad del empleador prevalece de modo absoluto, mientras que la del trabajador está casi ausente, a no ser como pasiva aceptación. Así las cosas, admitir el contrato temporal no causal representa permitir que el empleador fije, de modo unilateral y hasta arbitrario, un plazo cualquiera, no determinado por una contingencia constatable. Por eso las legislaciones por lo general limitan su utilización, llegando incluso a la prohibición del plazo no derivado de un hecho verificable.

497

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

II. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL CLÁSICA

De otro lado, y ya dentro del campo de la contratación temporal por causa específica, existen situaciones que, por su propia naturaleza, imponen la transitoriedad de la contratación. Tal sucede, sin más, con los trabajadores de la construcción civil, actividad que se desarrolla en períodos determinados de tiempo; a diferencia de actividades como la industria, el comercio, la minería y muchas otras, la construcción se liga a obras específicas que siguen una ruta crítica que se desenvuelve en períodos más o menos breves, dependiendo de la envergadura de la edificación. En la construcción cabe distinguir, por tanto, entre la empresa, que es permanente y tiene personal en esa condición, y las obras que ejecuta, para las que debe servirse de trabajadores eventuales, lo cual no obsta para que, cuando se trata de empresas de gran magnitud y que realizan obras simultáneas o sucesivas, el personal vaya rotando de unas a otras, generándose así una relativa continuidad.

Son también temporales los contratos de artistas y deportistas. En el caso de los primeros, por lo general deben trabajar en obras que tienen también un ciclo predeterminado que comprende un período previo de ensayos y otro posterior de representaciones, lo cual vale igual para teatro que para ballet, ópera, conciertos, etcétera. Solo por excepción puede una obra permanecer en cartelera más allá de unas pocas semanas o meses, como también es excepcional la formación de conjuntos estables, que asumen sucesivos espectáculos. La temporalidad de los contratos está, por ende, impregnada en la naturaleza de la prestación.

Los deportistas están sometidos a un régimen privativo en el que entran en juego regulaciones de índole nacional e internacional

y que conjugan intereses económicos del jugador, pero también de los clubes, de empresarios privados y de representantes, en una compleja trama de pases, primas, premios, etcétera. Lo fundamental es que, en el contrato deportivo, la regla es la discontinuidad, sujetos los deportistas a un itinerario que los desplaza por sucesivos equipos, dentro y fuera de su país de origen.

En las tres categorías señaladas —construcción civil, artistas, deportistas—, la eventualidad es connatural al trabajo mismo y tiene carácter prácticamente universal, es decir, afecta a todas las plazas comprometidas².

Hay también, sin embargo, otras formas de eventualidad, nacidas de las características de una determinada prestación, mas no con aplicación genérica y universal, sino específica y concreta. Tales son las de los contratos para obra o servicio determinado, los contratos eventuales por circunstancias de producción y los contratos para trabajos fijos de carácter discontinuo.

El contrato para obra o servicio determinado está sometido a término final de carácter relativamente incierto, pues depende del tiempo que se invierta para la ejecución de la obra o la realización del servicio. No resulta adecuado al respecto el señalamiento de un plazo en tiempo fijo, pues si la obra o el servicio no quedaran concluidos se haría necesaria, bien una prórroga del contrato, bien una recontractación para el mismo objetivo; en la otra mano, si concluyeran antes de la fecha fijada, la obra estaría terminada pero el contrato subsistiría formalmente vigente. Ambas anomalías se superan si el término del contrato es la obra o el servicio mismos, pudiéndose, sí fijar un plazo máximo a efectos de que la ejecución no quede librada a la voluntad de la propia parte obligada.

La naturaleza especial del contrato eventual por circunstancias de la producción radica en la necesidad de atender necesidades coyunturales y transitorias, aun cuando normales, de la empresa. Opera este tipo de contrato como consecuencia de un incremento de los requerimientos productivos, inducido por el mercado, que no puede ser absorbido por la plantilla fija de la empresa.

Los contratos para trabajos fijos de carácter discontinuo pueden corresponder a dos situaciones: los contratos de temporada y los de interinidad o suplencia. En ambos se trata de tareas normales de la organización, pero que no se presentan de manera permanente sino cíclica, en el primer caso, o eventual en el segundo, aunque en este puede haber también situaciones cíclicas.

2 La ley peruana impone que la contratación de personal extranjero sea a plazo determinado, sin que exista otra explicación posible que la protección a la mano de obra nacional. La norma resulta inocua y muy fácil de superar en la práctica subsistiendo solo como un anacronismo burocrático.

Según Martínez Emperador, trabajos de temporada son aquellos que surgen en la empresa «en épocas coincidentes, durante períodos de extensión análoga y con repetición cíclica» generando una «necesidad de fuerza de trabajo con intensidad similar en cada período, que haya de ser atendida por trabajadores distintos a los que componen la plantilla permanente de la empresa, cuyo número y categorías profesionales sean también similares en cada período»³.

Su tratamiento legal oscila, en las diversas legislaciones, entre tres opciones: contratos independientes, que se celebran en cada oportunidad en que los servicios son requeridos; derecho de preferencia, que otorga una prioridad para el reingreso; y suspensión, que supone un solo contrato que sufre interrupciones.

La interinidad o suplencia está referida a la sustitución transitoria de un trabajador cuyo contrato está temporalmente suspendido o interrumpido, pero que goza de estabilidad y, por ende, de derecho a la reserva del puesto de trabajo.

Finalmente, son a término fijo por mandato legal los contratos del personal extranjero.

III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y LA SITUACIÓN ACTUAL: LOS CONTRATOS MODALES

La Ley de Fomento del Empleo —decreto legislativo 728— propendía a facilitar la contratación temporal, privilegiando así lo que, con anterioridad, constituía la excepción y transformándola virtualmente en la nueva regla. Introdujo así contratos «precarizados por ley», según expresión de Goldín⁴.

En efecto, la norma abrió un variado elenco de formas o modalidades de contratación basadas en muy diversas causas. Dichas modalidades corresponden, casi exactamente, a las previstas en su momento por la legislación española de la década anterior, que se vio reflejada además en la legislación argentina⁵, que fue coetánea de la nuestra. Sin embargo, en España se ha producido un retorno a las fuentes, que ha sido también seguido por Argentina. Los dos países privilegian hoy nuevamente la contratación por tiempo indeterminado, por motivos y razones que

3 MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael. *Estabilidad en el empleo y contratación temporal*. Madrid: Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1983, p. 212.

4 GOLDÍN, Adrián: «Las empresas de mano de obra». En *Memorias del Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. México, D.F.: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Gobierno del Estado de Tlaxcala 1997, p. 229.

5 La Ley Nacional de Empleo (número 19, promulgada en 1991) de la República Argentina es una compleja norma de 160 artículos, que incorporó una gama muy variada de contratos de duración determinada (por lanzamiento de nueva actividad, de práctica laboral, de trabajo-formación, de fomento de empleo, etcétera), muchos de los cuales constituyeron formas promovidas o estimuladas a través de la exoneración de contribuciones al sistema previsional.

asumen considerable peso. Solo el Perú mantiene el esquema implantado en 1991 con la Ley de Fomento del Empleo⁶.

Tal línea, empero, va a contramano con lo que refleja el artículo 4, de la propia LPCL, según el cual: «En toda prestación de servicios remunerados y subordinado, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado». Así, lo que parecería ser una vocación teleológica se reduce a una simple presunción *iuris tantum*.

La incongruencia de esta legislación, destinada en esencia a desmontar la estabilidad absoluta que regía desde 1970, era que participaba en cierta forma de la misma desmesura de esta. Si dicha legislación abarcaba los dos extremos de la estabilidad, limitando tanto la contratación como el despido, la nueva recayó también en ambos extremos al permitir, en uno de ellos, contratar a plazo casi con total libertad, dada la enorme variedad de formas ofrecidas, mientras en el otro permitía también despedir a sola decisión del empleador, con el simple pago de una indemnización tarifada.

El Tribunal Constitucional, con su jurisprudencia sobre ambas materias, ha modificado sustancialmente la situación y de algún modo ha reimplantado la estabilidad en su extremo relativo al despido, ajustando un tanto, pero sin obtener totalmente, la contratación modal.

Una legislación más centrada y coherente, que hubiera tenido esa esencial finalidad, se habría concentrado solo en la facilitación del despido, acompañándola de una auténtica promoción de la contratación permanente.

III.1. La contratación temporal en la evolución legislativa

En tiempos ya remotos, cuando campeaba la libertad de contratación, el empleador, así como podía despedir sin expresar causa alguna, podía contratar a plazo fijo sin tampoco hacerlo. La única limitación —que, en puridad, provenía del derecho civil— era que el contrato no podía durar más de tres años, por extensión del límite temporal establecido para la locación de servicios.

Eso cambió abruptamente en 1970 con la aparición del decreto ley 18138, seguido al poco tiempo por el decreto ley 18471, la famosa ley de estabilidad en el empleo que cerró el circuito contratación temporal-despido, sujetando ambos a la existencia de una causa justificatoria.

6 Aunque la Ley de Fomento de Empleo ha conservado su articulado, ha perdido totalmente su estructura puesto que, a partir de 1997, fue desdoblada en dos normas de nombre y contenido diferentes: la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que es la que mantiene todo lo relativo a esta materia, y la Ley de Formación y Promoción Laboral (LFPL), que recoge lo atinente a los contratos formativos y cooperativas de trabajadores.

Decía escuetamente el decreto ley 18138

Artículo 1°.— En los Centros de Trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales de trabajo a plazo fijo o para una obra determinada solo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar.

El artículo 3 añadía que el contrato individual a plazo fijo o para una obra determinada debía ser necesariamente aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo, y el 4 reputaba sin valor o ni efecto legal cualquier estipulación contraria.

Esta norma fue recibida como la virtual prohibición del contrato a término, porque, más allá de su texto, que alguien ingenuamente podría entender como flexible, sometía sin embargo la validez del contrato a la verificación de su causa, ya que debía ser «aprobado» por el Ministerio de Trabajo.

No era importante, entonces, la aparente fluidez del enunciado, sino que la rigidez de su interpretación y aplicación determina el verdadero designio de la norma, complementada poco tiempo después por la ley de estabilidad en el empleo (decreto ley 14371). Una norma no se explica sin la otra, y quien quiera entender que una flexibilizaba lo que la otra rigidizaba debe estudiar cómo, en su aplicación, ambas implantaron en nuestro país el régimen más riguroso de estabilidad laboral.

Por el contrario, en 1978 se dio la Ley de Fomento de las Exportaciones No Tradicionales —decreto ley 22342— que constituye la ampliación máxima de la capacidad de contratación temporal, porque, asumiendo como causa justificada la actividad en sí, no pone límites temporales y, por ende, permite la renovación de los contratos en forma prácticamente indefinida.

Esta norma, que nunca ha sido revisada ni reformada, es objeto de numerosas críticas y frecuentes ataques, acusada de desmesura por colocar a los trabajadores en situación de perpetua inestabilidad.

Con similar contradicción, en la segunda mitad de los ochenta se dio la ley 24514 que consolidaba la estabilidad laboral absoluta, al tiempo de permitirse una forma indiscriminada y generalizada de contratación temporal a través del llamado Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM).

El decreto ley 18138 fue abrogado con la dación de la Ley de Fomento del Empleo —decreto legislativo 728— que abrió una panoplia amplísima de modalidades justificatorias de la contratación temporal.

501

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

Lo curioso es que, con la misma lógica, pero con técnica y propósitos diametralmente opuestos, el decreto legislativo 728 abrió aquello que el decreto ley 18138 había férreamente cerrado.

En efecto, el sentido de ambas normas es el mismo y se expresa en la invalidación del contrato temporal si la causa no es, a su vez, transitoria.

Empero, la norma de los años setenta se quedó en el enunciado abstracto y con ello casi eliminó la contratación a término, lo cual, complementado con la ley de estabilidad laboral (decreto ley 14371), ocluyó de modo absoluto la contratación.

El decreto legislativo 728, por el contrario, extendió un abanico tan extenso y variado que bastaba un poco de imaginación para encajar cualquier situación fáctica dentro de alguna de las nueve modalidades abiertas por la norma, con el agregado de que, a esas se añadía una fórmula tan extensiva como «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».

En efecto, llama la atención en la legislación peruana la gran variedad de formas modales de contratación y de su tratamiento, sea en materia de requisitos, sea en materia de plazos o renovaciones, etcétera. La cuestión que surge es preguntarse si era necesaria tanta minuciosidad o habría sido suficiente una autorización genérica para contratar a plazo cuando la obra a desempeñar o el servicio a contratar lo justifiquen (o lo hagan necesario); esto es, una simple autorización abstracta y abierta a la contratación temporal y no una específica que la sujetara a la existencia de una causa explícita y concreta.

Como ya se ha dicho, el decreto ley 18138 decía más o menos eso, pero con la diferencia ostensible de que la norma no tenía un sentido promotor o estimulante de la contratación a término, sino todo lo contrario, uno restrictivo y casi prohibitivo. Por ende, y con un antecedente así, un enunciado amplio habría dado margen para intensas disputas sobre la legitimidad o legalidad de las contrataciones, en la medida en que la apreciación de la causa y de su necesidad o justificación tendría una fuerte carga subjetiva, variable según la perspectiva de quien la examinara: la empresa, el trabajador, el sindicato, la autoridad administrativa, los jueces y tribunales, etcétera.

Un catálogo de contratos modales, en cambio, parecía permitir una mejor y más precisa definición de cada causa y, correlativamente, de cada contrato, así como el ajuste preciso de los elementos accesorios (requisitos, plazos, renovaciones), que no pueden ser iguales, verbigracia, para un contrato de reemplazo o interinidad que para otro de temporada.

III.2. Los contratos sujetos a modalidad o contratos modales en la ley vigente

Según lo dicho, la Ley de Fomento del Empleo, hoy llamada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, abrió una gama de posibilidades de contratación a término muy amplia a través de una clasificación dos veces triple, al distinguir las siguientes posibilidades:

III.2.1. Contratos de naturaleza temporal

a. Por inicio o incremento de actividad

Referidos al inicio de una actividad productiva, 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. Su duración máxima es de tres años.

b. Por necesidades del mercado

Tiene por objeto 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 que no puedan ser satisfechas con personal permanente. Puede ser renovado sucesivamente hasta por cinco años. En estos contratos debe constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal, la cual debe sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.

c. Por reconversión empresarial

Referidos a la sustitución, modificación o ampliación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general a 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.

III.2.2. Contratos de naturaleza accidental

a. Contrato ocasional

Para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

b. Contrato de suplencia

Su objeto es sustituir temporalmente a un trabajador estable de la empresa cuyo vínculo se encuentre suspendido o desarrollando

temporalmente otras labores dentro de la misma empresa, por razones de orden administrativo. Su duración depende de las circunstancias, pero el empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien conserva su derecho de readmisión, con la cual opera la extinción del contrato de suplencia.

c. Contrato de emergencia

Para cubrir las necesidades producidas por caso fortuito o de fuerza mayor. Su duración debe coincidir con la de la emergencia.

III.2.3. Contratos de obra o servicio

a. Contrato para obra determinada o servicio específico

Tiene un objeto previamente establecido y de duración determinada. Su vigencia será la requerida para la culminación de la obra o la prestación del servicio, pudiendo celebrarse las renovaciones que resulten necesarias para la conclusión o terminación de la obra o servicio.

b. Contrato intermitente

Para cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas. Estos contratos pueden celebrarse con el mismo trabajador, quien goza de un derecho preferencial para la contratación, pudiendo consignarse tal derecho en el contrato primigenio, el que opera de forma automática sin necesidad de celebración de nuevo contrato ni renovación. En el contrato deben consignarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones a observar para que se reanude en cada oportunidad la labor intermitente del contratado. El tiempo de servicios y los derechos sociales del trabajador se determinan en función del tiempo efectivamente laborado.

c. Contrato de temporada

Tiene por objeto atender necesidades propias del giro de la empresa que solo se cumplen en determinadas épocas del año, y que están sujetas a repetición en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva. El trabajador contratado durante dos temporadas consecutivas o tres alternadas tiene derecho a serlo en las siguientes. Para hacer efectivo tal derecho, deberá presentarse en la empresa, explotación o establecimiento dentro de los quince días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caduca su derecho a solicitar su readmisión en el trabajo. Se asimilan a esta modalidad los incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad

normal de la empresa o explotación, producto de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año, en el caso de los establecimientos o explotaciones en los cuales la actividad es continua y permanente durante todo el año. Igualmente se asimilan a este régimen las actividades feriales.

505

LOS CONTRATOS
TEMPORALES:
EXPOSICIÓN Y
CRÍTICATEMPORARY
CONTRACTS:
EXPOSITION AND
CRITIC

IV. CONTRATACIÓN TEMPORAL Y DERECHOS LABORALES

En la regulación de los contratos temporales, determinados aspectos apuntan a la garantía de derechos básicos de los trabajadores, en orden, por un lado, al respeto del principio de igualdad y no discriminación, así como a lo relativo a la extinción del contrato en circunstancias diversas a las contempladas en sus estipulaciones. Otra cuestión gravitante tiene que ver con la eventual disfuncionalidad entre el contrato y la realidad, ante el uso impropio de contratos, que tienen una finalidad, requisitos y características específicos, para cubrir el desempeño de tareas ordinarias, que debieran en puridad ser objeto de contratación común; esto es, situaciones de desnaturalización del contrato o de divergencia entre el contenido del mismo y la realidad.

IV.1. Desnaturalización de los contratos

Los contratos modales se considerarán como de duración indeterminada: a) si el trabajador continúa laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden el límite máximo establecido; b) cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación; c) si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando; d) cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas.

No pueden ser contratados bajo modalidad de trabajadores permanentes que hayan cesado, salvo que haya transcurrido un año del cese.

IV.2. Derechos de los trabajadores

Los trabajadores eventuales gozan de los mismos derechos que los permanentes, cualquiera sea su origen (ley, pacto o costumbre), lo que aparece consagrado en el artículo 79 de la LPCL, la que agrega que el trabajador contratado tiene asimismo derecho a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba, de donde se colige que, a diferencia de otras legislaciones, verbigracia la colombiana, es factible estipular un período de prueba aun dentro de un contrato a plazo fijo.

Es regla absoluta que los trabajadores eventuales deban gozar de los mismos derechos que los permanentes, pues, como precisa de la Villa «el contrato temporal solo se diferencia del indefinido en la duración y en los efectos de su extinción, mientras que en todo lo demás no se justifican excepciones ni en beneficio ni en perjuicio del trabajador, por lo que en principio las diferencias de trato basadas en el mero dato de la «temporalidad» son necesariamente discriminatorias; frente a esa regla operan lógicamente las excepciones legales o las diferencias anejas a la permanencia en el empleo que constituyen condiciones *ad personam* o que respondan al distinto valor del trabajo efectivamente realizado, ninguna de cuyas circunstancias tolera la presunción»⁷.

IV.3. Terminación natural y *ante tempus*

La duración natural del contrato es la de su plazo, cuyo término acarrea la terminación de aquel en forma automática, sin necesidad de aviso o requerimiento previo. Interesa, sin embargo, dadas ciertas peculiaridades, examinar la conclusión del contrato *ante tempus* por acción o iniciativa del empleador. Las opciones que se le presentan al legislador son básicamente dos: (i) conferir a la extinción anticipada tratamiento idéntico al despido o (ii) darle carácter de incumplimiento contractual. En el primer caso, la derivación sería la misma que en los contratos por tiempo indeterminado, esto es, reinstalación si hay estabilidad absoluta o pago de una indemnización tarifada. En el segundo caso, la consecuencia suele ser el pago de las remuneraciones hasta el vencimiento del plazo convenido, vale decir, el cumplimiento de la obligación estipulada.

Sin embargo, la legislación ha innovado en esta materia de modo un tanto errático. Así, en nuestro país ocurre un hecho paradójico, por la evolución de la legislación ocurrida en la última década, muchas veces resulta más oneroso despedir a un trabajador sujeto a un contrato fijo que a uno vinculado por tiempo indeterminado. De modo inconsciente, ya que no deliberado, con ello se fomenta la contratación típica (o plazos cortos en la contratación precaria), pues si el empleador decide extinguir el contrato en el primer supuesto debe abonar una remuneración y media por cada mes que el trabajador deje de laborar, con un tope de doce remuneraciones. En cambio, si el mismo trabajador se encuentra vinculado por un contrato típico le corresponde como indemnización una remuneración y media por cada año de antigüedad que tenga en la empresa. Ergo, un trabajador con ocho años de antigüedad recibe doce remuneraciones como indemnización, al igual que el trabajador nuevo contratado por veinte meses que es despedido arbitrariamente al décimo segundo mes, es decir, con solo un año de antigüedad.

7 DE LA VILLA, Luis Enrique. «Nueve reglas sobre duración de contratos». En DE LA VILLA, Luis Enrique (coord.). *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*. Madrid: Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social/Marcial Pons, 1995, p. 112.

IV.4. Formalidades y sanciones

Los contratos temporales deben celebrarse por escrito; es exigible la verificación posterior de la causa que los justifica y del plazo a que se sujetan, el cual normalmente no puede ser probado por medio distinto, presumiéndose *juris et de jure* que si no hay documento escrito, el contrato es necesariamente por tiempo indefinido. El contrato, cualquiera sea su modalidad, debe ser objeto de registro ante la autoridad competente.

El fraude a la ley nulifica el plazo, mas no el contrato; consecuentemente, queda transformado en uno de duración indeterminada, con todo lo que ello signifique en términos de estabilidad laboral absoluta o relativa, según el régimen legal común.

IV.5. Otras modalidades contractuales a término

Como se ha adelantado, es posible contratar a plazo determinado a cualquier trabajador, aun sin encajar dentro de alguno de los supuestos de contrato modal expresamente autorizados por ley, cuando se trata de labores vinculadas a la exportación no tradicional; sin embargo, deben aplicárseles por analogía las normas previstas para aquellos. A tal efecto, basta que la industria se encuentre comprendida en el decreto ley 22342, sobre exportación no tradicional, para que proceda la contratación excepcional autorizada a dicho régimen.

Finalmente, aunque la ley hace un cuidadoso y exhaustivo listado de modalidades, permite contratar a término siempre que el objeto del contrato sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse, lo cual deja abierta una ancha puerta a cualquier forma de contratación, siempre que se pueda demostrar la naturaleza transitoria del encargo.

V. CONTRATACIÓN TEMPORAL, EMPLEO Y REMUNERACIONES

Ningún enfoque, por teórico que pudiera ser, podría sustraerse a la necesidad de revisar, aunque sea someramente, los efectos que la contratación promovida por la legislación vigente ha tenido en el empleo. Es evidente que todos estos modos de contratación precaria fueron introducidos con una doble finalidad: por un lado, promover empleo; por otro, otorgar a las empresas un instrumento flexible que les permitiera adaptar de modo rápido su plantel de trabajadores a las necesidades fluctuantes del mercado⁸.

⁸ Antonio Ojeda y Juan Gorelli entienden que la recurrencia de los empleadores al uso de contratos temporales obedece a tres causas: poder evadir el despido, disfrutar de un doble período de prueba y ahorrar costos marginales. Ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & OJEDA AVILÉS, Antonio. *Los contratos de trabajo temporales*. Madrid: lustel, pp. 43 y ss.

¿Se han conseguido estos propósitos? Respecto de lo primero, la respuesta es rotundamente negativa: la contratación modal no ha estimulado la creación de nuevos puestos de trabajo. Solo ha contribuido a precarizar y con ello a disminuir la calidad de los contratos. En un estudio que sobre el tema desarrollaron Tokman y Martínez, en Argentina, Colombia, Chile y Perú, se destaca además que uno de los efectos de esa precarización es la reducción de los niveles de salarios que perciben los trabajadores según tipo de contrato que posean.

El menor salario [dicen] puede explicarse por las características personales de los trabajadores, ya que los que tienen contrato por tiempo indeterminado son de mayor edad y con mayor nivel educativo. Los mayores costos de los contratados permanentes responden también a las condiciones de las empresas, pues los contratos temporales y los sin contrato predominan en las microempresas que poseen menor capacidad de pago. Por último, los diferenciales de costo se asocian también a la mayor debilidad en la negociación colectiva, resultado del mayor peso de las formas atípicas de contrato asalariado⁹.

Respecto de lo segundo, es indudable que las empresas disfrutaban de márgenes de decisión en materia contractual de los que carecían tradicionalmente, y que se benefician de los menores costos salariales¹⁰, lo cual «sugiere [según Tokman y Martínez] que, al menos en este aspecto, la reforma habría logrado los objetivos buscados»¹¹. De ese modo, es indudable que las empresas disponen de una mayor capacidad de adaptación a los cambios. La pregunta que subsiste, empero, es si el mejor medio para conseguirla era la precarización del trabajo o si hubiera sido posible un resultado semejante o aun mejor a través de otros mecanismos.

Es que la contratación temporal o precaria adolece de graves limitaciones y las ventajas que podría acarrear se ven ampliamente superadas por sus inconvenientes, algunos de los cuales son —según Sanguinetti— el que «además de traducirse en una elevación puramente coyuntural de los índices de empleo, terminó por generar una marcada «dualización» de los trabajadores entre un contingente cada vez más reducido de «fijos» y una cantidad progresivamente amplia de «temporales», una degradación de los niveles de formación y profesionalización de estos últimos y una importante elevación de los índices de «rotación» laboral para la

9 Los «sin contrato» aluden al contrato «en negro», aquel que no tiene contrato escrito, no figura en planilla y no se le hacen los descuentos establecidos por ley para financiar las diversas prestaciones sociales. En Argentina se refiere también a aquel que, aun teniendo un contrato temporal, no recibe beneficio social alguno y no está en las obras sociales (MARTÍNEZ EMPERADOR, Rafael. Ob. cit., p. 212).

10 El trabajador con contrato temporal representa un costo 34% inferior al contratado por período indeterminado. A su vez, el trabajador sin contrato representa en promedio una disminución del costo laboral de entre el 15% y el 30% en relación con el trabajador temporal.

11 MARTÍNEZ, Daniel & TOKMAN, Víctor. *Flexibilización en el margen: la reforma del contrato de trabajo*. Lima: OIT, 1999, pp. 33-34.

cobertura de los mismos puestos de trabajo...»¹². Federico Durán López, con asiento en la realidad española, apunta asimismo que

un desarrollo continuado de las modalidades de contratación temporal parece que provoca perjuicios innegables para la productividad y para la competitividad de las empresas y de la economía en general. Presiona indebidamente sobre los costos del desempleo (por la rotación mano de obra que produce), aumenta la siniestralidad laboral (en España, la tasa de siniestralidad laboral de los trabajadores vinculados a la empresa por contrato temporal fue, en 1993, exactamente el doble que la de los trabajadores vinculados por un contrato de duración indefinida) y dificulta o impide las actividades de formación continua de los trabajadores, cada vez más importantes. Además, por último, dificulta también el desarrollo de los mecanismos de colaboración y de participación de los trabajadores en la empresa¹³.

Arce coincide con ello al señalar que,

al margen del éxito o fracaso de los objetivos perseguidos por la contratación temporal en las actividades permanentes de las empresas, los efectos de aquella sobre el mercado de trabajo se traducen principalmente en una marcada segmentación de la clase trabajadora. Los contratos de trabajos sujetos a modalidad [...] 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. Aun 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 distinto¹⁴.

Y en una nota asaz preocupante añade: «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»¹⁵.

Hay otras desventajas que se suman a las ya anotadas, esta vez desde la óptica del simple interés empresarial, como los gastos extra de

12 SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: ARA, 1999. p. 14.

13 DURÁN LÓPEZ, Federico. Citado por DE BUEN LOZANO, Néstor. «Las empresas de mano de obra». En *Memorias del Décimo Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*. Ob. cit., p.132.

14 ARCE ORTIZ, Elmer. Ob. cit., p. 42.

15 *Ibidem*, p. 43.

administración derivados de la proliferación de los contratos, que exigen siempre una formalización escrita, su legalización o registro ante las autoridades, controles internos que deben ser implementados para el seguimiento de los plazos, medidas a ser aplicadas al momento de su renovación (o no renovación), etcétera, todo lo cual se traduce en auténticos sobrecostos, invisibles pero reales, puesto que un manejo desaprensivo puede derivar en la transformación de los contratos en permanentes, no por acto de decisión sino por simple descuido.

Tampoco es desdeñable el que muchas veces los contratos temporales son utilizados de mala manera para cubrir como temporales actividades de suyo permanentes o para generar una especie de período de prueba más prolongado del legalmente autorizado. La desnaturalización de los contratos, sea por no corresponder a la realidad, sea por haberse despegado de ella durante su ejecución, provoca idéntica consecuencia no querida. Por eso resulta explicable que los desarrollos modernos apunten en la dirección opuesta a aquella seguida al inicio de las reformas.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es indudable que la reforma laboral en el Perú, introducida a comienzos de la década postrera del siglo XX, tuvo como uno de sus núcleos emblemáticos el de la modalización del contrato de trabajo.

La Ley de Fomento del Empleo, más allá de su nombre y de su explícita intención, era, en realidad, una Ley del Contrato de Trabajo, ya que son más trascendentes las normas que a este se refieren que las que, casi tangencial o coyunturalmente, se vinculan al propósito expresado en su nombre.

Como ya se ha señalado, la ley no contribuyó el fomento del empleo, pero sí a su precarización: estadísticamente, en un momento determinado eran muchísimos más los contratos que se celebraban sujetos a modalidad que a tiempo indeterminado, lo que generó una intensa movilidad en la mano de obra.

Algunas medidas legislativas —fruto más de la impericia que de la meditación— introdujeron, sin embargo, algunas incongruencias, como la relativa a la indemnización por terminación *ante tempus*, que han hecho onerosa y hasta peligrosa la contratación a plazo. De ese modo, sin querer queriendo, se ha limitado su utilización.

No es tal, a nuestro ver, la vía adecuada de legislar. La ley debe tener metas y propósitos claros, y uno de ellos debiera ser fortalecer la contratación permanente, reservando a la temporal un espacio reducido y condicionado. Esa es la línea de tendencia moderna de las legislaciones

en España y Argentina, que fueron, en su momento, las inspiradoras de la contratación modal en nuestro ordenamiento.

Expresa muy bien estos conceptos Sanguinetti:

Para conseguir la esperada flexibilidad laboral no es preciso [...] renunciar a la exigencia de causalidad de la contratación temporal, sino diseñar fórmulas que contemplen de la manera lo más fiel posible las necesidades reales de personal no permanente de las empresas. La clave está, así, en proyectar un sistema que, sin dar lugar a la arbitrariedad, sea capaz de adaptarse con plasticidad a las demandas de trabajo eventual de las empresas¹⁶.

En esa línea, el proyecto de Ley General de Trabajo, elaborado en el año 2002 por una Comisión *ad hoc*¹⁷ y revisado en 2011 por otra¹⁸, tiene por vocación modular en parte la profusión de la legislación vigente, al reducir el número de contratos modales. En el proyecto se consignan únicamente los siguientes: por inicio de actividad, por necesidades coyunturales, del mercado, el contrato ocasional, el de suplencia, el contrato por obra determinada o para servicio específico y el contrato expresamente autorizado por ley. Un importante cambio es que los contratos intermitente y de temporada, que anteriormente figuraban en el elenco de los contratos temporales, ahora son considerados de duración indeterminada.

En los actuales momentos, se ignora si el proyecto logrará tener curso y concretarse finalmente, cuestión que será tamizada por el Ministerio de Trabajo y por el Consejo Nacional del Trabajo.

De aprobarse, algo de racionalidad se introducirá en un área bastante enrarecida, por la legislación en sí, pero sobre todo por su distorsionada aplicación.

Recibido: 20/12/2011
Aprobado: 09/03/2012

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁷ Comisión integrada por Carlos Blancas Bustamante, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis y Alfredo Villavicencio Ríos, actuando como secretario técnico Adolfo Ciudad Reynaud.

¹⁸ Integrada por Alfonso de los Heros Pérez-Albela, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Alfredo Villavicencio Ríos y Jaime Zavala, bajo la presidencia de Carlos Blancas Bustamante y actuando como secretario técnico Guillermo Miranda.