

El “Laberinto Normativo” del Contrato a Tiempo Parcial

Elmer Arce Ortiz*

“En este artículo, el autor de manera didáctica desarrolla los alcances que el contrato a tiempo parcial tiene en el ordenamiento nacional. De esta forma se analiza sus elementos, la exclusión de algunos beneficios sociales y se ofrecen recomendaciones sobre su utilización”.

1. Introducción

Si hay una institución propia de la flexibilidad laboral que se caracterice por una desregulación total, ésta es la contratación a tiempo parcial. El caos interpretativo del contrato a tiempo parcial en nuestro país se debe, fundamentalmente, al laconismo legal.

Los escasos estudios doctrinales sobre este tema han concluido que nuestra legislación padece de una «ausencia de definición del tiempo parcial»¹. Sin embargo, hay que resaltar que esta anomia legislativa ha sido interpretada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), por lo que los empresarios sólo están obligados a registrar ante el Ministerio los contratos de trabajo, cuyo promedio de horas sea inferior a cuatro (4) horas diarias². Nótese, que aunque la definición del MTPE hace referencia sólo al módulo temporal diario, no hay que perder de vista que se refiere al «promedio» con el fin aplicarse también a jornadas con horarios diarios dispares.

A pesar de las críticas que podemos lanzar de entrada a esta concepción restrictiva del contrato a tiempo parcial, sólo quiero por ahora compararla con la literalidad de algunas normas que resaltan su incorrección lógica.

El artículo 11° del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-

TR, señala que «Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor». Mientras el artículo 12 del mismo Reglamento señala que «se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividido entra seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias».

Como se ve, el artículo 11° del Reglamento de la LPCP, cuya literalidad ha servido para respaldar la interpretación restrictiva del contrato a tiempo parcial, en ningún momento ofrece una definición clara de dicho contrato. Creo, al contrario, que caben dos opciones interpretativas. La primera, los trabajadores a tiempo parcial son los que trabajan incluso más de 4 horas y todos ellos tendrán derecho al cobro de beneficios sociales, siempre que la norma no condicione la percepción de los mismos a un requisito mínimo de horas cumplidas. La segunda, los trabajadores a tiempo parcial son sólo los que trabajan menos de 4 horas y tendrán derecho a cobrar todos los beneficios sociales que no se condicionen a un requisito mínimo de horas.

Es cierto que ambas lecturas caben razonablemente en la literalidad de este ambiguo artículo, sin embargo, hay que tener presente que estas normas se dirigen a regular

* Profesor de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz, España

1 GARCIA GRANARA, Fernando. “El Contrato a Tiempo Parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo”. En LABOREM, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n° 3, 2003, p. 154.

2 Esta definición de contrato a tiempo parcial puede encontrarse en www.mintra.gob.pe/faqs2.php (preguntas frecuentes en la sección de empleadores). También se puede corroborar esta definición en www.mintra.gob.pe/contenidos/estadisticas/tramites/formato_08.pdf.

la forma y condiciones de percepción de los beneficios sociales. Y no a dar una definición del contrato a tiempo parcial. Por esa razón, desde nuestro punto de vista, es imposible encontrar la definición del contrato a tiempo parcial en estas normas reglamentarias.

2. El contrato a tiempo parcial: Definición legal en sentido negativo

Si los artículos del Reglamento de la LPCL resultan ambiguos para definir el contrato a tiempo parcial, entonces la única referencia que nos sirve es el artículo 4º de la LPCL. Como se sabe, el último párrafo del artículo 4º señala (muy tímidamente) que «también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna».

Lo que busca el artículo 4º es reconocer (tanto al trabajador como al empresario) la posibilidad de suscribir contratos con jornadas reducidas, siempre que se haga por escrito. Obsérvese, que la única razón de existencia de este artículo es que el contrato a tiempo parcial revista forma escrita, en la medida que el principio general de contratación civil hubiera sido suficiente para fundamentar la firma de un contrato con jornada reducida³.

Ahora bien, como quiera que en toda la LPCL no se menciona (nuevamente) al contrato en régimen de tiempo parcial, se entiende que su definición engloba a cualquier contrato de trabajo con jornada reducida. ¿Reducida respecto a qué? Reducida respecto a un contrato que tiene una jornada completa⁴. Ante el laconismo legal, la definición del contrato a tiempo parcial se va a construir por oposición a la definición del contrato a tiempo completo. Es decir, si el número de horas que se trabaja en una empresa por todos los trabajadores es 8 horas diarias (tiempo completo), un contrato de 7 horas 45 minutos ya supone un contrato con jornada reducida (contrato a tiempo parcial). O, si todos los trabajadores de una empresa trabajan 40 horas semanales, un contrato de 30 horas semanales ya supone un contrato a tiempo parcial.

Pensamos, que no puede haber otra lectura posible del artículo 4º, porque la LPCL es extremadamente amplia. En todo caso, si la LPCL hubiera querido que el contrato a tiempo parcial sea sólo el contrato de trabajo con una jornada inferior a 4 horas diarias en promedio, entonces lo hubiera dicho expresamente.

Esta definición de contrato a tiempo parcial desde una visión negativa del contrato a tiempo completo no es extraña en el derecho comparado. Por ejemplo, en España, el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 12 define el contrato a tiempo parcial, como aquél en que

se «haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable». Es decir, bastará la reducción de la jornada respecto al concepto de tiempo completo para que se configure un contrato a tiempo parcial.

Por último, el artículo 1.a del Convenio 175 de la OIT de 1994 no ratificado por el Perú, sobre el trabajo a tiempo parcial, asume el mismo patrón de definición. Según este artículo, «trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable». En los mismos términos, lo hace la Recomendación 182 de la OIT de 1994. Nuevamente, trabajador a tiempo parcial es aquél que tiene una jornada inferior, cualquiera sea su cuantía, respecto de un trabajador a tiempo completo.

3. Concepto jurídico del contrato a tiempo parcial

Aun cuando se ha repetido que la LPCL no cuenta con una definición acabada de contrato a tiempo parcial, ello no impide que podamos analizar algunas notas características del mismo. Vamos a realizar con cautela el análisis del concepto jurídico del contrato a tiempo parcial, puesto que la desregulación legal en este tema lo convierte en un «terreno movedizo».

3.1 Reducción de la jornada de un contrato a tiempo completo

Evidentemente, el primer elemento del contrato a tiempo parcial no es otro que el de la existencia de una jornada reducida. Una jornada reducida, recuérdese, respecto de un contrato a tiempo completo. Por ello, el principal problema que ha de ponderarse en este tema será el de definir ¿cuál es la jornada de trabajo del contrato a tiempo completo?

Dado que la LPCL no señala nada al respecto, el universo de posibilidades es inmenso. Por poner sólo algunos ejemplos:

- En primer lugar, el tiempo completo puede venir indicado por la jornada máxima legal (8 horas diarias y 48 semanales).
- En segundo lugar, el tiempo completo puede tomar la forma de la jornada ordinaria en el centro de trabajo. Si en una empresa todos los trabajadores laboran 6 horas diarias, porque así lo ha dispuesto el empresario en una norma de contenido general, un pacto individual que fije en 4 horas la jornada diaria supone un contrato a tiempo parcial.

3 PEDRAJAS MORENO, Abdón. "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo. En Relaciones Laborales, 1994, Tomo I, p. 404. En el mismo sentido, FERRADANS CARAMES, Carmen. "El contrato de trabajo a tiempo parcial, difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad". Navarra, Aranzadi, 2006, p. 50.

4 Esta también es la posición que adopta GARCIA GRANARA: «lo que origina la existencia de un modelo abierto de contratación en el que se distinguen dos tipos de contratos a tiempo parcial: aquellos con jornada inferior a cuatro horas para los cuales existen normas de restricción a determinados beneficios laborales y aquellos con una jornada superior a cuatro horas pero inferior a la que se realiza a tiempo completo» (GARCIA GRANARA, Fernando, El contrato a Tiempo Parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo". En LABOREM, revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, n° 3, 2003, p. 154. Ver, en el mismo sentido, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Instituciones del Derecho Laboral". Gaceta Jurídica, 2004, p. 101.

- Finalmente, también puede suceder que el tiempo completo sea el que cumple el trabajador o los trabajadores que realizan una labor similar. Es decir, la comparación para determinar si una jornada es reducida o no debe hacerse respecto del conjunto de trabajadores que pertenezcan a una misma especialidad (secretarías, choferes, etc.). Así, si las secretarías de una oficina cumplen jornadas de 5 horas diarias (tiempo completo), entonces la secretaria que cumpla 3 será de tiempo parcial.

Como se ve, la LPCL deja abierto un gran problema de determinación que deberá subsanarlo en un futuro. Sin embargo, me parece que la opción más razonable para nuestro ordenamiento debe ser la segunda, puesto que en todo centro de trabajo siempre habrá una jornada habitual u ordinaria que se aplica a la generalidad de trabajadores⁵. Considero relevante este rasgo de generalidad, porque el modelo productivo en Perú sigue siendo predominantemente taylorista. Esto es, hay una fuerte tendencia empresarial hacia la homogeneización de las condiciones laborales en nuestro país.

Por su parte, algunas veces la jornada habitual podrá coincidir con la jornada máxima legal de 8 horas diarias y 48 semanales, pero no siempre. El empleador (unilateralmente, en acuerdo con sus trabajadores), podrá imponer una jornada inferior a la máxima en función de sus necesidades empresariales. De esta manera, si la jornada máxima es sólo una probabilidad, mejor será determinar el tiempo completo atendiendo a lo que pasa realmente y con carácter general en la empresa (jornada ordinaria o habitual).

De otro lado, para que el tiempo completo sea el que cumple el trabajador que realiza una labor similar, tendría que haber una disposición expresa de la LPCL. Me parece que para no tomar como tiempo completo la jornada ordinaria del centro de trabajo (aplicable por lo demás a todos los trabajadores del ámbito), y centrarse en otras jornadas especiales, tendría que haber una disposición legal expresa. Además, como ya se dijo, en nuestro país las jornadas de trabajo usualmente son impuestas con carácter general a todos los trabajadores.

3.2 Módulo y periodo de referencia a efectos comparativos

Una vez que hallamos la jornada a tiempo completo que servirá de referencia para determinar el contrato a tiempo parcial, sobreviene una nueva pregunta: ¿Cómo determinar el módulo y el periodo de referencia temporal que servirá de comparación entre las jornadas? Es decir, todo dependerá de los términos temporales en los que calcule el contrato a tiempo completo, para luego deducir la jornada reducida.

⁵ La jornada ordinaria que habitualmente debe entenderse como jornada de un trabajador a tiempo completo «es la que se establece con carácter general en el marco territorial y sectorial en el que el trabajador va a prestar sus servicios; es decir, la que con carácter general, y al margen de situaciones personales, se establece para la generalidad de los trabajadores de ese ámbito» (ALFONSO MELLADO, Carlos, La nueva regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial: aspectos laborales, Valencia, Tirant lo blanch, 1999, p. 23).

Me explico, por módulo temporal se ha de entender el elemento de cálculo que me permite homogeneizar ambas jornadas para compararlas. De un lado, la conversión se puede llevar a horas en el marco de un periodo de referencia (diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.) y, de otro, la conversión se puede llevar a días en el marco de un periodo de referencia mayor (semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.). Obsérvese, para realizar la comparación es necesario convertir ambas jornadas al mismo módulo temporal.

“ (...) el modelo productivo en Perú sigue siendo predominantemente taylorista. Esto es, hay una fuerte tendencia empresarial hacia la homogeneización de las condiciones laborales en nuestro país.”

De otra parte, por periodo de referencia he de entender la extensión de tiempo donde (tras convertir la jornada en horas o días) efectúo la comparación entre ambas jornadas. Aquí, como la LPCL no señala nada al respecto, los periodos de referencia pueden ser infinitos. Es decir, la comparación entre jornadas puede realizarse en distintas extensiones de tiempo (diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.).

Como se puede deducir, atendiendo a la desregulación de la LPCL, las modalidades de contratos a tiempo parcial pueden ser infinitas. Pongamos unos ejemplos.

Ejemplo 1. Queda claro que si la jornada ordinaria equivale a 8 horas diarias (tiempo completo), la jornada a tiempo parcial será una de 2, 3, 6 ó 7 horas diarias.

Ejemplo 2. Sin embargo, ¿qué pasa si cambio el módulo de comparación de horas en el día por el de días en la semana? Si la jornada ordinaria semanal equivale a 5 días de trabajo a la semana por 8 horas diarias, entonces quien trabaja 8 horas diarias durante 3 días sería también un trabajador a tiempo parcial. Nótese, que lo que ha cambiado es el módulo de comparación (de horas a días) pero seguimos hablando de contrato a tiempo parcial. En estos casos, estaremos ante un contrato de ejecución intermitente (sólo unos días a la semana).

Ejemplo 3. A su vez, podría mantener el módulo de comparación por horas, pero en un periodo de referencia semanal o mensual. Por ejemplo, podría darse el caso

que la jornada a tiempo completo semanal sea de 40 horas (5 días a la semana por 8 horas diarias) o de 120 horas mensuales. Nótese, que a diferencia del primer ejemplo no se cambia el módulo de comparación (sigue siendo horas), sino se cambia el período de referencia (del diario se pasa al semanal o al mensual). Ahora bien, si un trabajador es contratado para que cumpla una labor de 30 horas semanales o de 90 mensuales, entonces también será un trabajador a tiempo parcial ya que su jornada será inferior al tiempo completo comparable.

Ejemplo 4. El período de referencia también puede exceder el año de trabajo. Y realizarse la comparación o por horas o por días. Supongamos que calculo de tiempo completo lo hago tomado como referencia 14 meses. En esos 14 meses determino que el tiempo completo asciende a 2000 horas y a 320 días de trabajo efectivo. Cualquier contrato que se pacte por debajo de estos números ya será un contrato a tiempo parcial. Así lo será, el de 1800 horas en 14 meses o el de 300 días de trabajo en 14 meses.

Ejemplo 5. Por último, es posible combinar distintos períodos de referencia temporal. Así, por ejemplo, puede darse el caso que en el primer mes se trabajen los lunes, miércoles y viernes a jornada completa, y se trabajen los martes y jueves en jornada reducida; mientras en el segundo mes, se trabajen los lunes y martes a jornada completa, los miércoles se descansen y los jueves y viernes se trabaje a jornada reducida, etc. En este caso, el módulo de referencia siempre será el de hora, pudiéndose determinar la existencia de un contrato a tiempo parcial tanto en el período semanal como en el mensual.

Como se ve, dependiendo del módulo de comparación (horas o días) y del período de referencia (diario, semanal, quincenal, mensual, tres meses, cuatro meses, anual, de año y medio, etc.), podríamos llegar a distintas posibilidades de comparación entre jornada a tiempo completo y su correspondiente jornada a tiempo parcial. Ello no hace otra cosa que multiplicar a la "n" potencia las posibilidades de suscribir contratos a tiempo parcial. Creo que esta situación de caos requiere un orden que reduzca la infinidad de casos de contratos a tiempo parcial, debiendo ser la LPCL la llamada a definir taxativamente el módulo o módulos de comparación legal y los respectivos períodos de referencia temporales.

Mientras no suceda ello, y la LPCL guarde silencio absoluto, el contrato a tiempo parcial no tendrá sustancia propia y seguirá siendo una definición dependiente del concepto de contrato a tiempo completo.

3.3 Reducción de la Remuneración

Junto a la reducción de la jornada debe concurrir la correspondiente reducción de la remuneración. Esto

quiere decir que el valor del trabajo a tiempo completo siempre ha de ser superior a la valoración del trabajo a tiempo parcial. Por ello, en términos normales un trabajador contratado por jornada reducida cobrará menos que un trabajador que cumple una jornada completa.

Este rasgo del contrato a tiempo parcial nos va a ayudar a diferenciar los verdaderos contratos a tiempo parcial de los contratos a tiempo completo con jornada reducida⁶.

Un primer ejemplo es el referido a la reducción de jornada para el caso de licencias sindicales. Sea que trabajen menos horas al día o sea que trabajen menos días al año ¿estaríamos frente a un caso de contratación a tiempo parcial? Es cierto que la jornada de trabajo es inferior si la comparamos con la jornada ordinaria del centro, pero el representante sindical sigue manteniendo su misma remuneración. Parece que en este caso no se puede incluir al representante sindical dentro del concepto de contrato a tiempo parcial.

Otro ejemplo podría ser la reducción de una hora en la jornada de trabajo para las madres que den de lactar a sus hijos. Nuevamente, hay una imposición legal de reducción de jornada que no se acompaña de la correspondiente reducción de la remuneración. Por ese motivo, el contrato de la madre trabajadora seguiría siendo uno de tiempo completo.

Finalmente, el caso más difícil se presenta cuando la reducción de la jornada de trabajo viene impuesto por la voluntad de las partes. Es decir, otro contrato reduce la jornada del trabajador individualmente. Aquí, creo que todo dependerá de si dicha reducción viene acompañada de una reducción de remuneración o no. Si las partes pactan una rebaja de remuneraciones proporcional a la reducción del tiempo de trabajo efectivo, entonces el contrato se convertiría en uno de tiempo parcial. En cambio, si las partes mantienen la cuantía de la remuneración, entonces la voluntad de las partes apunta a mantener la condición de contrato a tiempo completo⁷. En cualquier caso, el empresario no podrá modificar unilateralmente la remuneración del contrato, ya que ello implica una modificación sustancial de condiciones. Situación ésta, prohibida en nuestro ordenamiento.

3.4 Regularidad

La última nota característica del contrato a tiempo parcial es que la jornada reducida con la que se realice la comparación debe ser la regular o habitual. Al menos, la jornada reducida debe tener vocación de permanencia⁸.

6 Pone especial énfasis en este dato, FERRADANS CARAMES, Carmen, El contrato de trabajo a tiempo parcial, difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad, Navarra, Aranzadi, 2006, pp. 84 y ss.

7 ALFONSO MELLADO, Carlos, La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: aspectos laborales, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 37.

8 GONZALEZ DEL REY RODRIGUEZ, Ignacio, El contrato de trabajo a tiempo parcial, Navarra, Aranzadi, 1998, p. 84.

Las suspensiones temporales basadas en una causa legal, que interrumpen la continuidad del contrato de trabajo, no pueden convertir el contrato a tiempo completo en uno de tiempo parcial. Estas son situaciones transitorias que están llamadas a desaparecer en un lapso de tiempo. Por consiguiente, después de su desaparición el contrato de trabajo recuperará su desarrollo normal y habitual.

4. Tipos de contratos a tiempo parcial

De lo visto hasta aquí, podemos ordenar la amplitud del concepto jurídico del contrato a tiempo parcial, utilizando ciertas tipologías que nos aclaren la cuestión.

4.1 Contrato a tiempo parcial continuado y contrato a tiempo parcial no continuado

Creo que una distinción fundamental que puede hacerse en nuestro ordenamiento es el de contrato a tiempo parcial continuado y contrato a tiempo parcial no continuo.

Por el primero, se entiende al contrato que se celebra con una jornada de ejecución diaria, esto es, todos los días laborables. Los empleados trabajarán cinco (5) días a la semana y los obreros seis (6). Tómese en cuenta que todos los días de labor se pueden cumplir jornadas diarias de tiempo reducido o que en otros casos podrían mezclarse días de trabajo a tiempo completo diario y días de trabajo a tiempo reducido diario. En ambos casos, estamos frente a contratos a tiempo parcial continuados.

Por el segundo, por contrato de trabajo a tiempo parcial no continuado se entiende aquél prestado sólo algunos días laborables. Por ejemplo, 3 días a la semana o 10 días mensuales o 3 meses al año. Es decir, a días de trabajo le siguen algunos días de inactividad. Se respeta una alternancia entre días laborables trabajados y días laborables no trabajados. Aquí, también, se pueden cumplir jornadas diarias de tiempo completo, pero que al efectuarse la comparación en el módulo de días el contrato de deviene en uno de tiempo parcial.

4.2 Contrato a tiempo parcial temporal

El artículo 4° de la LPCL señala que «el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad». De ahí que, aparentemente no quepa otra posibilidad que las dos mencionadas por la ley. Sin embargo, en el tercer párrafo del mismo artículo se advierte que «también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna». Ello hace que primero debamos aclarar la relación entre el contrato a tiempo parcial y los contratos temporales, a efectos de determinar el deslinde entre ambas figuras. Al respecto, caben dos interpretaciones de esta relación.

La primera, si aceptamos que el contrato a tiempo parcial es una modalidad contractual distinta a los contratos sujetos a modalidad (temporales), entonces podrían existir contratos temporales a tiempo parcial que eludan la regulación excepcional de los contratos sujetos a modalidad. Por ejemplo, un contrato de obra de 4 meses con jornadas diarias de 8 horas sería un contrato temporal puro a tiempo completo, pero también podría ser un contrato a tiempo parcial calculado en módulo horario diario y en un período de referencia anual. Obsérvese, el mismo contrato podría ser un contrato temporal a tiempo completo o un contrato a tiempo parcial, dependiendo de cómo se mire la situación. Ello supone que el contrato a tiempo parcial, al ser independiente de la regulación de los temporales, podría existir sin necesidad de alegar causa de temporalidad.

La segunda, si aceptamos que el contrato a tiempo parcial es sólo una fórmula de ejecución del contrato temporal, entonces todos los contratos a tiempo parcial dependerían de la previa existencia de una causa legal de temporalidad. Aquí, el contrato a tiempo parcial tendría, más bien, una nota de dependencia respecto de los contratos sujetos a modalidad.

Personalmente, me inclino por la segunda opción, dado que la primera implica abrir las puertas de una «temporalidad sin causa». Como ya se dijo en otro trabajo, la condición excepcional de la contratación temporal viene sustentada por el respeto al derecho al trabajo (artículo 22° de la Constitución)⁹. No puede existir contrato temporal que no cumpla con respetar las causas taxativamente mencionadas en la LPCL. La lectura constitucional del artículo 4° de la LPCL define al contrato a tiempo parcial como una figura «transversal», aplicable tanto al contrato indefinido como al contrato a plazo determinado, por lo que su consideración de modalidad contractual independiente queda en entredicho.

Ahora bien, solucionado este primer problema, consistente en la relación entre contrato a tiempo parcial y contrato temporal, resta profundizar en uno segundo. ¿Cómo diferenciar un contrato a tiempo completo temporal de uno a tiempo parcial temporal? Sin duda, el contrato a tiempo parcial temporal deberá cumplirse en una jornada inferior que el contrato a tiempo completo temporal, pero ello es insuficiente.

Lo primero que hay que hacer es determinar el tiempo completo dentro de un módulo temporal (hora o día) y de un período de referencia que no podrá exceder del plazo fijado en el contrato temporal. Esto último es muy importante porque si el cálculo sobrepasa el plazo fijado en el contrato temporal, siempre estaremos ante un contrato a tiempo parcial. Me explico, si un trabajador firma un contrato temporal por inicio o incremento de actividad con una duración de 1 año, el período de referencia del tiempo completo deberá ser 1 año. De lo contrario, si el período de referencia es de 1 año y

9 ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "Estabilidad laboral y contratos temporales." Cuadernos de trabajo del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, PUCP, 2006.

medio, este contrato temporal será siempre un contrato a tiempo parcial, ya que no se ejecuta todos los días laborables del periodo escogido¹⁰.

Por ejemplo, si la jornada habitual u ordinaria en la empresa es de 8 horas diarias, sólo habría que calcular cuántos días laborables existen dentro del plazo fijado en el contrato temporal. Con estos dos conceptos sería suficiente para determinar la jornada a tiempo completo comparable por ende, identificar las jornadas reducidas a tiempo parcial. En otras palabras, el contrato a tiempo parcial de duración determinada se circunscribe a dos supuestos: de un lado, en los casos que no se trabajen todos los días laborables correspondientes a la duración prevista en el contrato temporal; y, de otro, en aquellos en los que se realice una jornada diaria inferior a la habitual¹¹.

En resumen, los contratos temporales a tiempo parcial pueden ser de naturaleza continuada (se trabaja todos los días laborales, pero con jornada diaria reducida) o no continuada (no se trabaja todos los días laborables existentes en el arco temporal fijado en el propio contrato).

4.3 Contrato a tiempo parcial indefinido

Como quiera que el artículo 4º de la LPCL también se refiere al contrato de trabajo pactado por tiempo indefinido, se puede aplicar la misma fórmula de análisis que hemos utilizado para el contrato temporal. En este sentido, los contratos por tiempo indefinido pueden ser, básicamente, de dos tipos: continuados y no continuados.

Los primeros, los continuados, van a ejecutarse todos los días laborables de manera indefinida. Por ello, su parcialidad será evidente. Existe contrato a tiempo parcial en una relación por tiempo indefinido, cuando el número de horas trabajadas al día sea inferior a la jornada habitual u ordinaria de la empresa. Es decir, si todos trabajan 8 horas diarias, cualquier jornada inferior a las 8 horas se considerará trabajo a tiempo parcial.

Los segundos, los no continuados, cuya ejecución no se realiza en todos los días laborales, van a tener mayores problemas para identificar su condición de contrato a tiempo parcial ¿Por qué? Porque los contratos de duración indeterminada ejecutados en ciertos días de

la semana, de la quincena, del mes, del semestre, del año, del año y medio, etc., que -aparentemente- serían contratos a tiempo parcial, ingresan de lleno en la regulación de los llamados contratos intermitentes o de temporada (artículos 64º y 67º de la LPCL).

Por ejemplo, un contrato indefinido en el que se trabaja tres días a la semana 8 horas diarias, bien podría ser un contrato a tiempo parcial atendiendo al número de días trabajados a la semana (3 de 5). Sin embargo, el artículo 64º de la LPCL señala que «los contratos de servicio intermitente son aquellos celebrados entre un empleador y un trabajador, para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas». Como se ve, el contrato intermitente se aplicaría a todas las jornadas que se realizan con interrupciones (periodos de inactividad), pero de modo permanente en la empresa. Eso sí, un contrato intermitente sólo podrá pactarse si la naturaleza del servicio es claramente discontinua¹². No importa si las fechas de trabajo discontinuo se conocen antes de suscribir el contrato (discontinuos con fecha cierta) o si éstas no se conocen (discontinuos en fechas no ciertas)¹³, pues lo importante es la fijeza aunque su realización se desarrolle de manera discontinua.

De esta manera, el contrato intermitente se aplicará a cualquier relación jurídica indeterminada en el tiempo que se ejecute de modo no continuado. Lo mismo da que en el contrato se pacte una jornada semanal de tres días o que señale que se trabajará en los meses en los que se produzca la siembra y cosecha de determinados productos agrícolas. Da lo mismo, aunque en el primer caso la jornada está predeterminada, mientras en el segundo la jornada dependerá de factores climáticos, disposición de agua, existencia de plagas, cambios en el mercado y otros factores incontrolables por el empresario.

Otro ejemplo. Imaginemos un hotel de playa que contrata a un salvavidas por los tres meses de verano para que cuide de la seguridad de los huéspedes que quieran usar la piscina. Obviamente, no estamos frente a un contrato temporal, porque esta labor tiene una naturaleza permanente. Lo que pasa es que su ejecución será discontinua en función de las estaciones anuales que se repetirán. Se podrá trabajar incluso a tiempo completo en el módulo diario y todos los días durante todo el verano, pero luego vendrá un período de inactividad que acabará recién el año siguiente.

10 Sobre la necesidad de reglas especiales para realizar la comparación de jornadas en los contratos temporales, Vid. PEDRAJAS MORENO, Abdón. "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo." En Relaciones Laborales, 1994, Tomo I, p. 416.

11 En el mismo sentido, BAYLOS GRAU, Antonio. "Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo". En AAVV (coordinados por Manuel Ramón Alarcón). La reforma laboral de 1994. Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 142.

12 Desde nuestro punto de vista, estaría excluido un contrato que alterne días de trabajo y días de inactividad sin sustentar su necesidad en la naturaleza discontinua de la actividad. Como ya se dijo, el contrato a tiempo parcial no es una modalidad contractual independiente del contrato intermitente. Ahora bien, creo además que un contrato a tiempo parcial incausado deberá presumirse intermitente, en función de la presunción de indefinición que tiene el artículo 4º de la LPCL.

13 Esta tipología que divide a los trabajadores fijos discontinuos (intermitentes, según nuestra LPCL) entre discontinuos de fecha cierta y discontinuos de fechas no ciertas, ha sido recogida por la mayoría de la doctrina española. En este sentido, BAYLOS GRAU, Antonio, Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contratos de relevo". En AAVV (coordinados por Manuel Ramón Alarcón), La reforma laboral de 1994, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 154; GORELLI HERNANDEZ, Juan, El contrato de trabajo fijo discontinuo, en AAVV, coordinados por Ojeda Avilés, Modalidades de contrato de trabajo, Madrid, Tecnos, 2003, pp. 284 y ss; PEDRAJAS MORENO, Abdón. "Nuevo diseño legal del trabajo a tiempo parcial. Finalización de la regulación específica del trabajo fijo discontinuo". En Relaciones Laborales, 1994, Tomo I, pp. 417 y ss.

Nuevamente, en este ejemplo se podría decir que existe un contrato a tiempo parcial, siempre que el período de referencia temporal sea el anual. No obstante, esta conclusión debe cotejarse con el artículo 67º de la LPCL que señala que «el contrato de temporada es aquél celebrado entre un empresario y un trabajador con el objeto de atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva»¹⁴. De esta forma, el contrato de temporada también absorbe un grupo nada desdeñable de contratos tiempo parcial¹⁵.

A la vista de estos ejemplos, considero que todos los contratos no continuados de carácter indeterminado han de regirse por la regulación que la LPCL reconoce a los fijos discontinuos. No interesa si la jornada diaria es menor que la ordinaria o habitual, en la medida que los fijos discontinuos han de calcularse siempre en el módulo de días trabajados. Por eso, siempre que la ejecución del contrato de trabajo se realice alternando días de trabajo efectivo con días de inactividad estaremos ante los supuestos que regulan los artículos 64º y 67º de la LPCL.

5. Los contratos a tiempo parcial como mecanismo de fomento del empleo

Sin duda, la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial supone para el empresario un importante instrumento flexibilizador. Con la posibilidad de reducir el número de horas de trabajo efectivo del trabajador, y con ello la reducción de la remuneración, la empresa puede ajustarse de mejor manera a los cambios de oferta y demanda que se originan en el mercado. Es decir, si ya no tiene que contratar a todos sus trabajadores en una jornada de tiempo completo, puede contratar el número exacto de horas de trabajo que necesite.

Pues bien, como ya se dijo, la posibilidad de celebrar contratos a tiempo parcial no nace con el tercer párrafo del artículo 4º de la LPCL. Al contrario, esta posibilidad encuentra su fundamento en la libertad general de contratación. Es por eso, que llama la atención el desarrollo tardío de la contratación a tiempo parcial en nuestro medio. En otras palabras, si los mecanismos jurídicos siempre existieron, ¿por qué recién ahora se hace más común la utilización del contrato a tiempo parcial?

Creo que el problema de fondo es que a nuestras empresas poco les interesa adaptar la mano de obra a un sistema de producción flexible. Poco o nada les interesa ajustar su producción a los vaivenes de la oferta y demanda en el mercado, a efectos de mejorar sus ratios productivos. Me parece que lo que más interesa en nuestro país es gozar de beneficios económicos que aporten utilidades inmediatas, sin ponerse a pensar en la mejora productiva. Me explico, al empresario le interesa bajar los costes de mano de obra, con lo cual el contrato a tiempo parcial le será rentable si va unido a una reducción de beneficios sociales. Obsérvese, en esta postura empresarial, asentada sobre la precariedad laboral, no hay interés de mejorar la producción de la empresa, sino que produciendo lo mismo puedo obtener mejores utilidades económicas si el valor del trabajo se vuelve más barato.

“Precisamente, la precariedad del contrato a tiempo parcial es lo que ha convertido a esta figura en una de las más utilizadas en nuestro ordenamiento.”

Precisamente, la precariedad del contrato a tiempo parcial es lo que ha convertido a esta figura en una de las más utilizadas en nuestro ordenamiento. Como se dijo al comienzo de este trabajo, los contratos a tiempo parcial pactados por debajo de 4 horas diarias en promedio han sido excluidos de ciertos beneficios sociales que reconoce la legislación laboral a todos los trabajadores. Al negárseles el goce de vacaciones (artículo 12.a del D. Leg. 713), el derecho de CTS (artículo 4º del TUO de la Ley de CTS) y la protección legal contra el despido arbitrario (artículo 22º de la LPCL)¹⁶, el despunte de los contratos a tiempo parcial de 3 horas 45 minutos ha sido impresionante. Reténgase, no se han desarrollado los contratos a tiempo parcial por encima de 4 horas diarias en promedio, sino que se han desarrollado los que están por debajo de este límite por ser más «baratos»¹⁷.

En consecuencia, interpretando la voluntad del legislador, hay que señalar que éste lo que pretende es hacer más

14 El contrato de temporada tiene un reconocimiento específico en la LPCL, aunque consideramos que bien podría entrar en la categoría de “discontinuo con fecha cierta” a la que se ha hecho referencia. Si fuera este el caso, el artículo 64º de la LPCL, referido al contrato intermitente, podría regular también el contrato de temporada.

15 Sobre la relación y el deslinde de ambas figuras, CRUZ VILLALON, Jesús. “El contrato de trabajadores fijos discontinuos en la ley 32/ 1984”. En Relaciones Laborales, 1985, pp. 445 y ss.

16 Tanto en la exclusión del goce de vacaciones como en la desprotección frente al despido arbitrario debe analizarse su eventual inconstitucionalidad. Como se recuerda, el artículo 25º de la Constitución reconoce que “los trabajadores tienen derecho al descanso semanal y anual remunerados”, sin hacer distinción alguna respecto de qué trabajadores podrían quedar excluidos del derecho. De la misma manera, el derecho al trabajo (artículo 22º de la Constitución) impide que un trabajador, cualquiera que fuera, sea despedido sin causa justa. Por tanto, no se entiende cómo el artículo 22º de la LPCL niega la protección contra el despido incausado a los trabajadores contratados a tiempo parcial que laboren menos de 4 horas. Hay que recordar que estas exclusiones llevan más de 10 años en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que su carácter de fomento del empleo coyuntural cada vez es más cuestionable.

17 Hay que agregar que el legislador permite mezclar la temporalidad con la contratación a tiempo parcial, lo cual permite, al decir de OJEDA AVILES, «acumular la precariedad». OJEDA AVILES, Antonio. “El contrato de trabajo a tiempo parcial”. En AAVV (coordinados por Ojeda Avilés), “Modalidades de contrato de trabajo”. Madrid, Tecnos, 2003, p. 108.

atractiva la contratación a tiempo parcial. Nuevamente, queda en evidencia que la flexibilidad peruana parte de una regla de oro: mientras más barato sea el trabajo, más atractivo será para crear empleo. El error de este postulado está en que sólo la mayor productividad puede generar más y mejor empleo, con lo cual la reducción del valor del trabajo debe acompañarse de otras medidas de promoción económica empresarial (introducción de nuevas tecnologías, mejora de los programas de formación de los trabajadores, impulso de la negociación colectiva, etc.).

6. Los contratos a tiempo parcial excluidos de algunos beneficios laborales

Dicho lo anterior, resta analizar en qué consiste el abaratamiento de la mano de obra contratada a tiempo parcial. O dicho de otro modo, ¿qué contratos a tiempo parcial se ven excluidos de algunos beneficios laborales?

Al respecto, el artículo 11° del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR, señala que: «Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor». Mientras el artículo 12° del mismo Reglamento señala que «se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividido entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias».

Siguiendo la línea interpretativa de este trabajo, sólo algunos contratos a tiempo parcial van a ser excluidos de la percepción de ciertos beneficios laborales: goce de vacaciones, derecho de CTS y protección contra el despido arbitrario. Es decir, hay una restricción de derechos a los trabajadores por tiempo parcial que ha de entenderse excepcional y sólo referida a los supuestos señalados en la ley. Como se sabe, no cabe interpretación extensiva ni integración analógica de supuestos normativos que restrinjan derechos¹⁸.

Ahora bien, nos preguntamos entonces ¿cuál es el ámbito de operatividad de los artículos 11° y 12° que restringen el acceso a ciertos beneficios laborales?. Como se ve, mientras el artículo 11° utiliza como parámetro de exclusión el día de trabajo, el artículo 12° utiliza la semana. Creo, además, que en ambos casos, el legislador se refiere a contratos a tiempo parcial continuados; es

decir, cumplidos durante todos los días laborables. Y ello, porque el artículo 12° se refiere sólo a semanas completas de 5 días (para empleados) y de 6 días (para obreros)¹⁹. Desde esta perspectiva, haciendo una interpretación sistemática de ambos artículos, entiendo que el requisito mínimo de 4 horas diarias de labor para acceder a todos los beneficios laborales, se exige a trabajadores a tiempo parcial que realizan su actividad todos los días laborables (sean celebrados por tiempo indefinido y a plazo fijo). En otras palabras, el artículo 11° se aplica a jornadas diarias simétricas (por ejemplo, todos los días se trabaja 3 horas diarias o 6 horas diarias), mientras el artículo 12° se aplica a jornadas asimétricas donde algunos días se trabaja más que otros (lunes, miércoles y viernes se trabaja 5 horas diarias y martes y jueves sólo 3).

“(...) sólo algunos contratos a tiempo parcial van a ser excluidos de la percepción de ciertos beneficios laborales: goce de vacaciones, derecho de CTS y protección contra el despido arbitrario.”

Alguien podría decir que el legislador se olvidó de las jornadas no continuadas (que no se realizan todos los días), por lo que cabe subsanar este olvido mediante los métodos de integración normativa²⁰. No compartimos esta apreciación, porque las normas excepcionales y que restringen derechos no se pueden integrar analógicamente. Además, aquí no hay ninguna laguna que colmar, simplemente el legislador quiso fomentar la contratación a tiempo parcial de los llamados trabajadores continuados, y por qué no incluir también a los trabajadores con contratos a tiempo parcial no continuados (realizados con períodos alternados de trabajo e inactividad)? Precisamente, porque este tipo de contrato pactado por tiempo indeterminado va a ser regulado por el contrato intermitente o el de temporada (artículos 64° y 67° LPCL).

De este modo, la opción legal guarda coherencia con el modelo de contratación instaurado en la LPCL. El único supuesto aparentemente desregulado en los artículos 11° y 12° del Reglamento de la LPCL es el de los contratos a tiempo parcial no continuados de naturaleza temporal, pero con prestaciones discontinuas en una

18 RUBIO CORREA, Marcial. “El sistema jurídico”, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1991, p. 326. Además, NEVES MUJICA, Javier. “Introducción al Derecho laboral”, Lima, Ara, 1997, pp. 123 ss.

19 Sería ilógico que a jornadas semanales de 3 o 4 días se les divida entre 5 o 6 días como señala el artículo 12°, ya que implicaría un atentado contra el principio de igualdad.

20 La necesidad de llenar esta aparente laguna del derecho es una postura mayoritaria en nuestra doctrina y al hilo de ella se ha pretendido aplicar analógicamente a los contratos a tiempo parcial no continuados (sean temporales o indefinidos) el artículo 3° del Reglamento de la ley de Compensación por tiempo de servicios (DS 004-97-TR). Según este artículo «si la jornada semanal es inferior a cinco (5) días, el requisito a que se refiere el párrafo anterior se considerará cumplido cuando el trabajador labore veinte (20) horas a la semana, como mínimo». Es cierto, que este artículo podría aplicarse al régimen específico de la CTS, pero no podrá aplicarse a otras exclusiones como las vacaciones o la protección contra el despido arbitrario. Además, aceptando incluso la existencia de una laguna normativa, no es posible que una norma especial como el artículo 3° del Reglamento de la Ley de CTS venga a subsanar la laguna de una norma de carácter general como es el Reglamento de la LPCL.

semana²¹. Por ejemplo, un contrato de obra o servicio que será realizado en jornadas de tres días a la semana. Nuevamente, creo que no se trata de una laguna, sino de una opción legislativa. Me parece que el legislador quiso fomentar la contratación de un tipo específico de contrato a tiempo parcial (que coincide con los rasgos de ejecución diaria) y de este modo desalentar la contratación a tiempo parcial temporal de ejecución discontinua.

7. La formalidad escrita

El artículo 13° del Reglamento de la LPCL ordena que «el contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento para su registro, ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de quince (15) días naturales de su suscripción». Analicemos las dos partes de este precepto. Primero, centrémonos en la naturaleza obligatoria de la forma escrita. Segundo, en la obligación empresarial de registrar el contrato a tiempo parcial.

Respecto al primer tema, queda fuera de dudas que el contrato a tiempo parcial deba celebrarse por escrito. La calificación de “necesariamente por escrito” creo que no deja otra opción. O es por escrito o la reducción de la jornada a tiempo parcial no tiene validez. Ojo, no es que todo el contrato a tiempo parcial se declare nulo, sino que se debe declarar nula sólo la cláusula de reducción de jornada. Por lo demás, la relación jurídica seguirá vigente y deberá entenderse pactada a tiempo completo. Y ello, al margen de la duración temporal o indefinida del contrato de trabajo. Este me parece el efecto obligacional básico del incumplimiento de la forma escrita: el contrato a tiempo parcial se transforma en uno de tiempo completo²².

Ahora bien, como ya se dijo, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo sólo exige la forma escrita para los contratos con jornadas menores a 4 horas diarias. No obstante, al margen del error de interpretación legal que ya hemos explicado, me gustaría centrar el análisis en los efectos prácticos perversos de esta actuación administrativa. Piénsese, por ejemplo, en un trabajador que labora 8 horas diarias y que a pesar de ello recibe una remuneración igual a la de otro trabajador que trabaja 6 horas diarias. ¿Cómo podrá probar que es objeto de una discriminación salarial? No hay forma, el empresario podrá decir que ambos trabajadores laboran el mismo número de horas, mientras el trabajador afectado tendrá que probar que él trabaja dos horas más que el otro. ¿No sería más fácil si tuviera un contrato por escrito en el que conste que su jornada es de 6 horas? La escritura para cualquier contrato a tiempo parcial es fundamental para evitar abusos.

Me parece que el problema de fondo de nuestro sistema está en que se equipara en la informalidad al contrato a tiempo completo con los contratos a tiempo parcial con jornadas superiores a 4 horas. No hace falta firmar por escrito un contrato de 6 horas diarias como otro de 8. De este modo, las diferencias salariales quedarán a discreción del empresario. Considero, por el contrario, que el único contrato que puede estar desprovisto de forma escrita es el contrato a tiempo completo, ya que es el contrato que ofrece mayor seguridad al trabajador. Los demás, todos los contratos con jornada reducida, deben revestir necesariamente la forma escrita.

Con respecto al segundo gran tema, el de la obligación de registrar el contrato escrito de tiempo parcial ante el Ministerio de Trabajo, 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 13° la obligación de presentar la copia del contrato a tiempo parcial 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 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 (y, por ende, del pago de la multa administrativa). En muchas ocasiones, incluso, el empresario presenta el contrato a tiempo parcial con el sello del registro recién al momento que se le inicia el procedimiento sancionador, lo cual permite eludir cualquier sanción administrativa que se derive de un incumplimiento detectado al momento de la diligencia inspectiva. Me parece que esta formalidad contiene un nivel de coerción muy débil, que sólo se podría superar si la LPCL o su Reglamento se modificaran en el sentido de imponer la obligación de presentar copia del contrato a tiempo parcial de modo inmediato a la celebración del mismo²³. La reforma de este artículo es esencial, para evitar que la obligación de presentar el contrato se convierta en una obligación meramente simbólica.

8. Seguridad Social para Trabajadores a Tiempo Parcial

Los artículos 10° y 11° de la Constitución reconocen el derecho universal de los trabajadores peruanos, sin distinción alguna, a gozar de los beneficios de la seguridad social; sin embargo, la mayor contradicción

21 Por lo demás, si el contrato temporal consiste en trabajar algunas semanas completas y otras no, entonces entraría en el ámbito de regulación o del artículo 11 o del artículo 12 del Reglamento de la LPCL. Eso sí, estos artículos sólo se aplicarán a las semanas en que efectivamente labora el trabajador en la empresa todos los días laborables.

22 En el mismo sentido, TOYAMA destaca que en nuestro ordenamiento estamos ante una formalidad esencial, que de no cumplirse implica la nulidad de la cláusula temporal de jornada. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”. Lima, Gaceta Jurídica, 2005, p. 105.

23 Los efectos de una modificación en ese sentido serían realmente importantes. El inspector, en el contexto de una inspección, constataría el incumplimiento con el sólo hecho de ver a un trabajador prestando sus servicios, cuyo contrato no ha sido notificado a la AAT para el conocimiento y registro correspondiente. Ello evitaría, quizá, toda forma de elusión de esta obligación.

de estas disposiciones en nuestro ordenamiento está en querer aplicar sin mayores matices las normas generales de seguridad social a los trabajadores contratados en régimen de tiempo parcial. En un sistema de protección social construido sobre la lógica de una relación de trabajo convencional (por tiempo indeterminado y de servicio continuado), las características particulares del régimen de contratación a tiempo parcial no terminan de calzar completamente. Es por eso, que para hacer efectivo el mandato constitucional urge la creación de normas que se ajusten mejor a las particularidades de los trabajadores con jornada reducida. Si la flexibilidad obliga a crear contratos flexibles como los de tiempo parcial, entonces lo coherente sería que el mismo ordenamiento debe dar respuestas a sus problemas específicos.

Voy a centrarme en tres prestaciones de protección social, a efectos de resaltar las contradicciones. Veamos las referidas a pensión de jubilación, prestaciones de atención de salud y subsidios por maternidad.

En primer lugar, detengámonos en las pensiones de jubilación. Tanto las pensiones de jubilación como las pensiones por invalidez permanente (recuérdese, que una invalidez temporal sólo otorga derecho al pago de un subsidio económico por parte de ESSALUD durante el periodo que dure la incapacidad del trabajador), son pensiones otorgadas o bien por la ONP, si el trabajador está afiliado al seguro nacional de pensiones, o bien por una AFP, si el trabajador está afiliado al sistema privado de administradoras de fondos de pensiones. Se supone que la afiliación a uno u otro régimen ha sido efectuada libremente por el mismo trabajador.

Como se sabe, para acceder a una pensión de jubilación en el sistema nacional de pensiones (administrado por la ONP), el trabajador requiere tener 65 años de edad y 20 años de aportes (artículo 9 de la Ley 26504). Mientras, en el régimen privado, el trabajador necesita acreditar 65 años de edad, para que su AFP le devuelva los fondos acumulados en su cuenta individual bajo la forma de pensión de jubilación. Se sabe además que, en la modalidad de retiro programado, la AFP está obligada a devolver los fondos acumulados en la cuenta individual del trabajador hasta que estos se agoten. Luego de agotados, pueden ocurrir dos circunstancias: de un lado, el jubilado se queda sin pensión; de otro, el jubilado tiene derecho a una pensión mínima subvencionada por el Estado, siempre que haya efectuado 20 años de aportes completos durante su vida laboral (Ley 27617).

Si se toma en cuenta que el requisito de los 20 años de aportes es muy importante, tanto para gozar de una pensión en el régimen público como para gozar de una pensión mínima en el régimen privado, me parece que su cumplimiento es demasiado difícil para un trabajador a tiempo parcial (sobre todo, para los que realizan prestaciones no continuadas o discontinuas). La contratación discontinua y, por ende, temporal, que podría asumir la relación de trabajo del trabajador a tiempo parcial, convierte al requisito de los 20 años en

un requisito casi imposible de cumplir. Pensamos, por eso, que el número de años de aporte debería reducirse. Además, la base de cotización debería ser anual, y no mensual, puesto que ello permitiría compensar los meses de mayor cotización con los meses en que aquélla se reduce o desaparece. Si pudiéramos sumar lo cotizado en un año y luego este monto lo dividiéramos entre 365 días, tendríamos un cociente diario que podría servir de fundamento al aporte pensionario del trabajador a tiempo parcial. El cociente diario, no obstante, debería tener una base mínima, a efectos de que la ONP o la AFP lo consideren válido.

Además de la propuesta de partir de una base de cotización anual, y no mensual como ocurre con el común de los trabajadores, así como del pedido de reducir el número de años de aporte para adquirir una pensión de jubilación, considero que también es importante permitir a los trabajadores a tiempo parcial mezclar sus cotizaciones como sujetos subordinados a un empresario y como trabajadores independientes. La tradición legislativa de no sumar los años de aportes como afiliado regular y como afiliado potestativo, perjudica a los trabajadores que cumplen prestaciones discontinuas.

En segundo lugar, las prestaciones de atención de salud han de ser prestaciones brindadas por el ESSALUD o las Entidades Prestadoras de Salud (EPS). El problema que se genera para los trabajadores a tiempo parcial es que las prestaciones de atención de salud están cubiertas por la protección social, «siempre que aquellos [afiliados y derechohabientes] cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia y que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a los seis meses previos al inicio de la atención, según corresponda» (artículo 10 de la Ley 26790 modificado por la Ley 28791, publicada el 21 de Julio de 2006 en el diario Oficial El Peruano). De esta forma, si alguien quiere atenderse en ESSALUD o en una EPS por alguna molestia clínica, tendrá que cumplir estos requisitos. Si no se cumplen, ESSALUD o la EPS cubrirán los gastos de atención de salud y luego repetirá contra el empleador que no cumplió con efectuar los aportes. Nuevamente, aquí se debe lanzar la crítica frente a la cotización mensual. Creo que la evaluación del monto del aporte debe observarse en una periodicidad anual o, cuando menos, semestral. Es decir, la suma de los aportes debe dividirse entre 365 y fijar un cociente mínimo para deducir la cifra de un aporte diario válido.

No obstante, hay que resaltar que desde el año 2000 existe el llamado derecho especial de cobertura por desempleo. Esto es, el trabajador que ha quedado en el desempleo tendrá 1 año como período de latencia, «siempre que cuente con un mínimo de cinco meses de aportación en los últimos 3 años precedentes al cese, acogiéndose a dos meses de período de latencia por cada cinco meses de aportación» (artículo 11 de la Ley 26790). No interesa si la suma de los cinco meses

se hace de modo consecutivo o no, simplemente por cada 5 meses de aporte se sumarán 2 meses de periodo de latencia hasta un máximo de 12 meses (un año). Por ejemplo, si en los últimos tres años, se hicieron 20 meses de aportes, entonces el trabajador podrá exigir prestaciones de atención de salud hasta ocho (8) meses después de haber sido cesado. Aquí, nuevamente, será necesario que la base de cotización se haga anualmente.

Finalmente, resulta interesante la percepción de las prestaciones económicas por maternidad (durante 90 días) y por lactancia, porque no sólo ha de recibirlo la madre que tiene un contrato a tiempo parcial afiliada al seguro de salud, sino también la cónyuge o concubina del trabajador a tiempo parcial. Los requisitos son: haber estado afiliado (a) al ESSALUD al tiempo de la concepción

y (b) estar dentro del mismo periodo de cobertura al que hicimos referencia al momento que hablamos de las atenciones de salud. Es decir, tres meses de aportación consecutiva o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses anteriores al mes que corresponde el pago del subsidio por maternidad o al mes del parto cuando hablamos del subsidio por lactancia (artículo 10º y 12.b.1 de la Ley 26790). Para los afiliados independientes o potestativos, la cobertura no puede ser rehabilitada con aportes efectuados con posterioridad a la ocurrencia de la contingencia. En otras palabras, un afiliado potestativo puede gozar de las prestaciones de maternidad y lactancia, siempre que esté al día en sus aportes. Como se ve, también en las prestaciones por maternidad se utiliza la base de cotización mensual, cuyo sistema resulta virtualmente perjudicial para los trabajadores a tiempo parcial²⁴ 

24 Aquí, vale la pena recordar que algunos regímenes especiales de seguridad social en salud mantienen reglas más relajadas que las exigidas al régimen común y, por ende, a los trabajadores a tiempo parcial. Por ejemplo, el artículo 6º de la Ley 27866 señala que los trabajadores portuarios, debido a la pluralidad de empleadores y a la naturaleza discontinua de sus labores, podrán gozar de las prestaciones económicas sin necesidad de haber realizado aportes regulares en los últimos 6 meses. Eso sí, si el trabajador portuario no ha realizado labor alguna en los últimos 3 meses, perderá su derecho a prestaciones económicas de maternidad y lactancia. Del mismo modo, a los trabajadores pesqueros se les exige sólo el aporte de 2 meses en los seis meses previos a la contingencia que genera el derecho a subsidio (artículo 7º del DS 005-2005-TR modificado por DS 005-2006-TR).