

La Contratación Temporal en la Ley de Fomento del Empleo*

Wilfredo Sanguinetti Raymond**.

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca.

Es indudable que a través del Decreto Legislativo 728 (en adelante LFE) se ha operado una profunda reforma del sistema de contratación laboral vigente con anterioridad en nuestro país.

Esta reforma ha sido llevada a cabo por el Poder Ejecutivo en virtud de la delegación de facultades legislativas en materia de fomento del empleo acordada por el Congreso a través de la Ley 25327. En esta ley el Congreso se ocupó de señalar las pautas que debía seguir el Ejecutivo para regular la materia objeto de delegación. Así, en lo que al tema que será objeto de análisis se refiere, la ley 25327 contenía un encargo muy preciso: «flexibilizar las modalidades de contratación laboral»; si bien sometía este mandato a un límite infranqueable: dicha «flexibilización» debería llevarse a cabo «respetando las normas constitucionales de estabilidad laboral».

Quedaban, así, indentificados los dos grandes ejes de la reforma: «flexibilización» de un lado y «estabilidad en el empleo» del otro. La tarea del Ejecutivo consistía, precisamente, en compatibilizar ambos principios, dando lugar a una regulación de la contratación laboral lo suficientemente flexible como para adaptarse y satisfacer eficientemente las necesidades de fuerza de trabajo de las empresas, pero que, a la vez, mantenga en vigencia el principio según el cual el contrato de trabajo debe durar tanto como la fuente que le dió origen (es decir, a labores de carácter permanente debe corresponder la celebración de contratos por tiempo indefinido, en tanto que, para las labores de alcance limitado en el tiempo podrán celebrarse contratos de duración determinada).

El camino marcado era, pues, muy distinto al seguido por la administración anterior, que optó más bien por «flexibilizar» el mercado de trabajo y «fomentar el empleo» permitiendo la contratación de trabajadores temporales para la atención de labores permanentes, mediante la creación del PROEM.

Naturalmente, no era éste un camino fácil de recorrer, pero no tanto porque «flexibilidad» y «estabilidad en el empleo» resulten necesariamente incompatibles (personalmente entiendo que no es así), sino porque el marco jurídico vigente con anterioridad ofrecía ya un amplio espacio para adaptar la contratación temporal a las necesidades de las empresas, que difícilmente podía ser ampliado por la legislación posterior (al menos si lo que se pretende es no rebazar el principio de estabilidad en el empleo).

En efecto, aunque en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 728 se señala que «la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo», en lo que al derogado D.L. 18138 se refiere entiendo que ésta es una afirmación inexacta. El artículo 1 del D.L. 18138 disponía simplemente que «en los centros de trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales a plazo fijo para una obra determinada, sólo 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». De este modo, la norma no ofrecía una tipificación cerrada y taxativa de todas y cada una de

Ponencia en el I Curso Superior de Actualización en Derecho Laboral, realizado en la PUC del 4 al 17 de Agosto de 1992.

Profesor de Derecho del Trabajo en la Universidad de Salamanca. Realizó estudios en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Su tesis doctoral, titulada «Lesión de la libertad sindical y comportamientos antisindicales», ha obtenido el premio «Trabajo y Seguridad Social» 1992, concedido por el Ministerio de Trabajo de España.

las causas de temporalidad admitidas, sino que se conformaba con sancionar el principio de «los contratos temporales sólo para labores temporales» mediante una cláusula general, susceptible de adaptarse más fácilmente a las circunstancias específicas de cada caso concreto.

No puede acusarse, pues, al D.L. 18138 de «inflexible», al menos desde esta perspectiva.

De allí que el enunciado de esta norma haya sido literalmente transcrito por el legislador delegado en el artículo 92 de la LFE, al señalarse que «los contratos sujetos a modalidad podrán celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar». Precisamente, es al amparo de esta cláusula general que la nueva regulación pasa a enumerar hasta 9 distintos tipos de contrato temporal causal (los denominados «contratos de trabajo sujetos a modalidad»).

Se pasa así, de un sistema genérico (unánimemente considerado por la doctrina como el más flexible) a un sistema de lista, aunque no se trata de un sistema de lista cerrada, ya que el artículo 125 aclara que «cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente (por la ley) podrá contratarse siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse». Se trata, obviamente, de una solución que brinda gran versatilidad a la contratación temporal causal, pero, desde luego, no más amplia ni más flexible que la ya prevista por el D.L. 18138.

En lo que sí, el Decreto Ley derogado podía ser calificado de ineficiente era en cuanto al mecanismo de control de la contratación por el previsto, consistente en la necesaria aprobación de todos y cada uno de los contratos temporales por la Autoridad Administrativa de Trabajo (artículo 3). Sobre este punto, posiblemente el D.L. 18138 pecaba «por exceso» (se trata, obviamente, de una solución excesivamente burocrática), pero también «por defecto», al dejar al solo criterio de la Autoridad de Trabajo la apreciación de las circunstancias de cada contrato temporal, sin otorgarle mayores criterios a los cuales ceñirse, ni reglas imperativas a las cuales adaptar su actuación. Así las cosas, el soporte de todo el sistema quedaba en manos de la discrecionalidad de la mencionada Autoridad, la cual convirtió el trámite de aprobación de los contratos en un mero formulismo, que en ningún caso representó una efectiva barrera contra el uso fraudulento de la contratación temporal, que se produjo en proporciones considerables.

Frente a este panorama, la solución planteada por la LFE radica, de un lado, en «desburocratizar» en algo el sistema, y, del otro, en establecer una serie de garantías destinadas a evitar el empleo de la contratación temporal como vía de elusión de la estabilidad laboral.

En cuanto a lo primero, el artículo 116 simplifica el trámite de aprobación de dichos contratos, concediéndola automáticamente con la sola presentación de la solicitud correspondiente. No obstante, se prevé la posibilidad de una verificación, cuando la Autoridad de Trabajo lo considere necesario o cuando la solicitud haya sido presentada vencido el plazo de 8 días.

En relación a lo segundo, además de la presunción en favor del contrato de trabajo por tiempo indefinido consagrada por el artículo 37, la norma fija plazos máximos de duración para la mayoría de los contratos temporales, recoge una enumeración de supuestos en los que el contrato temporal, por fraudulento, se considerará como uno de carácter indefinido (artículo 120), y busca evitar la conversión de contratos permanentes en temporales, mediante la imposición de límites a las recontractaciones (artículo 121). Es más, a esto hay que añadir la existencia de una norma dirigida a impedir que la contratación temporal opere como mero mecanismo de provisión de mano de obra barata para las empresas. Se trata del artículo 122 de la LFE, conforme al cual los trabajadores con contratos sujetos a modalidad «tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminada del respectivo centro de trabajo».

De lo hasta aquí expuesto se deduce claramente que, considerados los rasgos generales de su diseño, el sistema de contratación temporal instaurado por la LFE sería más ventajoso que el del derogado D.L. 18138. No obstante, paradójicamente, las ventajas de éste radicarían, no tanto en su mayor «flexibilidad» (no llega a ser más flexible que el D.L. 18138), sino en su más acabado sistema de garantías. Pero, entonces, cabría preguntarse ¿por qué la LFE es presentada por sus autores como una norma que flexibiliza la contratación? o ¿en dónde radica esta pretendida «flexibilización»?

Una posibilidad es entender que dicha «flexibilización» se produce en virtud de la inclusión de los 9 contratos temporales de carácter causal que aparecen mencionados en los artículos 97 a 99. De ser así, lo que la norma habría tratado de cumplir sería una función esencialmente pedagógica, buscando mostrar al empresariado una serie de posibilidades de contratación que antes no eran empleadas por desconocimiento o falta de audacia.

Ciertamente, algo de esta intención parece haber existido en el singular esfuerzo desarrollado por el legislador para tipificar estos contratos. Sin embargo, sostengo que lo que realmente sucede (y explica la aparente contradicción de una norma «flexibilizadora» que termina aparentando ser más garantista que su precedente) es que la pretendida «flexibilización» no se produce aquí explícitamente, dado el expreso mandato del legislador delegante de respetar «las

normas constitucionales sobre estabilidad laboral», sino por otras vías menos perceptibles, pero que conducen igualmente a un claro debilitamiento del principio de causalidad en la contratación temporal.

Las vías a través de las cuales se produce este debilitamiento son, a mi entender, 4.

1. La primera está constituida por la inclusión, dentro de los contratos temporales (o «contratos sujetos a modalidad»), de tipos que no respetan el principio de causalidad consagrado por el artículo 96 de la propia LFE (es decir, que sirven para la atención de necesidades permanentes, o al menos no necesariamente temporales).

Desde luego, no existe en principio razón para cuestionar la presencia de contratos temporales tales como los denominados «por necesidades del mercado», «ocasional», «de suplencia», «de emergencia» y «para obra determinada o servicio específico», aunque pudiera haberse esperado mayor precisión en su regulación, y pudiera incluso objetarse algún aspecto de su régimen jurídico (por ejemplo, en el «contrato para obra o servicio» debió aclararse que el «objeto específico» que lo justifica debe ser temporal, y señalarse que su duración ha de ser la de la obra o servicio, en vez de configurarlo como un contrato por tiempo cierto, susceptible de ser prorrogado).

En cambio, merece un severo cuestionamiento la presencia de los contratos «por inicio o incremento de actividad», «por reconversión empresarial», «intermitente» y «de temporada».

El caso más flagrante es el del contrato «por inicio o incremento de actividad», tomado, con importantes variantes, del sistema español.

Ciertamente, más aún en épocas de crisis, no puede dudarse que la decisión empresarial de iniciar o ampliar actividades conlleva un importante margen de riesgo. No obstante, de allí a considerar que estas actividades poseen una naturaleza intrínsecamente temporal, capaz de justificar la celebración de contratos temporales en todos los casos, existe un notorio exceso. Más aún cuando el artículo 100 de la LFE considera como nueva actividad «tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa».

LLevada hasta sus últimas consecuencias, esta definición permitiría que todo nuevo puesto de trabajo que se cree en la empresa pueda ser cubierto por trabajadores temporales, ya que siempre (o casi siempre) su creación estará en función de un «incremento» de sus actividades. Es más, en caso que la actividad que se inicia o incrementa alcance su consolidación en el mercado, la norma no garantiza a los trabajadores que laboraron en ella la continuidad del

vínculo laboral: vencidos sus plazos de duración (de hasta 3 años), estos contratos se extinguen, pudiendo el empleador prescindir de todos los trabajadores y contratar otros nuevos para realizar las mismas labores. Naturalmente, la semejanza con el extinto PROEM es notoria.

De allí que deba sostenerse en este caso, con criterio sistemático, la aplicación del principio de causalidad consagrado por el artículo 96 de la ley a este específico contrato, admitiéndose, en consecuencia, su celebración cuando la nueva actividad sea una de duración limitada en el tiempo o incierta, y rechazándola en los demás casos.

Tampoco encuentra un claro asidero en la naturaleza temporal de las labores el contrato «por reconversión industrial».

Conforme al artículo 102 de la LFE este contrato se celebra «en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos». Ciertamente, no se ve la razón por la cual cualquier cambio en las actividades de la empresa, o cualquier modificación de carácter tecnológico, puede constituir una causa válida para la celebración de un contrato temporal.

Si lo que se quiso es supeditar la concreción de un vínculo permanente a la capacidad de adaptación del trabajador a las medidas de reconversión adoptadas, dando lugar a una suerte de contrato sometido a condición, ello no se plasma en la norma, ya que el contrato se extinguirá de todos modos vencido el plazo máximo de dos años, esté o no «adaptado» el trabajador a las labores. Además, son otras las instituciones que el Decreto del Trabajo pone a disposición del empleador con tal fin: señaladamente, el período de prueba.

Es más, aplicado en combinación con una extinción colectiva de los contratos de trabajo por causas tecnológicas o por necesidades de funcionamiento de la empresa, este contrato permitiría una fácil sustitución de personal estable por personal temporal.

Nuevamente aquí, pues, debe postularse la necesidad que las actividades vinculadas al proceso de reconversión sean actividades de duración limitada en el tiempo o incierta, rechazándose en consecuencia su celebración en los demás casos. Ello, sin perjuicio, claro está, de postular la supresión de este tipo contractual.

Resta hacer referencia a los contratos «intermitente» y «de temporada».

Estos contratos han sido creados para tipificar dos modalidades de los denominados genéricamente

«trabajos fijos discontinuos», es decir de aquellos trabajos que, pese a no ejecutarse de manera continua todos los días laborables, poseen un carácter permanente, por lo que deben dar lugar a un contrato de duración indeterminada de carácter especial, que alterne períodos de ejecución y de suspensión.

El carácter duradero de estas labores aparece incluso reconocido en la propia ley. Así, en el caso del contrato intermitente, el artículo 107 señala que procede para «cubrir las necesidades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas». Igualmente, respecto del contrato de temporada, los artículos 110 y 114 indican que procede, bien para atender «necesidades propias del giro de la empresa (...) que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en periodos equivalentes», o bien en relación a «incrementos regulares y periódicos de nivel de la actividad normal de la empresa».

Pese a constituir modalidades de trabajo estable, la ley regula estos contratos como temporales, salvo que se establezca expresamente en el contrato un derecho preferencial para la contratación posterior (en el caso del contrato intermitente), o que fuera contratado el trabajador por tres temporadas que sumen un año de trabajo (en el caso del contrato de temporada). De este modo, como es obvio, la eventual conversión del contrato en uno por tiempo indefinido queda supeditada a la voluntad favorable del empleador, en lugar de desprenderse de la naturaleza permanente, aunque discontinua, de estas labores.

Como había adelantado, al lado de estos contratos temporales difícilmente considerables como causales, existen otras vías adicionales a través de las cuales se debilita el principio de estabilidad en el empleo.

2. En este sentido, el segundo de tales mecanismos viene dado por la mantención de determinados regímenes especiales de contratación temporal, que tampoco se justifican por la naturaleza temporal de las labores que atienden.

En este campo, han de mencionarse los regímenes especiales previstos para las zonas francas y para las empresas exportadoras de productos no tradicionales, cuya vigencia se mantiene expresamente. Es más, en el caso de estas últimas las facilidades incluso se amplían, ya que se deja de lado la exigencia que exista de por medio un concreto contrato de exportación y un programa de producción para la exportación a satisfacer (art. 32 D.L. 22342): Conforme al artículo 123 de la LFE simplemente «basta que la industria se encuentre comprendida en el D.L. 22342 para que proceda la contratación del personal bajo el citado régimen».

3. El tercer mecanismo de debilitamiento de la estabilidad laboral empleado por la ley está constituido por la mantención, incluso con mayores niveles de permisividad, de formas atípicas de trabajo eventual.

Aquí, deben mencionarse al trabajo en período de prueba y al trabajo a tiempo parcial.

En cuanto al primero, se mantiene el riesgo que el período de prueba pueda ser empleado por las empresas para dotarse de personal eventual, y no para probar las aptitudes del trabajador. Es más, dicho riesgo se acrecienta en el caso de ciertas categorías de trabajadores, para las cuales la duración de dicho período se incrementa a 6 meses e incluso a un año. La vía a través de la cual la ley busca impedir esta situación es la de imponer un límite de 10% al personal en período de prueba. No obstante, más adecuado hubiera sido atacar la raíz de dicha situación, otorgando a los trabajadores en período de prueba alguna garantía frente a las extinciones abusivas o discriminatorias.

En lo que atañe al trabajo a tiempo parcial, el artículo 37 de la LFE elimina las restricciones numéricas impuestas para su contratación, al señalar que «también puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna». Si bien es cierto que dicha eliminación venía siendo propuesta por la doctrina, no debe perderse de vista que ésta proponía también que simultáneamente se dotase a esta modalidad de trabajo del conjunto de derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores. Al eliminar las restricciones, manteniendo la secular situación de desamparo de estos trabajadores, la ley no hace otra cosa que propiciar el empleo del trabajo a tiempo parcial como una forma atípica de trabajo eventual, mediante la cual pueden cubrirse en condiciones de precariedad puestos de trabajos permanentes.

4. La cuarta y última vía de debilitamiento de la estabilidad laboral está representada por la ampliación del espacio de actuación de las empresas de servicios, unida al favorecimiento de la actuación como tales de las cooperativas de trabajadores.

El ámbito de actuación de las empresas de servicios se amplía mediante la expresa legalización, al lado de las ahora denominadas empresas de servicios complementarios, de las llamadas empresas de servicios temporales.

Ciertamente, la conveniencia de la legalización de estas empresas es discutible, especialmente en el caso de las empresas de trabajo temporal, dado que constituyen un claro ejemplo de interposición en la posición del sujeto empleador del contrato de trabajo y préstamo lucrativo de mano de obra. En todo caso, legalizada su presencia, de lo que se trata es fundamentalmente de analizar su régimen jurídico y determinar si éste se halla rodeado de las garantías adecuadas.

En este sentido, el ámbito de actuación de estas empresas se circunscribe más o menos a los márgenes admitidos por el Derecho comparado:

- Actividades complementarias de carácter especializado, no comprendidas en las principales de la empresa usuaria, en el caso de las empresas de servicios complementarios.

- Servicios temporales, entendiéndose por tales los ejecutados a través de contratos sujetos a modalidad, tratándose de las empresas de servicios temporales. Empero, el problema aquí se presenta con los contratos temporales de dudosa causalidad y larga duración, antes mencionados, especialmente los de «inicio o incremento de actividad», «por reconversión industrial» y del régimen especial de empresas de exportación no tradicional. Al amparo de estos contratos podría propiciarse la provisión de personal temporal y no vinculado a la empresa principal para actividades permanentes.

En cuanto a las garantías, la norma se preocupa esencialmente de evitar la actuación de empresas insolventes, mediante la imposición de un capital social mínimo y la constitución de un seguro en respaldo de los salarios y beneficios sociales de los trabajadores. Adicionalmente, se impone un límite de 20% en cuanto al personal contratado a través de empresas de servicios temporales.

Es indudable que estas garantías son útiles mecanismos para evitar que los derechos económicos de los trabajadores sean burlados, y que la contratación mediante estas empresas exceda los límites de lo razonable.

Sin embargo, no existen garantías para hacer frente a tres peligros adicionales que plantean las empresas de servicios, y especialmente las de los servicios temporales:

- a) Convertirse en un medio de abaratamiento de los costos laborales, mediante el pago de salarios más reducidos.
- b) Actuar como meras «enganchadoras de mano de obra» para labores permanentes y ordinarias de las empresas (y no temporales o complementarias).
- c) Constituir un instrumento para el debilitamiento de las organizaciones sindicales.

En cuanto a lo primero, la solución más viable sería equiparar los costos de la hora de trabajo prestada a través de una empresa de servicios temporales, a los normales dentro de la empresa usuaria. De este modo, sólo se recurriría a estas empresas en función de necesidades imprevistas y urgentes, o en razón de su especialización. Para ello, cabría postular una interpretación amplia del artículo 122 de la LFE, que asigna a los trabajadores temporales los mismos beneficios de los estables que laboran en el mismo centro de trabajo.

Respecto del posible empleo de estas empresas temporales para cubrir labores permanentes y ordinarias, la solución adecuada era la prevista en el

artículo 32 de la Ley 24514: la incorporación de los trabajadores afectados a la planilla de la empresa usuaria. Aunque esta garantía no ha sido recogida por la LFE, debe llegarse a la misma consecuencia aplicando la presunción de existencia del contrato de trabajo por tiempo indefinido prevista por el artículo 37, al existir una situación de esta naturaleza en los hechos, que no se halla amparada por las normas especiales sobre empresas de servicios complementarios y temporales.

Finalmente, sin perjuicio que deban prevalecer reglas especiales en materia de representación de estos trabajadores, es claro que las garantías anteriores permitirían un cierto freno a la «tentación» de recurrir a las empresas de servicios como mecanismos de presión antisindical.

Resta hacer referencia a la consideración de las cooperativas de trabajadores como empresas de servicios.

En este punto, lo primero que llama la atención es que la LFE se proponga «promover el empleo autónomo» propiciando el establecimiento de incentivos por parte de las empresas para que los trabajadores renuncien a su empleo y opten por constituir nuevas empresas (artículo 147). Pero, más aún, llama la atención que, luego, la propia LFE favorezca la reutilización de los servicios de estos trabajadores, esta vez constituidos en cooperativa, para la realización de labores muy semejantes a las que realizaban antes (artículo 154). Naturalmente, lo que de este modo se está propiciando no es un incremento de los volúmenes netos de empleo, sino la sustitución de contratos de trabajo permanentes por relaciones «externas» a la empresa, no generadoras de vínculo laboral alguno.

Es al hilo de esta estrategia sustitutiva que el artículo 154 de la LFE lleva a cabo una desnaturalización de lo que por servicios complementarios, a prestar por las empresas de servicios, debe entenderse. En efecto, conforme al artículo 182 son servicios complementarios de carácter especializado aquéllos que no están comprendidos en las actividades principales que realiza la empresa usuaria, y que para su ejecución requieren de personal altamente especializado: mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, etc. En cambio, para el artículo 154 son «servicios complementarios a los procesos de producción», susceptibles de ser prestados a través de cooperativas de trabajadores, actividades como la «provisión de insumos o de materias primas», o «labores de control de calidad o (...) de acabado final». Es claro que éstas no son actividades complementarias, sino labores propias de la actividad principal de las empresas, sin cuya ejecución se paralizaría la producción de bienes de la misma.

Ahora bien, al margen de esta peligrosa ampliación, lo que resulta necesario discutir es la procedencia

misma de la actuación de las cooperativas de trabajadores como empresas de servicios, sobre todo como empresas de servicios temporales.

En este caso, a los peligros naturales de este tipo de empresas, deben añadirse la precaria situación del trabajador, que no mantiene una relación laboral con la empresa que lo emplea (en virtud del fenómeno interpositorio), pero tampoco con la cooperativa a la que pertenece (dado que éstas configuran un peculiar supuesto de trabajo por cuenta propia).

Es más, la propia naturaleza de estas cooperativas dificulta la aplicación de las garantías a las que

normalmente se somete una empresa de servicios temporales. De allí que el art. 6 del D.S. 009-92-TR haya optado por exceptuar a las cooperativas de trabajadores del requisito de autorización previa del Ministerio de Trabajo y Promoción Social.

Así, pues, el fenómeno interpositorio aparece aquí como una mera ficción, capaz de producir perniciosos efectos a nivel de eventualización y abaratamiento de la fuerza de trabajo, sin el contrapunto de un aumento de los niveles de empleo o de la prestación de un servicio rápido y especializado de atención de las necesidades de mano de obra de las empresas, como el que las empresas de servicios temporales deben cumplir.

EICA CONSULTORES S.A.

**INGENIERIA DE PROYECTOS
FUNDADA EN 1969**

**ESTUDIOS, DISEÑO Y SUPERVISION DE
OBRAS. GERENCIA DE PROYECTOS**

**Av. República de Chile N° 388
Lima 11 Perú**

**Telf. : 335524
Fax : (51-14) 332696**