

DEPARTAMENTO  
ACADÉMICO DE  
**DERECHO**



**90**  
AÑOS

PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**CUADERNO DE TRABAJO N° 1**

**ESTABILIDAD LABORAL Y  
CONTRATOS TEMPORALES**

**Profesor: Dr. ELMER G. ARCE ORTIZ**

**Agosto, 2006**

Primer Cuaderno de Trabajo del  
Departamento Académico de Derecho de la PUCP

“Estabilidad Laboral y Contratos Especiales”

© Elmer Arce Ortiz

© Departamento Académico de Derecho de la  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Av. Universitaria cdra 18 s/n, San Miguel  
Lima 32, Perú

Prohibida la reproducción de esta obra por cualquier medio,  
total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú No. 2006-6531

Impreso en Perú  
Agosto, 2006

# ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS TEMPORALES

## ÍNDICE

1. Estabilidad laboral vs contratos temporales: de la complementariedad a la contradicción
2. Los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo
3. La contratación indefinida como regla constitucional y el derecho al trabajo
4. Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad
  - 4.1. El régimen tasado de modalidades de contratación temporal
  - 4.2. Los contratos estrictamente temporales
    - 4.2.1. Contrato de obra determinada y servicio específico
    - 4.2.2. El contrato por necesidades del mercado
    - 4.2.3. Contrato Ocasional
    - 4.2.4. Contrato de Suplencia
    - 4.2.5. Contrato de Emergencia
  - 4.3. Los contratos temporales desvirtuados
    - 4.3.1. Contrato por inicio o incremento de actividad
    - 4.3.2. Contrato por reconversión empresarial
    - 4.3.3. Contratos de industrias exportadoras de productos no tradicionales y de zonas francas.
  - 4.4. La presunción legal de contratación indefinida como límite al incumplimiento del objeto del contrato sujeto a modalidad
    - 4.4.1. Definición de la presunción y ámbito de actuación
    - 4.4.2. La prueba en contrario
    - 4.4.3. La preferencia sobre el fraude de ley.
  - 4.5. La sanción por no cumplir la duración del contrato temporal: su transformación en indefinido

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

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

4.5.3. Los casos de suspensión.

5. Los límites formales a los contratos sujetos a modalidad

5.1. Invalidez del término temporal del contrato por falta de forma escrita

5.1.1. Ámbito y determinación del requisito de forma escrita

5.1.2. Efecto del incumplimiento

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

6. Límites débiles a la contratación temporal sucesiva o “en cadena”.

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

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

6.3. Supuestos excluidos de la prohibición

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

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

8.1. ¿La simulación o el fraude de ley?

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

9. La contratación temporal en las entidades estatales.

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

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

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

10. Trato igualitario para trabajadores contratados por duración determinada

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

12. Extinción del contrato sujeto a modalidad

# ESTABILIDAD LABORAL Y CONTRATOS TEMPORALES

## 13. Estabilidad laboral vs contratos temporales: de la complementariedad a la contradicción

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

Visto el funcionamiento de cualquier actividad empresarial, la duración de las tareas a cumplir pueden ser o bien temporales o bien permanentes. No existe otra posibilidad que las dos nombradas. De este modo, normalmente las actividades del giro de la empresa asumirán la calificación de “permanentes” para ella, tal como ocurre con la docencia en una universidad o con la conducción de vehículos en una empresa de transporte público, pero tampoco hay que descartar que ciertas actividades accesorias o complementarias al giro empresarial puedan contar con la calificación de permanentes, en la medida que por ejemplo las labores de limpieza o vigilancia de una librería son labores con vocación de estabilidad. De otro lado, lo dicho no implica exclusión alguna de las actividades temporales dentro de una empresa. Dentro del funcionamiento normal de una empresa pueden sobrevenir tareas ocasionales o eventuales sujetas a circunstancias imprevistas que no pueden ser realizadas por los trabajadores ordinarios (por ejemplo, en el sector agrario puede ocurrir que una cosecha sea superior a la prevista todos los años, por lo que se requieren más trabajadores para hacer frente a esta situación) o también puede contratarse a una persona por una obra o servicio determinado (como sucede con el pintor que cambia el color de la fachada de la sucursal de un banco) o, incluso, por un lapso de tiempo, para suplir a la trabajadora que goza de su descanso pre y postnatal<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> Obsérvese, que en este último supuesto la temporalidad no afecta a la labor propiamente dicha, sino solamente al contrato. La oportunidad de suplir a la trabajadora no depende de la eventualidad o temporalidad de la labor, puesto que ello puede darse también en actividades permanentes o estables de la empresa. No obstante su distinto origen, la circunstancias de interinidad cuenta con rasgos que respaldan la contratación a plazo fijo de la trabajadora.

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

La limitación de receso unilateral del empleador en el contrato de duración indefinida hace esta figura más favorable para los intereses del trabajador<sup>2</sup>, convirtiéndose así durante mucho tiempo en núcleo esencial de todo el andamiaje protector del Derecho del Trabajo. Dicho de otra manera, la opción jurídico política del legislador laboral prefirió que en las actividades permanentes se mantenga la unidad de contratación en lugar de la contratación fragmentada o temporal. Este es, precisamente, el esquema defendido por el derecho de estabilidad laboral, en cuyo seno la contratación temporal sólo tendría espacio y lógica en las actividades estrictamente temporales o transitorias de la empresa<sup>3</sup>.

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

- A) La contratación temporal ingresa al campo de las actividades empresariales de carácter permanente y desplaza, por ende, al contrato de trabajo indefinido. Aquí, de lo que se trata es de enunciar lo más genéricamente posible los tradicionales contratos temporales (de obra o servicio específico, por circunstancias extraordinarias o imprevistas, la suplencia, etc.), con el objeto de que estas figuras invadan el ámbito de las actividades permanentes. Cuando el artículo 63 de la Ley de Productividad y Competitividad Empresarial, en tanto TUO del Decreto Legislativo 728, define al contrato de obra o servicio específico sólo exige la presencia de un “objeto previamente establecido y de duración determinada”. No dice nada acerca de su actuación en el ámbito de las actividades temporales o necesidades transitorias de la empresa, lo que permitiría deducir que una actividad estable puede dividirse lícitamente en pequeñas obras con objetos específicos. Lo relevante para la LPCL parece ser la delimitación del objeto y la consiguiente delimitación temporal del contrato, sin reparar en que la naturaleza temporal del contrato de obra proviene en estricto de la naturaleza temporal de la actividad empresarial.
- B) En otros casos, la contratación temporal se reserva a actividades transitorias o estrictamente temporales, pero los controles para la división de los ámbitos son

---

<sup>2</sup> DURAN LOPEZ, Federico, Modalidades de contratación laboral, en AAVV (coordinados por Durán, Montoya y Sala Franco), El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 102.

<sup>3</sup> VIDA SORIA, José, MONEREO PEREZ, José Luis y MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, Manual de Derecho del Trabajo, Granada, Editorial Comares, 2005, pp. 346 y ss. También, GARCIA PIQUERAS, Manuel, Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral, Granada, Comares, 1995, p. 1.

demasiado sutiles. En este contexto, a pesar de que los ámbitos de actuación de los contratos indefinidos y temporales están identificados teóricamente, no sucede lo mismo en el terreno práctico. En la práctica, los contratos temporales invaden las actividades permanentes de las empresas, erosionando la contratación indefinida. Por ejemplo, el establecimiento de presunciones o de instrumentos procesales para desenmascarar un fraude que, como intentaremos probar a lo largo de este trabajo, poco o nada suman a la restitución del contrato de trabajo por tiempo indefinido, convierten en letra muerta aquella extendida idea de la predilección por la contratación indefinida.

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

La LPCL cuenta entre su articulado con varios de estos contratos, cuyo objeto es o bien crear mayores puestos de trabajo o bien incentivar la reorganización de procesos o tecnológica de la empresa. El legislador peruano tiene cuidado, no obstante, de no llamarlos contratos temporales. La etiqueta que utilizará para esconder su origen espurio es el de “contratos sujetos a modalidad”, donde mezclará los estrictamente temporales (obra o servicio específico, por circunstancias extraordinarias o imprevisibles o de suplencia) con éstos desprovistos de toda condición temporal. Ejemplo de lo que se dice, resulta ser el artículo 57 de la LPCL cuando se refiere al “contrato por inicio o incremento de actividad”. Un empleador puede contratar al amparo de esta figura a un trabajador, siempre que inicie una nueva actividad productiva. No importa si la misma es temporal o permanente, sólo interesa que sea una nueva actividad productiva. Sin embargo, el problema no queda ahí, pues el mismo artículo admite que la nueva actividad no supone sólo la creación de una nueva empresa, sino también nuevas actividades productivas o comerciales en empresas ya existentes. En fin, basta que el empresario diga que un trabajador está iniciando una nueva actividad empresarial, para que sea muy difícil probar lo contrario. Por lo demás, el avasallamiento al principio de estabilidad en el empleo, que opera en el terreno de las labores permanentes o estables de la empresa, es evidente.

Para terminar con este punto, sólo resta advertir que estas tres situaciones de conflicto entre estabilidad laboral y contratación temporal son creadas por la propia política legislativa. De ahí que, deba hablarse más bien de una “invención” del conflicto. Es probable que esta cuestión debiera quedar aparcada en este momento tras admitir la libre discrecionalidad del legislador laboral, sin embargo, no es así. No es así, porque hace falta analizar el andamiaje de la contratación temporal desde una perspectiva social y constitucional. Me parece que el legislador peruano traiciona el pacto social y constitucional de reservar a la contratación indefinida las actividades permanentes de

la empresa, incentivando abiertamente en éstas la contratación temporal<sup>4</sup>. Es cierto que la presunción del artículo 4 de la LPCL reconoce tímidamente la predilección por la contratación indefinida<sup>5</sup>, pero también es cierto que los instrumentos, a menudo muy sutiles, utilizados para desmontar el principio de estabilidad en la contratación han causado grandes estragos en él<sup>6</sup>.

#### 14. Los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo

De lo dicho, se deduce que el término “contratación temporal” tiene por lo menos dos significados, por lo que habrá de diferenciarlos a fin de evitar equívocas interpretaciones. Por *contratación estrictamente temporal* entendemos los contratos temporales que operan en las actividades temporales o en las necesidades transitorias de las empresas, vale decir por ejemplo contrato de obra o servicio específico. De otro lado, por *contratación temporal desvirtuada* entendemos los contratos temporales que actúan, por acción del legislador, en actividades permanentes o estables de las empresas, tal como ocurre paradigmáticamente con el contrato por inicio o incremento de actividad o con el de reconversión empresarial. Nótese, en los primeros la naturaleza temporal proviene de la propia tarea o actividad, mientras en los segundos la temporalidad recae en el contrato por decisión del legislador.

No es la intención de este trabajo debatir las causas de la llamada *contratación desvirtuada*, puesto que la causa de la *contratación estrictamente temporal* siempre será la necesidad empresarial de actividades a plazo fijo. Sin embargo, antes de abordar los efectos de la contratación temporal en el mercado de trabajo, es preciso atender al hecho de que las causas de la *contratación laboral desvirtuada* han sido muchas y de muy variado corte. Se ha buscado reducir el desempleo con la creación de más puestos de trabajo, propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades rurales de baja productividad hacia otras actividades de mayor productividad (artículo 1.b de la LPCL), incentivar la introducción de nueva tecnología en las empresas (artículo 2 LPCL) e incluso se ha buscado reducir la informalidad contractual ofreciendo a los empresarios tipos contractuales menos gravosos que el contrato por tiempo indeterminado. Lo cierto es que ninguno de estos bondadosos objetivos ha sido alcanzado en el Perú, porque la legislación laboral es sólo una parte de la política pública de empleo. Desde nuestro punto de vista, junto a la decisión de ampliar el terreno de acción de la contratación temporal eran necesarias otras

---

<sup>4</sup> No es poca cosa recordar que, incluso, el propio legislador no contento con otorgar facilidades para que el empresario contrate mano de obra temporal de forma directa, dio carta libre al funcionamiento de las llamadas “Empresas de Servicios Temporales”. Esto es, creó empresas especializadas en brindar servicios temporales, ya en actividades permanentes ya en actividades estrictamente temporales. La Ley de Fomento del Empleo, de 1991, permitió la actuación de las empresas de servicios temporales en todas las modalidades de contratación a plazo fijo que ofrecía (incluyendo el contrato por inicio o incremento de actividad y el de por reconversión empresarial). Asimismo, admite que por esta vía se pueda contratar hasta la mitad de trabajadores de la empresa.

Tras este incentivo de la contratación temporal por vía indirecta, se puede advertir la verdadera intensidad de esta reforma legislativa. Actualmente, y afortunadamente, las cosas han cambiado. Desde la entrada en vigencia de la Ley 27626, publicada el 9 de enero de 2002, los supuestos de temporalidad habilitantes para que una empresa usuaria pueda celebrar contratos con una empresa de servicios temporales, corresponden únicamente a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia. De esta forma desde el 2002, la contratación temporal indirecta se restringe a labores estrictamente transitorias u ocasionales de las empresas.

<sup>5</sup> Señala el artículo 4 de la LPCL: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

<sup>6</sup> Con razón se ha dicho que “la legislación nacional presenta una apuesta abierta y flexible para la contratación temporal, siendo citado por la doctrina como uno de los países latinoamericanos que mayores estímulos contiene para la contratación temporal (Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2005, pp. 107-108).



acciones estatales de tipo económico y político (por ejemplo, beneficios tributarios por la creación de nuevos empleos, búsqueda de nuevos mercados en el exterior, importación de maquinaria de última generación a bajo costo, etc.)<sup>7</sup>.

Es cierto que entre todas las causas, mención aparte merece la necesidad de flexibilidad en la gestión empresarial para poderse adecuar de mejor manera a las fluctuación de la oferta y la demanda en el mercado. Aquí, la cuestión estriba en determinar qué tipo de flexibilidad se requiere para que las empresas se adapten mejor al mercado sin asumir grandes perjuicios económicos. A pesar de que las empresas requieren en mayor medida de reconversiones en sus procesos y en su maquinaria tecnológica (flexibilidad cualitativa) como instrumentos más eficaces para enfrentar los actuales niveles de competencia, la legislación ofreció básicamente facilidades para la adecuación numérica de los trabajadores (flexibilidad cuantitativa) a las necesidades de la empresa. El error de comprensión del tipo de flexibilidad requerida acarreó un sobredimensionamiento del poder de dirección empresarial a efectos de contratar y expulsar arbitrariamente la mano de obra a su cargo<sup>8</sup>.

Ahora bien, al margen del éxito o fracaso de los objetivos perseguidos por la contratación temporal en las actividades permanentes de las empresas, los efectos de aquélla sobre el mercado de trabajo se traducen principalmente en una marcada segmentación de la clase trabajadora. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad, para utilizar la expresión de la ley peruana que mezcla los contratos estrictamente temporales y los contratos temporales desvirtuados, han venido a crear distintos niveles de protección respecto de los contratos indefinidos. Es cierto, que un trabajador contratado a plazo fijo puede tener una remuneración superior a la de un trabajador a plazo indeterminado, pues todo dependerá de las características concretas de la prestación de servicios. Sin embargo, lo más frecuente es que por su propia situación de desempleo, el trabajador acepte condiciones inferiores a las que le corresponden. Aún más, los beneficios de carácter económico acumulables por el transcurso del tiempo difícilmente serán percibidos por prestaciones de servicios de tiempo limitado, por cuanto en teoría cada contrato representa un vínculo jurídico distinto<sup>9</sup>.

De otra parte, no se puede admitir que todos los efectos de la contratación temporal recaigan en una supuesta precariedad económica. Me parece que la precariedad también alcanza al puesto de trabajo<sup>10</sup>. La excesiva temporalidad conlleva una dinámica de rotación de mano de obra que pone en riesgo, a menudo, la integridad o

---

<sup>7</sup> GARCIA PIQUERAS, Manuel, Las modalidades de contrato de trabajo en la reforma laboral, Granada, Comares, 1995, pp. 198-199.

<sup>8</sup> Respecto al caso español, se ha dicho “ En España, las indicaciones de la OCDE han sido traducidas por la adopción prevalente de medidas de flexibilidad cuantitativa, y por consiguiente residenciadas en la reducción de los costes laborales y en el ajuste de las plantillas. Es la estrategia que puede ser individualizada como de búsqueda de la flexibilidad y competitividad a través del tratamiento de los costes de los recursos humanos. De este modo, se dice, las instituciones reguladoras del mercado de trabajo han contribuido a gestar el elevado índice de desempleo y al mismo tiempo han recaído negativamente en el grado de competitividad de la economía española” (MONEREO PEREZ, José Luis, Introducción al nuevo derecho del trabajo, Valencia, Tirant lo blanch, 1996, p. 110).

<sup>9</sup> Se ha acusado, en nuestro medio, a la reforma en materia de contratación laboral como la principal causa de precarización de las relaciones laborales. En este sentido, CAMPANA, David y PRELLE, Herbert, La reforma formativa de la contratación temporal durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización?, en AAVV, Estudios sobre la Flexibilidad en el Perú, Lima, Organización Internacional del Trabajo, 2000, pp. 66- 67.

<sup>10</sup> Sobre el particular, RIVERO LAMAS, Juan, Técnicas modernas de garantía del empleo, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, nº 33, 1988, p. 48.

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<sup>11</sup>.

A estos efectos, hay que sumar también lo complejo que es el efectivo goce de los derechos fundamentales para los trabajadores temporales<sup>12</sup>. Sobre todo en lo que toca a los llamados derechos colectivos. La inestabilidad en el empleo produce efectos devastadores sobre la acción sindical a corto y a largo plazo. Como se ha dicho, “la temporalidad dreña la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita al sindicato o, vista la cuestión desde otro ángulo, fortalece el control empresarial no sólo en la concreta organización productiva, sino además en el más amplio espacio de las relaciones sociales de poder”<sup>13</sup>. Además, la amplia gama de contratos temporales genera una pluralidad de intereses dentro de la misma clase trabajadora que impide la representación unitaria desde el órgano sindical. Ocurre, pues, que la pérdida de identidad colectiva dificulta la articulación de una representación colectiva al interior de la empresa realmente eficiente.

Estos son, entre otros, los efectos jurídicos de la temporalidad que cada día empujan más hacia la precariedad y la fragmentación de la clase trabajadora, convirtiéndose por ende en un fuerte obstáculo a la concreción de los fines protectores e integradores que guarda en su seno la función histórica del Derecho del Trabajo<sup>14</sup>.

### **15. La contratación indefinida como regla constitucional y el derecho al trabajo**

Como se sabe, el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que “el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”. No obstante la parquedad del texto constitucional, el contenido del derecho fundamental llamado “derecho al trabajo” habrá de deducirlo de los tratados y acuerdos internacionales que el Perú ha ratificado en materia de derechos humanos. Por lo demás, esta vía indirecta de interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución encuentra su fundamento en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución vigente. En este sentido, habrá de remitirse obligatoriamente al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”.

El artículo 7 del mencionado Protocolo precisa que el derecho al trabajo, luego de haber sido enunciado en el artículo precedente, “supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones, de manera particular: (...) d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas justas de separación (...)”. Es decir, el derecho al trabajo se convierte en base del principio de causalidad, tanto al momento de iniciar la relación laboral (contratación) como al de su extinción (despido). Principio de

---

<sup>11</sup> Resalta la escasa cualificación y experiencia de los trabajadores temporales, PRADOS DE REYES, Francisco Javier, en *Temas Laborales*, n° 38, 1996, p. 7.

<sup>12</sup> BAYLOS GRAU, Antonio, *Las modalidades de contratación y reforma del mercado*, En, AAVV (coordinados por Monereo Pérez), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral*, Granada, Editorial Monográfica, 1996, p. 252.

<sup>13</sup> Cfr. CASAS BAAMONDE, María Emilia, y VALDES DAL-RE, Fernando, *Diversidad y precariedad de la contratación laboral en España*, en *Relaciones Laborales*, n° 7/8, 1989, p. 78.

<sup>14</sup> Sobre la función del derecho del trabajo en el ordenamiento jurídico general, Vid., ampliamente, MONEREO PEREZ, José Luis, *Introducción al nuevo derecho del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 16 y ss.

causalidad que opera como límite a la eventual arbitrariedad del empresario. En suma, el respeto a la estabilidad laboral, como regla general, exige que el empleador pueda utilizar la contratación temporal sólo cuando así lo faculte el legislador.

Además, profundizando en el concepto del artículo 7.d del Protocolo de San Salvador, sugiere que las causas de contratación temporal deben adecuarse a “las características de las industrias y profesiones”. Dicho de otro modo, las causales de excepción a la contratación por tiempo indeterminado deben adecuarse a las necesidades empresariales de tipo temporal o transitorio. Y creo que esto es así, porque cuando se refiere a “características de las industrias y profesiones”, se está refiriendo a la propia actividad empresarial y de ninguna manera al contrato de trabajo. Reténgase, desde la lógica del derecho al trabajo las actividades estables o permanentes de las empresas deben realizarse con trabajadores contratados a plazo indeterminado; en cambio, los contratos temporales deben quedar confinados a las actividades temporales o necesidades transitorias empresariales.

Por lo demás, esta regla constitucional que defiende el principio de causalidad como límite a la contratación temporal no es nueva, por cuanto ya ha sido enunciado en alguna oportunidad por el Tribunal Constitucional peruano. Ha señalado, aunque sin citar el derecho al trabajo, que en el régimen laboral peruano “hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional y procede únicamente cuando el objeto del contrato sea el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar. Como resultado de ese carácter excepcional, la ley establece formalidades, requisitos, condiciones y plazos especiales para este tipo de contratos, e incluso sanciones cuando a través de éstos, utilizando la simulación o fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado” (Sentencia de Tribunal Constitucional peruano, de 19 de Diciembre de 2003, en la acción de amparo seguida contra PRONAA-ICA - Expediente N° 1874-2002-AA-TC-).

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

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

## **16. Límites sustantivos a los contratos sujetos a modalidad**

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

### **16.1. El régimen tasado de modalidades de contratación temporal**

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

Me parece que esta aparente libertad debe interpretarse de modo restrictivo, pues de lo contrario se quebraría el principio de preferencia de la contratación indefinida que encuentra respaldo en el artículo 22 de la Constitución. Más todavía, basta leer el propio artículo 4 LPCL para descubrir la *ratio legis* del precepto, sobre todo cuando señala que se podrá celebrar un contrato sujeto a modalidad “en los casos y con los requisitos que la ley establece”. Es decir, sólo en los casos que el legislador faculta expresamente al empresario, éste podrá contratar trabajadores con contratos a plazo fijo. Sin ninguna duda, se introduce el principio de legalidad en la contratación temporal. Lo que impide a cualquier empresario, en consecuencia, la suscripción de contratos temporales sin fundamento legal<sup>15</sup>.

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

---

<sup>15</sup> La doctrina laboralista española, refiriéndose a su ordenamiento legal, llega a la misma conclusión: “advirtiéndose que el pacto individual es insuficiente para sobre su exclusiva base proclamar la temporalidad, lo que no quiere decir que no sea imprescindible para acotar la duración contractual cuando concurre la causa prevista por el legislador. En otros términos, pese a que la duración de los contratos no puede ser libremente fijada por las partes, lo cierto es que ésta tampoco se impone legalmente si no en la medida en que los contratantes decidan o no buscar amparo en los motivos de temporalidad legalmente autorizados” (Vid. PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, el uso irregular de la contratación temporal en el trabajo, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2004, p. 260).

del contrato sujeto a modalidad. El hecho que sugiera que podrá contratarse “por una duración adecuada al servicio que debe prestarse”, es incompatible con la técnica que usa para los otros contratos sujetos a modalidad donde siempre exige una fecha de término cierta.

Por consiguiente, el artículo 82 no debe interpretarse desde la ilógica posición del listado enumerativo ejemplificativo. Al contrario, parece ser más bien una suerte de remisión a las contrataciones temporales de los llamados regímenes especiales laborales. Antes de que el listado taxativo se cierre en las modalidades contractuales de la LPCL, ésta prefiere dejar un espacio abierto para que otra norma con rango de Ley pueda regular otros contratos a plazo determinado. No obstante, impone dos condiciones: la temporalidad de la labor y una duración adecuada a esa necesidad transitoria de la empresa<sup>16</sup>. A pesar de la actitud precavida del legislador, estimamos que la remisión era innecesaria, en la medida que una ley especial siempre podrá regular una situación excepcional cuando así lo requiera la naturaleza de las cosas (artículo 103 Const.).

Finalmente, cabe agregar que una consecuencia más del régimen tasado de modalidades de contratación temporal es que de no existir prescripción legal que admita expresamente un tipo legal de contrato sujeto a modalidad, se entenderá que opera la contratación indefinida como regla general. Así, se trate de actividades temporales o de necesidades transitorias de una empresa, el legislador debe facultar la contratación temporal para ese caso en especial<sup>17</sup>. En suma, la contratación temporal nunca se presume.

## **16.2. Los contratos estrictamente temporales**

O lo que es lo mismo, contratos para necesidades transitorias de la empresa. Son los contratos cuya duración tradicionalmente se ha anudado a una causa con parámetros temporales definidos. En todas las modalidades de contratación temporal que vamos a revisar en este punto se descubre un “hilo conductor común”: todas se refieren a actividades transitorias o provisionales o no estables de la empresa. Con lo cual, se entendería a *contrario sensu* que para las labores permanentes opera la regla de la contratación indefinida. No obstante, esta conclusión requiere un matiz fundamental, por cuanto los tipos contractuales de carácter estrictamente temporal han sido concebidos de manera bastante amplia hasta penetrar, incluso, en el terreno de las actividades permanentes de las empresas. Es decir, se ha producido una irradiación del poder de estos contratos tradicionalmente encorsetados en lo transitorio o

---

<sup>16</sup> Esta doble condición ha sido cumplida, por ejemplo, por la Ley 26566 que regula la relación de los futbolistas profesionales con sus clubes deportivos. El artículo 4 de la misma, basada en la temporalidad de la labor deportiva, ha señalado que el contrato será siempre de naturaleza determinada. De esta forma, la legislación especial concreta lo que aparentemente en el artículo 82 queda poco claro.

Otro ejemplo son los artistas, cuya labor también se ve influida por grandes dosis de temporalidad. Al tiempo que la Ley 28131, Ley del artista intérprete y ejecutante, señala que debe suscribirse por escrito el contrato del artista “cualquiera sea la duración del servicio” (artículo 40), el artículo 13 del Decreto Supremo 058-2004-PCM, que reglamenta la Ley mencionada, admite que el empleador que contrata un artista lo puede hacer libremente o por tiempo indeterminado o por tiempo determinado. Es decir, en este régimen laboral especial la contratación temporal, dependiente de las actividades artísticas a desarrollarse, se ubica al mismo nivel que la contratación por tiempo indefinido, pudiendo el empleador escoger entre una u otra. Obsérvese, la contratación temporal no es excepcional, extraordinaria o residual con respecto a la contratación por tiempo indeterminado, como sucede en el régimen general, sino tiene un margen de actuación mucho mayor.

<sup>17</sup> Este efecto también se ha detectado en la normativa laboral española. Sobre el particular, Vid. CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La contratación laboral temporal, Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición, 1998, pp. 17 y 18.

provisional, que les ha permitido “saltar las fronteras” hasta llegar al terreno de “lo permanente”. Sin duda, he aquí uno de los ejemplos de la desnaturalización de la contratación temporal y su enfrentamiento evidente con el contrato de trabajo por tiempo indefinido.

Analicemos cada una de estas modalidades a las que se refiere la LPCL desde dos consideraciones: el objeto del contrato y su duración.

#### **4.2.1. Contrato de obra determinada y servicio específico**

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

La generalidad de la disposición legal puede llevar a lecturas de gran tendencia expansiva, que bien pueden poner en cuestión el principio de preferencia de la contratación por tiempo indefinido en el marco de labores habituales o permanentes de las empresas<sup>18</sup>. En primer lugar, no se indica el ámbito de operatividad del contrato de obra determinada y/o servicio específico. O bien pueden ser las actividades o necesidades empresariales transitorias (léase, extraordinarias) o bien pueden ser las actividades permanentes (léase, ordinarias). Me parece que en el primer caso no existe mayor problema, pues las labores transitorias son precisamente terreno abonado para el contrato de obra o servicio. No obstante, el segundo sí plantea varios problemas, en la medida que se podría fragmentar en “obras determinadas” las labores permanentes de una empresa. Cada tornillo que se haga, cada departamento de un edificio, cada pedido, cada curso escolar corre el riesgo de ser considerado una “obra determinada o servicio específico”. Y ello implicaría desaparecer virtualmente la contratación indefinida<sup>19</sup>.

En segundo lugar, otro elemento que aumenta el riesgo es la inexistencia de un criterio que delimite lo que se entiende por “obra determinada o servicio específico”. El artículo 63 sólo requiere que el “objeto sea previamente establecido”, es decir, no se especifica que la obra o el servicio deban tener suficiente entidad para la suscripción de un contrato<sup>20</sup>. Cualquier cosa se podría, en principio, tomar como objeto de un contrato

---

<sup>18</sup> Esta situación, a mi juicio, es la que ha permitido que el contrato de obra determinada y servicio específico sea una de las modalidades de contratación temporal con mayor aceptación en el mundo empresarial. En el 2005, la media de estos tipos de contratos que fueron notificados a la Autoridad de Trabajo superaba los 90,000 por trimestre (Fuente: Estadísticas Ministerio de trabajo y promoción del Empleo de Perú).

<sup>19</sup> El tema de los contratos de obra en labores o actividades permanentes de la empresa es ciertamente criticable, puesto que siempre se dejará la opción en manos del empleador. Y el empleador optará por lo que más le conviene, esto es, por la contratación de trabajadores a plazo fijo. En esta línea, estamos en desacuerdo cuando se señala “si va a producir obras en cadena y posee una alta certeza de que va a tener trabajos a lo largo de los años, lo normal será poseer una suficiente plantilla de trabajadores fijos. Pero, si no tiene tal certeza, o si sólo pretende llevar a cabo de modo esporádico alguna obra, no se cargará de trabajadores fijos, sino que contratará trabajadores ad hoc cada vez que decida llevar a cabo una obra” (GARCIA NINET, José Ignacio y VICENTE PALACIO, Arántzazu, Contrato temporal para obra o servicio determinado: nueva legislación y jurisprudencia, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, pp. 40 y 41). Repárese, que la supuesta “certeza del empresario”, siempre será subjetiva.

<sup>20</sup> En algunos ordenamientos, como el español, se exige que la obra materia del contrato tenga “autonomía y sustantividad propia”. Para un análisis de estos requisitos legales en la legislación española, Vid. OLARTE ENCABO, Sofía, Granada, Comares, 2000, pp. 2001 y ss.

de obra. Incluso, bastará que el contrato detalle fases puntuales de una obra mayor, para que el contrato se renueve sucesivamente. Como se comprenderá, la actuación de estas características poco claras en actividades permanentes de las empresas, ponen en entredicho la preferencia de la contratación indefinida<sup>21</sup>.

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

Esta conclusión ayudaría también a descartar la contratación de trabajadores por medio de un contrato de obra determinada o servicio específico en los casos de subcontratación entre empresas. Por ejemplo, si una empresa de servicios complementarios, dedicada a la limpieza o a la prestación de servicios de vigilancia, se compromete con una empresa usuaria al cumplimiento de estos servicios específicos, no podrá utilizarse el contrato del artículo 63 LPCL para contratar a los trabajadores destacados. La razón no estriba en la especificidad del servicio, pues sí es específico, sino en que tanto la limpieza como la vigilancia son actividades permanentes de la empresa usuaria. Se puede decir en descargo de esta imputación que, visto el problema desde la empresa de servicios complementarios, ésta se compromete a brindar el servicio de limpieza o vigilancia solo por tiempo definido<sup>22</sup>. El problema de esta última postura permisiva es que el contrato mercantil firmado entre empresas será el llamado a gobernar el final de la relación laboral que une a la empresa de servicios complementarios con sus trabajadores. El riesgo estriba en que la voluntad de las empresas se puede transformar en una causal de contratación temporal que no tiene respaldo normativo en la LPCL. Bastará que ambas empresas se pongan de acuerdo para resolver el contrato mercantil, para que los contratos laborales también deban seguir la misma suerte, sin que ello comporte la configuración de un despido<sup>23</sup>. O bastará que el contrato mercantil llegue a su fin en el término pactado para que el trabajador pierda todo derecho a ser recontratado, así la empresa de servicios suscriba un nuevo contrato con la empresa usuaria<sup>24</sup>. Me parece que esta postura no sólo viola flagrantemente el derecho al trabajo, sino que desconoce el régimen de contratación tasada que contiene nuestro ordenamiento<sup>25</sup>. En el marco legal peruano,

---

<sup>21</sup> En términos de tendencia, parece claro que el sector servicios es el que mejor se presta a estas distorsiones. Por ejemplo, en una empresa dedicada a la organización de jornadas de discusión o convenciones, podría contratar permanentemente bajo contratos de obra determinada a sus trabajadores. Claro, cada jornada o convención es una obra determinada. Igualmente, en el campo de la telefonía, cada oferta o sistemas de productos telefónicos que normalmente se lanzarán al mercado por temporadas fijas, pueden constituir obras determinadas.

<sup>22</sup> Dicho en términos del profesor CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *La contratación temporal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 44., “el carácter no permanente de las tareas debe contemplarse, como es natural, no desde la perspectiva de la empresa principal, sino desde la perspectiva de la empresa auxiliar, que es la que, como empleadora, contrata a los trabajadores temporales”.

<sup>23</sup> Queda claro que no siempre la extinción del contrato mercantil encubrirá actuaciones fraudulentas, pero en estos casos será muy difícil, casi imposible, discernir entre una extinción basada en causas objetivas o una extinción caprichosa.

<sup>24</sup> Este sería el supuesto en el que con más fuerza opera el poder extintivo de la voluntad de las empresas contratantes sobre el contrato de trabajo. Nuevamente, probar el fraude o el abuso del derecho por parte del empresario de la empresa de servicios será muy difícil, pues en principio su actuación se fundamentaría en su libertad contractual.

<sup>25</sup> En España, también se ha planteado el mismo problema, aunque la jurisprudencia ha sido bastante dubitativa al respecto. Sin embargo, se ha sostenido que en la actualidad “un respeto sustancial al principio de causalidad en la contratación temporal, y no mera atención a los elementos formales o externos, debería conducir a exigir una relación de conexión entre la continuidad o no de la actividad que

no puede aceptarse la contratación temporal basada en la libre voluntad de sujetos privados.

Finalmente, un comentario sobre la duración del contrato de obra determinada o servicio específico. Si bien, como señala el artículo 63 de la LPCL, la duración de la ejecución de toda obra o servicio es incierto, no lo es así el contrato suscrito. Es incierta la duración pero no el final mismo de la tarea que desata el compromiso contractual. Razón por la cual, el contrato de trabajo de obra se extinguirá cuando se termine con la obra determinada o el servicio específico. En otras palabras, estaríamos frente a un término resolutorio y no ante una condición resolutoria. En doctrina, el “término” supone la determinación de una fecha concreta del contrato o también la fijación de una fecha cierta pero desconocida con exactitud; mientras la “condición” está sujeta a una fecha incierta que incluso no se sabe si tal día llegará<sup>26</sup>.

Esta solución tiene sentido, puesto que el objeto de la obra o servicio ha sido determinado antes de iniciar la actividad laboral. Ahora bien, ello no implica que las partes puedan pactar un término resolutorio con fecha concreta y exacta, lo que sin duda podrá tener un papel referencial, sin embargo, la fecha relevante para la extinción del contrato siempre será la culminación de la obra o del servicio<sup>27</sup>. Por esta razón, la determinación de la obra o del servicio en el contrato debe ser rigurosa y clara<sup>28</sup>.

#### **4.2.2. El contrato por necesidades del mercado**

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

---

descentraliza la empresa principal, sin darle relevancia a la duración del pacto de colaboración entre ambas empresas. De lo contrario, en estos casos de segmentación, quedaría a la simple voluntad de las propias empresas la salvaguarda de la estabilidad en el empleo de estos asalariados...” (CRUZ VILLALÓN, Jesús, Outsourcing y relaciones laborales, en AAVV, Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2000, p. 278). La propuesta de este autor consiste en regular el tema, al menos en sus parámetros principales, desde la legislación estatal.

<sup>26</sup> Sobre el particular, SANTIAGO REDONDO, Koldo, La extinción consensual de la relación laboral, Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 140.

<sup>27</sup> Por lo demás, es la opción del propio Reglamento de la LPCL (DS 001-96-TR) que dice: “En los contratos para obra o servicios previstos en el artículo 63 de la Ley, deberá señalarse expresamente su objeto, sin perjuicio que las partes convengan la duración del respectivo contrato, que sólo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato” (artículo 79).

<sup>28</sup> Se ha dicho con razón que “el trabajador es contratado de conformidad con esta modalidad de contrato por obra o servicio determinado, y va a quedar bajo la aplicación de la normativa que estamos analizando, porque su actividad se inserta dentro de ese proceso empresarial tendiente a lograr o concluir obras o servicio previamente determinado, y no otra obra u otras obras” (GARCIA NINET, J y VICENTE PALACIO, A, El contrato para obra y servicio determinado, en AA.VV., La contratación temporal, dirigidos y coordinados por los autores, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, p. 61).



temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional”.

En principio, éste es otro de los contratos temporales que se han utilizado mucho en necesidades transitorias de las empresas. Al igual que el concepto tradicional del contrato de obra o servicio determinados, el contrato por necesidades del mercado opera sólo en actividades no permanentes o no estables de la empresa. Es cierto que, como dice el artículo 58 LPCL, puede actuar en tareas “ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa”, sin embargo su excepcionalidad reside en que la necesidad del incremento productivo es sólo transitoria. Tanto es así, que la variación de la demanda en el mercado no puede ser satisfecha con el personal contratado a tiempo indefinido. En consecuencia, la utilización de ese contrato procede en actividades extraordinarias, transitorias o eventuales de las empresas, aunque éstas tengan que ver con tareas relacionadas al giro empresarial<sup>29</sup>. Por ejemplo, una empresa dedicada a la distribución de alimentos a ciertas cadenas comerciales se da cuenta que la demanda de estos productos aumenta, por lo que podrá recurrir al contrato por necesidades del mercado con el fin de reforzar momentáneamente su personal<sup>30</sup>.

Visto así, el objeto del contrato por necesidades del mercado responde a una lógica coyuntural o de transitoriedad. Sin embargo, hay que reparar que sus confines son bastante indeterminados, por lo que una interpretación amplia puede incentivar su utilización en actividades permanentes de las empresas. Y ello, nuevamente, supondrá un riesgo a la contratación indefinida. Los problemas pueden surgir por distintas razones: ¿quién determina cuándo existen necesidades coyunturales del mercado? ¿el empleador?, ¿y si la empresa no se abastece con su propio personal por circunstancias relacionadas a decisiones equivocadas del empleador? ¿es fácil detectar ello?, ¿cómo saber si un incremento coyuntural de la producción afecta un establecimiento, una sección o un simple puesto de trabajo?, ¿es necesario que las circunstancias que afectan al mercado se produzcan o se pueden prever?, etc. Como se ve, no es fácil definir la silueta del artículo 58<sup>31</sup>.

No obstante, el legislador peruano ha hecho ciertos esfuerzos de delimitación que vale la pena analizar. En primer lugar, se menciona que los incrementos de la producción han de ser coyunturales. Más que a incrementos de la producción habrá que referirse a “incrementos de la actividad empresarial”, sino se quiere excluir del concepto sobre todo a empresas del sector servicios. Pero, lo más relevante es que el incremento debe ser coyuntural o, dicho de otra forma, extraordinario. De ello se puede deducir que quedan excluidos los incrementos de actividad que responden a necesidades estructurales de la empresa<sup>32</sup>. Además, el contrato por necesidades del mercado estaría prohibido para la empresas que inician sus actividades, pues no tendrían un referente de comparación entre lo “coyuntural” y lo que no es.

---

<sup>29</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *La contratación laboral temporal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 19.

<sup>30</sup> Repárese, la temporalidad no viene determinada por la naturaleza del trabajo a desarrollar (criterio cualitativo), sino más bien por el carácter transitorio con el que se precisa de él (criterio cuantitativo)...” (SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, *Los contratos sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo*, en *Asesoría Laboral*, octubre 1993, p. 24.

<sup>31</sup> Con razón se ha dicho que “merece la pena destacar también en este punto la dificultad que entraña fijar el adecuado término de comparación para percibir el incremento propio de la eventualidad o, dicho de otro modo, con relación a qué se considera que existe un incremento ocasional de la actividad productiva” (PEREZ REY, Joaquín, *La transformación de la contratación temporal en indefinida*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 314).

<sup>32</sup> Hace hincapié en la naturaleza excepcional o esporádica de estos incrementos de la actividad empresarial, SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *Los contratos temporales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 122.

En segundo lugar, estos incrementos de la actividad empresarial deben ser imprevisibles. A ello se refiere el último párrafo del artículo 58. Si los incrementos no son imprevisibles quiere decir que son cíclicos o estacionales o que se repiten por temporadas, lo que no puede ocurrir a riesgo de reconducir por la vía de las necesidades del mercado a labores fijas pero discontinuas<sup>33</sup>. Estas últimas, a diferencia de lo que ocurre con las primeras, son labores fijas o permanentes sólo que su realización no puede ocurrir de modo continuado. La propia naturaleza de estas labores impide que se puedan llevar a cabo durante todas las jornadas del año, por lo que se les aplicará el régimen jurídico del contrato de temporada (artículo 67 y siguientes de la LPCL). Ejemplo típico de lo que se dice, se encuentra en el sector de la hostelería en playas. Es obvio que la concurrencia de clientes a las playas se producirá en los meses de verano y, probablemente, de primavera, con lo cual un hotel ubicado en la playa podría funcionar seis meses al año y dejar de hacerlo los otros seis meses. Pues bien, en estos casos, la naturaleza de la actividad empresarial permite que la labor sea previsiblemente fija durante ciertos meses, aunque luego le sigan otros meses de inactividad. La diferencia con el contrato por necesidades del mercado radica en lo previsible del hecho y en que en las labores fijas discontinuas no estamos hablando de “incrementos de actividad”, sino más bien de “reinicio de actividad”<sup>34</sup>.

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

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

---

<sup>33</sup> Aunque el último párrafo del artículo 58 LPCL parece referirse sólo a las labores previsibles y que guardan cierto carácter cíclico o de temporada, estimamos que la exclusión también alcanza a labores previsibles que ocurren no de modo regular (en ciertas temporadas), sino de forma irregular. Por ejemplo, los servicios de estiba y desestiba en un puerto suponen momentos de actividad seguidos de momentos de inactividad, dependiente de la fluidez con que llegan o zarpan los barcos. En otras palabras, nos referimos al llamado contrato intermitente (artículo 64 y siguientes LPCL).

<sup>34</sup> Esta diferencia debe tenerse muy en cuenta ya que muchas veces el empleador intentará revestir una labor fija discontinua bajo la forma de contratos por necesidades del mercado. Al empleador le conviene este último, en la medida que la falta de llamamiento al trabajador para la temporada siguiente, luego que fuera contratado en dos oportunidades sucesivas o tres alternadas, en el contrato de temporada constituye una extinción unilateral del vínculo (despido arbitrario) que le obligará al pago de una indemnización (artículo 69 LPCL). En el mismo sentido, BALLESTER PASTOR, Inmaculada, El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, p. 153.

demanda habrá que medirlas en función del tamaño de la empresa. No es lo mismo un incremento de la demanda relativamente pequeño en el mercado para una empresa de 1000 trabajadores que para otra de 10.

De otra parte, y esto es vital, los incrementos extraordinarios de la actividad de la empresa deben encontrar su causa en el mercado y no en circunstancias internas o imputables a su organización. Este requisito excluye, claramente, a las necesidades de ampliar transitoriamente el número de trabajadores que tienen su origen en vacaciones o jubilación del personal<sup>35</sup>. Tampoco se amparan los errores organizacionales o de gestión que cometa el empresario y que puedan requerir de más trabajadores para subsanar el déficit de la planilla. Si el empleador se olvidó de un pedido formulado por un cliente desde hace unos meses, o prefirió darle preferencia a otros clientes, y se acerca el día del cumplimiento, no se puede alegar la contratación por necesidades del mercado para solucionar el inconveniente. Deberá contratar a un trabajador por tiempo indeterminado<sup>36</sup>.

A pesar de las previsiones legales, lo cierto es que la actuación de la subjetividad empresarial en la evaluación de qué pueden hacer sus trabajadores existentes y a partir de cuándo se puede hablar de tareas que no pueden ser satisfechos por ellos, sigue siendo casi determinante. Salvo casos muy evidentes de motivaciones fraudulentas, los contratos por necesidades del mercado pueden penetrar con fuerza en las actividades permanentes de las empresas. Ello, y hay que decirlo nuevamente, pone en entredicho la preferencia de la contratación indefinida en las labores estables o permanentes. Quizá, por ello, el propio legislador laboral peruano haya dispuesto que el contrato por necesidades del mercado debe especificar la causa objetiva que justifique la contratación temporal (artículo 58 LPCL), en cuyo caso debe entenderse que no bastará citar la definición de esta figura, sino que habrá de insertar en el documento los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante<sup>37</sup>. Por lo demás, esta obligación reconoce implícitamente que la causal debe ser cierta y actual, no pudiendo ser incierta y futura.

Por último, un comentario adicional al plazo de duración. Se permite que la renovación de estos contratos alcance el límite de 5 años. Obviamente, este es un exceso legislativo, pues dista mucho de una necesidad transitoria, coyuntural o extraordinaria. Queda claro que un contrato por necesidades del mercado va a tener siempre un término resolutorio inferior a los 5 años (fecha cierta de finalización del contrato), sin embargo no es lógico que la transitoriedad se prolongue por tal lapso de tiempo. Sin duda, este es un mecanismo burdo para promover la contratación temporal en desmedro de la contratación a tiempo indefinido<sup>38</sup>. Más aún, si se tiene en cuenta que el contrato por necesidades del mercado opera en el terreno de las labores del giro de la actividad empresarial.

---

<sup>35</sup> PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, el uso irregular de la temporalidad en el trabajo, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 311.

<sup>36</sup> Igualmente, el empleador cuenta con otros instrumentos legales para hacer frente a estas circunstancias. Bien podría racionalizar el tiempo de trabajo de los trabajadores existentes en su empresa, aplicando cambio de funciones temporales sin afectar la remuneración ni la categoría, o bien podría recurrir a las horas extras.

<sup>37</sup> Acerca de la importancia de la identificación precisa de la causa en el contrato, LAHERA FORTEZA, Jesús, Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, La Ley, 2001, pp. 55-56.

<sup>38</sup> En España, el contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, que sería el equivalente en nuestra legislación al de necesidades del mercado, tiene un límite temporal de sólo seis meses (artículo 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores).

A diferencia del contrato de obra, dada la dificultad de predeterminar o estimar cumplido el objeto del contrato (es decir, el final de la necesidad transitoria que genera la variación de la demanda en el mercado), debe protegerse el término resolutorio (fecha concreta o plazo estipulado) que viene incorporado al texto del contrato. La resolución *ante tempus* basada en la intensa incertidumbre o imprevisibilidad del contrato por necesidades del mercado es inadmisibles, pues se corre el riesgo de encubrir motivaciones arbitrarias de extinción. En suma, el contrato por necesidades del mercado está sujeto a término resolutorio (fecha cierta y concreta) y no a condición resolutoria (cumplimiento incierto del objeto del contrato)<sup>39</sup>.

#### 4.2.3. Contrato Ocasional

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

Si el contrato por necesidades del mercado hundía sus raíces básicamente en la actividad habitual o normal de la empresa, el contrato ocasional opera en la actividad no habitual o extraordinaria<sup>40</sup>. Además, si el contrato por necesidades del mercado utiliza la mano de obra eventual porque sus trabajadores ya contratados no satisfacen el incremento de la actividad empresarial coyuntural, el contrato ocasional no precisa si el trabajador contratado será un refuerzo a los trabajadores ya contratados o si, por el contrario, podría ser el primer y único contratado. Me parece que, en este último caso, el artículo 60 sólo alberga el segundo supuesto, por cuanto es imposible imaginar que en una labor transitoria exista personal ya contratado. Precisamente, la condición de necesidad extraordinaria o transitoria descarta que exista personal de la empresa abocado a satisfacer este tipo de actividades. Así, puede ocurrir que en una empresa dedicada a la publicidad se instale un nuevo programa informático, para lo cual se puede contratar a un técnico especializado para que en tres meses absuelva todas las consultas y asesore a los trabajadores.

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

De ser este el esquema, cabe hacerse dos preguntas. En primer lugar, ¿por qué en el contrato ocasional no se define la causa de la necesidad transitoria?. En el contrato

---

<sup>39</sup> BALLESTER PASTOR, Inmaculada, El contrato de trabajo eventual por circunstancias de la producción, Valencia, Tirant lo blanch, 1998, pp. 263 y ss.

<sup>40</sup> Es cierto que la redacción del artículo 58 LPCL, referido al contrato por necesidades del mercado, no es tan clara. Cuando señala “aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa”, puede también interpretarse que se incluye a las labores no habituales o excepcionales. No obstante, esta interpretación podría vaciar de contenido al contrato ocasional. Me parece que desde una perspectiva sistemática de la LPCL debería entenderse que el contrato por necesidades del mercado opera en las labores habituales, estables o permanentes de la empresa, mientras el contrato ocasional en las actividades no habituales o extraordinarias.

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

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

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

#### **4.2.4. Contrato de Suplencia**

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

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

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

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

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

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

Me parece que la única lectura constitucional que resistiría este tercer párrafo del artículo 61 LPCL es el aplicable al supuesto de “cadenas de suplencia”. Me explico, cuando un trabajador tiene su contrato laboral suspendido y el empresario decide que quien lo suplirá es otro trabajador de su empresa, el contrato de suplencia se podría

suscribir para cubrir la vacante temporal que deja este segundo trabajador<sup>41</sup>. Por lo demás, es una fórmula que funciona en puestos de mayor responsabilidad, donde el empresario obviamente prefiere a un trabajador de su planilla ya conocido que a uno nuevo.

En cuanto a la segunda consideración que anunciábamos, es importante dejar claro que el contrato de suplencia, al menos en su formulación constitucional mencionada en el primer párrafo del artículo 61, también tiene un ámbito objetivo de operatividad. Es necesario que se sustituya a un trabajador cuyo contrato de trabajo se encuentre suspendido. La LPCL habla de “vínculo laboral” que se encuentre suspendido, no obstante basta cotejar este artículo con el artículo 11 de la misma Ley para reparar que lo que se suspenden son las prestaciones del contrato y no el vínculo que, por lo demás, nunca desaparece durante la suspensión. El artículo 61 no hace mención a si sólo se refiere a la suspensión perfecta, como ocurre cuando el trabajador deja de trabajar y el empleador de abonar el salario, o también a la suspensión imperfecta, tal como sucede en los casos que sólo el trabajador deja de trabajar subsistiendo la obligación del empleador de remunerar, por lo que no se puede distinguir donde la ley no distingue. Creemos que se admiten todas las causas de suspensión a que se refiere el artículo 12 LPCL, salvo las que su objeto es incompatible con la contratación temporal de trabajadores, como puede suceder en el cierre temporal por razones de caso fortuito o fuerza mayor, o cuando existen prohibiciones legales de contratación, por ejemplo, en el ejercicio del derecho de huelga (artículo 70 del Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, DS. 011-92-TR). De otro lado, a las causales de suspensión del artículo 12, habrán de sumarse todas aquéllas que vengan pactadas en un convenio colectivo o en el contrato de trabajo.

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

Planteado el problema, el artículo 61 LPCL parece referirse a una condición resolutoria<sup>42</sup>, en la medida que su duración “será la que resulte necesaria según las circunstancias”. Es decir, no existe un plazo máximo fijado legalmente. Pero además, el segundo párrafo de este artículo parece definitivo, cuando señala que “operando con su reincorporación oportuna la extinción del contrato de suplencia”. De lo que se deduce que a pesar de que el contrato señale un plazo fijo y concreto, éste siempre cederá a la reincorporación efectiva del trabajador sustituido<sup>43</sup>. Por lo demás, la

---

<sup>41</sup> En las llamadas “cadenas de suplencia” se facilita la actuación del *ius variandi* funcional del empresario, permitiéndole organizar su fuerza de trabajo de acuerdo a sus intereses. Para un análisis de las “cadenas de suplencia” en la jurisprudencia española, Vid. SEMPERE NAVARRO, Antonio y MARTÍN JIMÉNEZ, Rodrigo, *Los contratos temporales*, Navarra, Aranzadi, 2004, p. 178- 180.

<sup>42</sup> Consideramos que el artículo 77 del Reglamento de la LPCL, DS. 001-96-TR, deviene en ilegal por exigir que el contrato de suplencia contenga la fecha de su extinción.

<sup>43</sup> Como se ha dicho con mucha razón, el énfasis se va a poner en la efectiva reincorporación del trabajador sustituido (CAMPS RUIZ, Luis Miguel, *La contratación laboral temporal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 95). Obsérvese, en cualquier caso, que si se encadenan ausencias temporales del

incertidumbre de la causal de suspensión del contrato de suplencia, aconseja dejar abierta la duración del mismo. Por ejemplo, los permisos otorgados por la ley para que el trabajador desempeñe un cargo de representación municipal como alcalde pueden tener distintas intensidades temporales, pues el alcalde puede ser revocado antes que termine su mandato o, incluso, puede ser reelegido por otro periodo más.

Si el trabajador (alcalde revocado) regresa antes a su puesto de trabajo, el contrato de suplencia ha de extinguirse a pesar de que en el contrato se pactara un plazo mayor. Si el trabajador (alcalde reelegido) regresa cuatro años después a su puesto de trabajo, el contrato de suplencia se habrá extendido hasta ese momento sin importar que la fecha concreta pactada en el contrato se haya cumplido. Por ello, y esta conclusión tiene gran trascendencia para la estabilidad laboral del trabajador suplente, si la condición resolutoria nunca se cumple y ya no se va a cumplir (por ejemplo, muere el trabajador sustituido, renuncia, se jubila o, simplemente, no renueva la licencia otorgada por su empleador), el trabajador suplente se incorpora a la planilla de la empresa. Así, al término en el contrato de suplencia (fecha concreta) sólo se le reconoce eficacia extintiva cuando coincide con el fin efectivo del derecho de reserva (reincorporación al puesto)<sup>44</sup>.

#### **4.2.5. Contrato de Emergencia**

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

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

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

Demás está decir que esta causa debe motivar directamente la necesidad de la contratación temporal, por cuanto de esa manera se puede apreciar su necesidad excepcional y urgente. No entra dentro del contrato de emergencia, por ejemplo, el incremento de la demanda de frazadas luego de un terremoto que ha destruido miles de casas. No entra, porque el caso fortuito o fuerza mayor deben afectar directamente

---

trabajador (vg. maternidad, vacaciones y licencia de estudios) el contrato de interinidad puede subsistir hasta la efectiva reincorporación.

<sup>44</sup> Aunque referido al contrato de interinidad en España, equivalente al de suplencia entre nosotros, ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, La prórroga en la contratación temporal, Madrid, editorial Montecorvo, 1988, p. 206.



a la empresa. En el ejemplo, el perjuicio tiene efectos sobre el mercado y sólo indirectamente sobre la producción empresarial.

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

De otro lado, también es clásico incluir dentro del concepto del caso fortuito o fuerza mayor, los actos o decisiones de los poderes públicos que inciden sobre la empresa, de modo imprevisible e inevitable<sup>45</sup>. No obstante, resulta difícil imaginar supuestos de este tipo, dado que normalmente las decisiones de los poderes públicos se basan en actos normativos imperativos. Si es que, por ejemplo, se declara la ilegalidad de una actividad empresarial o la sanción por una infracción administrativa, es ilógico que el empleador requiera mano de obra para mantener una actividad que le está prohibida temporal o definitivamente. Como también es ilógico que se ofrezcan instrumentos excepcionales al empresario, como ocurre con la contratación temporal, a efectos de que cumpla lo requerido por la administración<sup>46</sup>.

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

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

Para terminar, el tema de la duración también presenta algunos inconvenientes. Queda claro que al ser un contrato sujeto a modalidad, el contrato de emergencia debe tener una fecha exacta de inicio y otra de término. Pues bien, el problema se genera debido a que el objeto del contrato es claramente la emergencia y no el término fijo que indica el acuerdo de partes. Sin duda, alguien podría aplicar las mismas reglas que aplicamos para el contrato de obra determinada, sin embargo hay que tener presente que la obra determinada es un concepto que no se presta a la subjetividad. Si el contrato la define, entonces sólo será cuestión que se cumplan los

---

<sup>45</sup> PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel, Derecho del trabajo, Salamanca, Centro de Estudios Ramón Aceres, 1994, segunda edición, p. 982.

<sup>46</sup> Equivaldría a admitir que los trabajadores deban aceptar un contrato sujeto a modalidad, en virtud de los incumplimientos del empleador. En todo caso, serían los trabajadores quienes en última instancia asuman la responsabilidad administrativa.

términos contractuales que describen la obra. En cambio, la situación de emergencia puede prestarse siempre a interpretaciones convenidas y arbitrarias, lo cual podría quebrar todavía más el principio constitucional de preferencia de la contratación por tiempo indefinido. Más aún, entiéndase, si el contrato de emergencia puede operar también en labores estables o permanentes de la actividad empresarial (situación ésta, que no ocurre en el caso del contrato de obra determinada o servicio específico).

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

### **16.3. Los contratos temporales desvirtuados**

Culminado el análisis de las fronteras difusas de los contratos estrictamente temporales, resta el análisis de una batería de contratos temporales donde paradójicamente la causa de temporalidad brilla por su ausencia. Sus objetivos no están en la satisfacción de actividades coyunturales o extraordinarias ni tampoco en satisfacer necesidades eventuales de las empresas, sino en otros objetivos de naturaleza política<sup>47</sup>. Cuando el legislador laboral busca fomentar la creación de empleo, otorga al empresario facultades para contratar temporalmente mediante el “contrato por inicio o incremento de actividad” (artículo 57 LPCL). Cuando quiere fomentar una reconversión organizativa y tecnológica de las empresas, facilita la contratación temporal mediante el llamado “contrato por reconversión empresarial” (artículo 59 LPCL). O, cuando se busca incentivar cierta actividad empresarial, como ocurre con la industria exportadora de productos no tradicionales o con las zonas francas, el legislador ofrece sin mayores límites la posibilidad de recurrir a contratos temporales desvirtuados (artículo 80 y 81 LPCL).

Los inconvenientes de estas modalidades de contratación temporal deben evaluarse por lo menos en dos planos. Políticamente, como ya se ha dicho, la contratación temporal es insuficiente para acabar con el desempleo, con el atraso organizativo empresarial o con el poco peso de nuestra industria exportadora, pues tendrá que tener otras políticas de apoyo que actúen de forma simultánea. Sólo como parte de un plan de políticas públicas coherentes e intersectoriales, la contratación temporal puede tener alguna eficacia en la consecución de estos objetivos. En segundo lugar, jurídicamente. La creación de estos contratos desprovistos de causa temporal actúa directamente en el terreno de las actividades estables o permanentes de las empresas, en cuyo caso vienen a reducir los márgenes tradicionales de actuación de la contratación por tiempo indefinido. Ésta, es una situación de evidente afectación al sistema propuesto por el texto constitucional, cuyo eje fundamental es el derecho al trabajo.

Ahora bien, a pesar de lo dicho, no parece que la inclusión de estas modalidades contractuales sin causa de temporalidad en el texto de la LPCL genere una automática

---

<sup>47</sup> Resalta el rol político de los contratos temporales, DIEGUEZ CUERVO, Gonzalo, Estabilidad en el empleo y contratos temporales, Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, nº 2, 1980, pp. 185-196.

cuestión de inconstitucionalidad. Antes de llegar a esta conclusión, es necesario recordar que el legislador cumple también una labor política que le encarga la propia Constitución. Cuando existe un conflicto de derechos constitucionales debe procederse a una ponderación de intereses de ambos, con el fin de que los dos puedan convivir en el plano real de la Constitución. Así, el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución), y su proyección sobre la estabilidad laboral, puede conciliarse con los deberes primordiales del Estado (artículo 44 de la Constitución) y, en especial, con la “promoción del bienestar general”. Eso sí, habrá de tenerse en cuenta que las políticas de fomento legislativo no pueden ser permanentes, a riesgo de reducir el nivel jerárquico que goza la Constitución en nuestro ordenamiento<sup>48</sup>. Si fuera así, el legislador podría desconocer o reducir la aplicación de ciertos derechos fundamentales, con el único requisito de poner como pretexto la existencia de una “política pública”.

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

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

#### **4.3.1. Contrato por inicio o incremento de actividad**

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

Este es un contrato, como ya se dijo, de claro perfil pro-empresarial. Pues, “ante la incertidumbre y el alto componente aleatorio que comporta, para el inversor, el lanzamiento de una nueva actividad empresarial, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su negocio, le viene a facilitar el empleo de trabajadores precisos para su nueva modalidad productiva, sin que en caso de fracasar ésta, venga a suponerle costo adicional derivado de la extinción de contratos por el procedimiento tradicional”<sup>49</sup>. En otras palabras, se exime al empleador de su responsabilidad por un posible fracaso empresarial y se traslada el riesgo del negocio a los trabajadores.

---

<sup>48</sup> Es por esta razón, que en España fueron bautizados como “contratos temporales coyunturales”. Y fueron tan coyunturales que hoy día, al cabo de unos años, han desaparecido del Estatuto de los Trabajadores. El ataque frontal a estas formas contractuales fue planteado con el fin de evitar la precarización del mercado de trabajo español.

<sup>49</sup> GARCIA PIQUERAS, Manuel, Las modalidades de contratos de trabajo en la reforma laboral, Granada, Editorial Comares, 1995, p. 110. Este comentario fue realizado en España dos años antes de la derogación del llamado “contrato temporal por lanzamiento de nueva actividad”. A partir de 1997, la legislación española no permite contratos temporales por esta causal.

Además de esta consideración que por sí sola descalifica la modalidad de contratación temporal que ahora se estudia, hay que tener presente que no se hace distinción entre puestos estables o temporales creados por la nueva actividad empresarial. Quizá por esta razón, el contrato por inicio o incremento de actividad es el contrato de mayor utilización en el Perú<sup>50</sup>.

Pero, todavía hay más. El concepto de nueva actividad es tan abierto que vacía de contenido el propio derecho al trabajo. Lo que en teoría era la excepción se convierte en regla general, confinando a la contratación por tiempo indeterminado a un supuesto casi extraordinario. La “nueva actividad” incluye el inicio de una actividad empresarial ya sea en el marco de una nueva persona jurídica o de nuevos establecimientos o centros de trabajo, si se toma como referencia el sustrato orgánico que sustenta la actividad, y hasta el inicio de nuevas actividades sin necesidad de constituir una nueva persona jurídica o de abrir nuevos centros o establecimientos. En este segundo grupo, bastará que el empresario diga “como se ha abierto un nuevo mercado para mi empresa” o “como necesito una actividad dirigida a la propaganda de la empresa”, para que por “arte de magia” pueda contratar en actividades permanentes a los trabajadores que considere necesarios por un plazo no mayor a tres años. La alta subjetividad que se esconde tras estas decisiones, otorga al empresario un poder de contratación temporal realmente fuerte<sup>51</sup>.

Dentro del concepto de nueva actividad, el legislador, con un razonamiento cuestionable, incorpora “a los incrementos de las actividades ya existentes”. Esto no es una nueva actividad en términos lógicos, por lo tanto será un incremento en actividades empresariales antiguas. Ahora bien, este incremento se puede confundir con el incremento coyuntural por variaciones sustanciales de la demanda del contrato por necesidades del mercado. Lo cierto es que aunque se pueda encontrar alguna diferencia teórica, en el plano práctico terminan siendo lo mismo. Me explico, si por alguna razón coyuntural imputable al mercado, la empresa necesita eventualmente mano de obra para cubrir sus necesidades, es evidente que el empleador podrá recurrir opcionalmente o bien al contrato por necesidades del mercado o bien al contrato que le permita hacer frente a los incrementos de las actividades ya existentes. Y ello, porque el mismo problema se mira desde dos ópticas distintas: en el primer caso, el problema se observa desde fuera de la empresa (variación del mercado); mientras, en el segundo, el problema se ve desde dentro de la misma (incremento de actividades).

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

---

<sup>50</sup> Entre estos contratos y los de por necesidades del mercado suman cerca de 190,000 por trimestre. En Julio-Setiembre de 2005 fueron comunicados al Ministerio de Trabajo 188,789, mientras en el trimestre posterior del mismo año fueron comunicados 176, 568 (Fuente: Ministerio de Trabajo).

<sup>51</sup> Respecto a la definición que la ley atribuye a este contrato, “permitiría que prácticamente todo nuevo puesto de trabajo que se cree, al estar referido por hipótesis a un incremento de las actividades de la empresa, pueda ser cubierto por personal eventual”. Este peligro fue puesto de manifiesto desde hace tiempo por SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Los contratos de trabajo de duración determinada, Lima, ARA Editores, 1999, pp. 33- 34.

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

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

#### **4.3.2. Contrato por reconversión empresarial**

Según el artículo 59 de la LPCL es “contrato temporal por reconversión empresarial el celebrado en virtud a la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas de la empresa, y en general toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos. Su duración máxima es de dos años”.

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

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

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

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

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

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

#### **4.3.3. Contratos de industrias exportadoras de productos no tradicionales y de zonas francas.**

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

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

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

Sin duda, este régimen en algún momento tiene que haber sido bastante anormal, más aún porque la dispensa legal abarca labores permanentes, estables o habituales de las empresas industriales dedicadas a la exportación. Señala el artículo 32 del Decreto Ley 22342 que: i) se puede contratar personal temporal en el número que las empresas industriales exportadoras requieran y ii) la contratación temporal se llevará a cabo por obra determinada tomando en cuenta para ello el contrato, orden de compra o el documento que origine la exportación.

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

tienen la seguridad si después de finalizado el actual contrato de exportación les renovarán el contrato. Ello, lógicamente, vulnera el derecho al trabajo.

La impresión general que queda, luego de revisar los contratos temporales desvirtuados, es la de una política de contratación temporal ciertamente caótica y desequilibrada. Con contratos sujetos a modalidad sin causa temporal, como los regulados en nuestra legislación, es lógico que los objetivos de fomentar la creación de empleo o la reconversión empresarial no hayan sido más que una ilusión. Lo concreto es que estos instrumentos contractuales se han correspondido muy bien con las necesidades empresariales de ajustar, ya de modo arbitrario ya de modo razonable, el número de trabajadores sin asumir mayores cargas sociales. La flexibilidad en Perú, por lo menos en lo que atañe a la contratación de trabajadores, no ha tenido un perfil cualitativo, esto es, de reforma organizativa y tecnológica de las empresas, pues, por el contrario, se ha centrado en un perfil cuantitativo o, lo que es lo mismo, en brindar facilidades a los empresarios para incorporar o deshacerse de mano de obra sin mayor límite que su autoridad.

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

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

##### **4.4.1. Definición de la presunción y ámbito de actuación**

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

Para empezar, a nuestro juicio, las formas de incumplimiento de los límites sustantivos de la contratación temporal pueden ser de dos tipos. De un lado, el incumplimiento puede ocurrir por la inexistencia de contrato escrito, en cuyo caso se estará ante contratos tácitos o verbales, o por consignar la causa de manera defectuosa. Es decir, no se expresa la causa formalmente o se hace de modo ambiguo u oscuro. De otro lado, el incumplimiento puede darse, a pesar de la existencia de contrato de trabajo escrito, por el desajuste entre objeto del contrato escrito y ejecución de la prestación de servicios.

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

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

Esta presunción legal, que para DEVIS ECHANDIA es una regla sustancial con efectos procesales sobre la carga de la prueba<sup>52</sup>, no hace otra cosa que redistribuir los pesos probatorios entre trabajador y empleador a efectos facilitar la prueba del incumplimiento empresarial. Admitiendo que para el trabajador será muy gravoso probar que su labor es de tipo permanente o estable, y por ende corresponde su contratación por tiempo indefinido, el legislador laboral presume este hecho sólo con la prueba de que su vínculo jurídico es de naturaleza laboral. No obstante, a pesar de la facilidad probatoria que incorpora el régimen de la citada presunción, me parece que aporta muy poco al sistema general de carga de la prueba vigente en la Ley Procesal Laboral, Ley 26636. Ello se aprecia en el artículo 27 de esta norma, en cuanto señala que “corresponde a las partes probar sus afirmaciones y esencialmente: 1) al trabajador probar la existencia del vínculo laboral y 2) al empleador demandado probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en las normas legales (...)”. De esta forma, aunque el trabajador demandante pueda incorporar al proceso todas las pruebas que crea necesarias, lo único exigible es la prueba del vínculo laboral. Por lo demás, probado éste, se activará la técnica presuntiva. Es decir, el empleador deberá probar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la ley.

Se podrá decir que la presunción del artículo 4 LPCL no opera cuando existe un contrato sujeto a modalidad escrito, por cuanto equivaldría a devaluar el peso de la formalidad en los contratos temporales. En efecto, en el mecanismo de la presunción bastará que el trabajador, una vez probado el vínculo laboral, simplemente ponga en duda la temporalidad, para que el empleador tenga que probar la existencia de causa justa en su contratación. En otras palabras, probado el vínculo de naturaleza laboral, para lo cual el trabajador sólo tendrá que presentar el contrato de trabajo sujeto a modalidad, se desplaza el peso probatorio a la parte que pretende el carácter a tiempo determinado de la relación (el empleador). En este contexto, me parece importante reflexionar en tres direcciones. Primero, de no operar la presunción en contratos sujetos a modalidad escritos, el trabajador tendría que probar que su contratación no se corresponde con las causas de estos contratos. Ello implica, no sólo que se imponga al trabajador una “prueba diabólica”, sino que además la contratación temporal pasaría a tener prioridad sobre la contratación indefinida presumiendo su licitud<sup>53</sup>. Segundo, si la contratación temporal es extraordinaria o excepcional la verificación de sus causas debiera hacerse con anterioridad a la propia contratación. Es lo lógico. De ahí que, este mismo razonamiento haya que transportarlo al momento procesal correspondiente. Si bien es cierto que el trabajador demanda, también es verdad que quien alegó la causa temporal fue el empleador (quien alega un hecho está obligado a probarlo). Y, tercero, dado que, como se probará más adelante, los incumplimientos formales son sancionados directamente por la invalidez del término temporal del contrato sujeto a modalidad, de no aplicarse la presunción a los contratos escritos ésta no tendría ámbito de operatividad.

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

#### **4.4.2. La prueba en contrario**

---

<sup>52</sup> Teoría general de la prueba judicial, Editorial Fidenter, Buenos Aires, tomo II, p. 697.

<sup>53</sup> Este supuesto es claramente ilógico en tanto equivaldría también a suponer una mayor jerarquía de las cláusulas contractuales sobre normas imperativas de contratación temporal. Las cláusulas contractuales que violen la legalidad son inválidas. Eso sí, de no existir la presunción, el trabajador tendrá que probar su alegato. (Sobre el particular, MARIN CORREA, José María, La duración del contrato, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, n° 100, tomo 1, 2000, pp. 496 y 497).



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

Al admitir prueba en contrario, la presunción legal es del tipo de las *iusuris tantum*. El empresario, en su actuación probatoria, tendrá dos caminos para destruir la presunción. El primero, que el demandante no tiene vínculo laboral con él, cuestión complicada cuando media contrato escrito (salvo, claro está, cuando se pruebe la falsificación de documentos). El segundo, demostrar mediante documentos pertinentes que el contrato impugnado se fundamenta en una causa legal autorizada, así como en las circunstancias que amparan el estricto cumplimiento de la misma<sup>54</sup>. Reténgase, no interesa la temporalidad de la prestación del servicio, sino que las necesidades empresariales y labores cumplidas por el trabajador encajen perfectamente en la causa legal autoritativa del contrato sujeto a modalidad<sup>55</sup>.

Si el empleador no consigue destruir la presunción legal de indefinición, o no incorpora pruebas suficientes al proceso para este cometido, el fracaso procesal se traducirá en una sentencia contraria a sus intereses<sup>56</sup>.

#### **4.4.3. La preferencia sobre el fraude de ley.**

Dado que en los casos de incumplimientos de requisitos sustantivos bastará al trabajador la prueba del vínculo laboral para que el empleador sea el responsable procesal de aportar medios probatorios que fundamenten su decisión de utilizar los contratos sujetos a modalidad, lo primero que se puede preguntar es ¿y qué pasa con el fraude de ley?. Después de todo, la contratación a plazo fijo en actividades permanentes de las empresas que debieran ser terreno abonado para contratos indefinidos, puede enmarcarse también en una conducta fraudulenta. Tenemos una conducta con apariencia de licitud, que sería el contrato sujeto a modalidad, que posibilita la obtención de un beneficio o resultado no debido ni pretendido por la norma legal (la elusión de la contratación por tiempo indefinido). En otras palabras, hay una norma de cobertura que utiliza el empleador con el propósito de eludir la verdadera regulación aplicable al hecho<sup>57</sup>.

No obstante, cuando se alega el fraude, el trabajador tendrá que desplegar una actividad probatoria mucho mayor a la que le exige la presunción de indefinición del artículo 4 LPCL. Tendrá que probar, además de la naturaleza laboral del vínculo, la

---

<sup>54</sup> De ello, podemos deducir que la identificación del tipo legal respecto de las necesidades de la empresa y las labores concretas a desempeñar por el trabajador que se enmarcan dentro de la causa temporal, constituye un elemento esencial para el sistema de los contratos sujetos a modalidad. Es más, interesa muchísimo al empleador para que pueda enfrentar con éxito cualquier demanda en la que se cuestione su decisión empresarial.

<sup>55</sup> PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 48.

<sup>56</sup> Aquí, la carga de la prueba en cabeza del empresario funciona como regla de juicio para el juez, en la medida que lo faculta a fallar en su contra por ser la parte gravada con la prueba. Esta situación ocurre, porque el juez después de valorar el material probatorio no consigue obtener convicción de la ocurrencia de los hechos alegados (Sobre el particular, Vid. DEVIS ECHANDIA, Hernando, Teoría general de la prueba judicial, Editorial Fidenter, Buenos Aires, 1981, tomo I, p. 450)

<sup>57</sup> NEVES MUJICA, Javier, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Católica, 2003, p. 38.

conexión entre norma de cobertura y norma eludida para hacer uso desviado de la contratación temporal. Dado que la conducta fraudulenta se caracteriza por su camuflaje, por su apariencia legal, la prueba de quien alega la existencia de fraude (usualmente, del trabajador) será más pesada. Hace falta que quien alegue la existencia de fraude de ley suministre al juzgador los elementos de hecho precisos para convencer al juez de que se pretendió evitar la aplicación de las normas aplicables al caso, mediante la actuación de otras normas con finalidades distintas<sup>58</sup>.

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

Ahora bien, a esta preferencia de la presunción de indefinición sobre el fraude de ley, cabe hacer un matiz adicional. Y es que el fraude, como instrumento que persigue el mal uso de la contratación temporal, tiene como efecto la desnaturalización del contrato de trabajo. Esto es, el artículo 77 de la LPCL en su apartado d) señala que “los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada, cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas por la presente ley”<sup>59</sup>. Lo que hay que entender es que la prueba del fraude desencadena una sanción, sin posibilidad de que el empleador pruebe en contrario<sup>60</sup>. Probado el fraude por el trabajador, el contrato de trabajo sujeto a modalidad se considerará como de duración indeterminada.

Más que una preferencia de una figura sobre otra, me parece que existe una coexistencia armónica que ofrece al trabajador dos opciones vinculadas a sus posibilidades de prueba. Si el trabajador cuenta con suficientes elementos probatorios como para crear en el juzgador la certeza de un fraude, ésta será la vía adecuada en atención a las consecuencias más duras que persigue esta figura<sup>61</sup>; en cambio, si el material probatorio es insuficiente, lo que corresponde será la impugnación de la contratación temporal por la vía de la presunción.

---

<sup>58</sup> IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, Rafael, El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo, Madrid, Editorial COLEX, 1989, pp. 92 y ss.

<sup>59</sup> Consideramos que el artículo 77.d) LPCL, de cara al supuesto que venimos analizando (contrato sujeto a modalidad escrito que no cumple con los límites sustantivos en la realidad), no es más que la expresión del principio de primacía de la realidad. Como se sabe, el principio de primacía de la realidad es un principio de especificidad laboral que ante la discordancia entre lo que dicen los documentos y los hechos, prefiere estos últimos. De la misma manera, en estos casos, el fraude de ley desenmascara la realidad que subyace a los contratos sujetos a modalidad firmados por escrito. Al existir una norma del sistema de fuentes regulando el mismo ámbito de actuación del principio, éste último cede su lugar al primero, pues los principios habrán de aplicarse sólo si no existe norma expresa del ordenamiento que regule el supuesto de hecho.

<sup>60</sup> En este sentido, el propio Tribunal Constitucional peruano ha atribuido al artículo 77 LPCL un carácter sancionatorio en los fundamentos 3 y 4 de la sentencia de la acción de amparo de 19 de diciembre de 2003 (Exp. 1874-2002-AA/TC).

<sup>61</sup> Así, si se acredita la naturaleza ordinaria y permanente de las actividades realizadas o que el cargo ocupado corresponde a una actividad también permanente de la empresa, se generará en el juez la convicción de que la empresa ha utilizado los contratos sujetos a modalidad con el fin de evadir las normas laborales que obligan a una contratación por tiempo indeterminado. Vid., en términos muy parecidos, el fundamento 5 de la sentencia de la acción de amparo de 19 de diciembre de 2003 (Exp. 1874-2002-AA/TC).

Finalmente, es cierto que el énfasis de este punto se ha puesto en el caso de la elusión de la contratación por tiempo indeterminada. Sin embargo, no se deben descartar otros casos de incumplimientos de límites sustantivos que también pueden reconducirse por la vía del fraude. Por ejemplo, un empresario contrata a través de una empresa de servicios temporales a un trabajador por medio de un contrato ocasional<sup>62</sup>, cuando en realidad se ha probado que las circunstancias y las labores se ajustan a un contrato por necesidades del mercado. La necesidad de contratarlo por una empresa de servicios hace que se utilice voluntariamente un tipo contractual que no corresponde a la realidad. La particularidad de este supuesto está en que la norma defraudada no es la contratación indefinida, sino otro contrato sujeto a modalidad. Por lo demás, al entenderse la configuración de una conducta fraudulenta, es lógico pensar que la aplicación de la norma defraudada consiste en aplicar no la contratación indefinida, sino el contrato por necesidades del mercado<sup>63</sup>.

Repárese, no parece que se pueda aplicar el artículo 77.d), por dos razones. Primero, este artículo que impone la desnaturalización habrá de ser interpretado de forma restrictiva, puesto que una sanción no puede imponerse a todos los casos de fraude. Me parece que haciendo una interpretación sistemática del artículo respecto del grupo normativo en el que se inserta, lo que se busca proteger es la burla del contrato por duración indeterminada<sup>64</sup>. Segundo, porque el contrato que se tendría que desnaturalizar es el que tiene el trabajador con la empresa de servicios temporales, ya que la empresa usuaria no tiene vínculo jurídico alguno con el trabajador. El artículo 77 señala literalmente “los contratos sujetos a modalidad se considerarán como de duración indefinida (...)”.

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

---

<sup>62</sup> El artículo 11.1 de la Ley 27626, advierte que “las empresas de servicios temporales son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras denominadas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia (...)”.

<sup>63</sup> Tal como se ha dicho, “el efecto (ante un acto fraudulento) es el de regir al acto por la ley defraudada” (NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 38).

<sup>64</sup> Una interpretación distinta puede tener el riesgo de lesionar el derecho de tutela jurisdiccional del empresario, por cuanto se le negaría el derecho de defensa aun cuando el trabajador no ha probado el encubrimiento de una contratación por tiempo indefinido. Es decir, se reconocería una consecuencia (indefinición de la relación laboral), sin que se haya aportado material probatorio este hecho. Esta es la prueba evidente de que el artículo 77 de la LPCL no se refiere a todos los actos fraudulentos que impliquen elusión de las normas de contratación temporal, sino que se refiere sólo a los actos que, amparados en un contrato sujeto a modalidad, pretenden eludir la contratación indefinida. Es un artículo que busca restituir el principio de preferencia de la contratación indefinida en actividades empresariales de carácter permanente, estable, habituales u ordinarias y para eso recurre a la sanción. En la doctrina española también se ha manejado esta idea. Por ejemplo, se ha dicho que “La norma que se trata de eludir en los casos de utilización de la contratación temporal en fraude de ley son las que garantizan la estabilidad en el empleo...” (LOPEZ LOPEZ, Julia, *La contratación temporal y el fraude de ley*, en *Relaciones Laborales*, n° 23, 1990, tomo II, p. 339).

los que pueden ser cubiertos por los contratos de naturaleza ocasional o de suplencia...". De esta forma, la empresa usuaria tendrá que contratar al trabajador directamente, mediante un contrato por tiempo indefinido.

Como se ve, la sanción de desnaturalización del contrato modal proviene de la Ley de Intermediación Laboral y no del artículo 77 LPCL. Así que de no existir una empresa de servicios de por medio, esto es, en el marco de una relación directa entre trabajador y empleador, nuestra opinión será la de aplicar la norma defraudada (en este caso, el contrato sujeto a modalidad encubierto). No obstante esta conclusión, me parece que el caso debería reconducirse de todas formas a la sanción de duración indefinida. No por el artículo 77, que como ya se dijo no se adecua al supuesto, sino alegando que el contrato por necesidades del mercado no tiene validez por incumplir requisitos básicos de forma. Por ejemplo, aunque el contrato ocasional conste en documento escrito, no sucede lo mismo con el contrato de necesidades del mercado. Como se verá más adelante, los contratos sujetos a modalidad desprovistos de forma escrita acarrearán la invalidez de su término temporal transformándose en contratos de duración indefinida.

## **16.5. La sanción por no cumplir la duración del contrato temporal: su transformación en indefinido**

### **16.5.1. La desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad y la continuidad de servicios**

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

El capítulo VII del Título II de la LPCL, llamado "desnaturalización de los contratos", acoge en su seno al artículo 77. Este artículo señala de modo imperativo que cumplidos ciertos supuestos "los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada". Desde este punto de vista, la desnaturalización de los contratos lleva aparejada una sanción que no es otra que transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo indeterminado. Sanción ésta que, por lo demás, no admite ninguna prueba en contrario por parte del empleador.

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

El supuesto de hecho de la norma hace prever su consecuencia. Si un trabajador es contratado por un contrato sujeto a modalidad, se supone que la prestación está sujeta a un plazo fijo. Por ello, la continuidad de la prestación de servicios pese a la llegada del término resolutorio estipulado en el contrato, habrá de entenderse como supuesto desencadenante de los efectos de la desnaturalización del contrato. Por lo demás, la reacción del ordenamiento parece lógica, en virtud de que si la empresa tiene la

necesidad de contratar un trabajador a plazo fijo, el exceso del plazo negaría abiertamente tal necesidad. Al contrario, su necesidad sería de naturaleza permanente, en cuyo caso procede la contratación por tiempo indefinido.

Si todos los contratos sujetos a modalidad debieran extinguirse a la llegada del plazo estipulado, bastaría el inciso a) para regular la desnaturalización. Sin embargo, como ya se ha apuntado, existen dos contratos, el de obra determinada y servicio específico así como el de suplencia, que requieren normas expresas debido a su carácter especial. De ahí que, el inciso b) del artículo 77, mencione “cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia del contrato, sin haberse operado renovación”. El problema con este contrato es que el término resolutorio relevante no es la fecha estipulada en el contrato, en la medida que ésta siempre será referencial<sup>65</sup>, sino el momento en que finalice la obra. Así, resulta lógico que si el trabajador continúa prestando servicios a la empresa pese a haber terminado la obra para la que fue contratado, el empresario deba ser sancionado con la conversión del contrato temporal en indefinido. El razonamiento es el mismo del inciso a), pues obviamente las necesidades desaparecieron o simplemente nunca existieron.

En la misma lógica, el legislador laboral peruano utiliza el mismo razonamiento en el inciso c) cuando señala que “si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando”. Esta otra excepción, lo que hace es subordinar los plazos fijos suscritos en el contrato o los plazos máximos de sustitución a la condición de que el titular del puesto se reincorpore. En otras palabras, el contrato de suplencia no se extingue automáticamente por el cumplimiento del plazo estipulado, pues se convertirá en indefinido si el trabajador continúa laborando y el titular no se reincorpora. De ahí que, sea realmente importante que se indique en el contrato de suplencia, además de la causa de sustitución, el nombre del sustituido<sup>66</sup>.

Me parece que aquí, el legislador es reiterativo, en la medida que, como ya se dijo, el contrato de suplencia está sujeto a condición resolutoria (artículo 61 LPCL). Esto es, sólo se extingue cuando se produce la reincorporación del titular del puesto<sup>67</sup>. De este modo, el trabajador suplente mantiene su derecho de permanencia hasta que la reincorporación del titular no se produzca. A la inversa, si nunca se produce la reincorporación (ya sea por muerte, jubilación, reincorporación en otro puesto, renuncia, etc.), el contrato de suplencia no podrá extinguirse. Quizá lo que busca el

---

<sup>65</sup> OLARTE ENCABO, Sofía, Los contratos temporales estructurales, Granada, Comares, 2000, p. 48.

<sup>66</sup> Es cierto que la norma peruana no incluye expresamente este requisito formal en su literalidad, sin embargo podría ser exigido por los jueces en atención a la necesidad de identificar quien puede ser el eventual beneficiario del contrato desnaturalizado. Como se ve, ello incorporaría mayor protección al trabajador suplente. En España, el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores establece: “cuando se trate de sustituir a trabajadores con derecho de reserva del puesto de trabajo, siempre que en el contrato de trabajo se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución”

<sup>67</sup> Para SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo (Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo, en Asesoría Laboral, Lima, junio 1994, p. 20), el artículo 77.c LPCL somete la duración del contrato de suplencia a un plazo y no a una condición. Así, señala que “El contrato de suplencia está sometido, en consecuencia, a un plazo, incierto respecto del cuándo y dependiente de la duración efectiva de la suspensión del contrato del sustituido, y sujeto no a condición alguna” (loc. Cit). Discrepamos con Sanguineti en la medida que su argumento pone el acento en el artículo 77 y no en el artículo 61 de la LPCL, que es el referido exclusivamente al contrato de suplencia. Además, la posición de Sanguineti admite el cese del derecho de reserva del puesto sin que se haya producido la reincorporación del trabajador sustituido, cuestión que es impensable desde la perspectiva del artículo 61 de la LPCL.

legislador en el artículo 77 no es otra cosa que reconocer que el contrato de suplencia va a transformarse en uno de carácter indefinido. Cosa que, por lo demás, ya sucede en el plano de los hechos, al no producirse y no poderse producir la reincorporación. Por ello, lo que se viene a prohibir es que el empleador termine la relación laboral de suplencia por la llegada del plazo pactado sin atender a la reincorporación efectiva del titular.

El legislador abre un espacio importante a la expectativa de estabilidad del trabajador suplente o interino. Es en este inciso donde queda claro que el contrato de suplencia está sometido, más que al plazo estipulado en el contrato, al fin del mismo, esto es, a la duración del derecho de reserva del puesto del trabajador sustituido. Eso sí, hay que tener presente que sólo opera la transformación de temporal a indefinido, cuando el titular del puesto hace abandono o pierde su derecho de reserva (o, lo que es lo mismo, cuando renuncia a la reincorporación al puesto o esa deviene en imposible). De esta forma, por ejemplo, cuando un trabajador es becado para irse a estudiar un postgrado en el extranjero y por eso solicita una licencia en su centro de trabajo que por supuesto es aceptada. La beca, en principio, es por dos años, pero imaginemos que le ofrecen un tercer año. Se supone que el contrato de suplencia se pactó por dos años, esto es, el período de ausencia del titular del puesto. Sin embargo, al pasar los dos años y no regresar, no significa que el suplente automáticamente cambiará su condición de temporal a indefinido. Ello sólo sucederá si el titular no solicita una prórroga de su licencia. Por el contrario, si la solicita, quiere decir que todavía no se ha cumplido la condición resolutoria: final de la licencia o del período de suspensión de las prestaciones del contrato de trabajo.

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

Quizá el problema que no despeja la LPCL en este inciso c) del artículo 77, es qué pasa con el trabajador suplente que sigue prestando servicios a pesar de la reincorporación del trabajador titular. Queda claro que si la reincorporación del titular ocurre en un puesto distinto es como si ésta nunca se hubiera producido, pero si ocurre en el mismo puesto la situación cambia. Desde mi punto de vista, el contrato de suplencia perdería su objeto, convirtiéndose también en una relación por tiempo indefinido. Más todavía, si la labor de suplencia, como se dijo en el artículo 61 LPCL, opera en el marco de actividades estables o permanentes de las empresas. Eso sí, no estamos frente a un caso de desnaturalización identificado en el artículo 77 LPCL, por lo que tampoco se podrá aplicar la sanción de indefinición que le viene anudada sólo a la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad.

#### **16.5.2. ¿Desde cuándo se transforma el contrato sujeto a modalidad en indefinido?**

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

el contrato a plazo indefinido regula la prestación desde el momento que empezó la obra o desde el momento que terminó.

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

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

Se podría alegar contra esta postura, en primer lugar, que el empresario que hizo un uso correcto de la temporalidad y cumplió todas las formalidades del caso, no tendría por qué verse perjudicado con efectos hacia el pasado. O, como ha sugerido una posición jurisprudencial, “el cómputo para el pago tanto de la compensación por tiempo de servicios y de la indemnización por tiempo de servicios debe corresponder sólo por el periodo en que el contrato sujeto a modalidad pasó a ser uno de duración indeterminada”<sup>68</sup>. En nuestro caso, supongamos que se suscribe un contrato de obra con una obra perfectamente determinada. Si se cumple la obra, se entiende que el derecho empresarial de acogerse a la contratación temporal fue ejercido dentro de los cánones de normalidad sobre todo en lo que toca al objeto del contrato. ¿Por qué sancionar a alguien por ejercer correctamente un derecho?. Creo que aquí, el problema está en interpretar que entre los límites sustantivos de la contratación temporal existe una suerte de preferencia por el objeto del contrato sobre la duración del mismo. Y ello, no es así. Tanto el objeto como la duración son requisitos relevantes de la contratación temporal, así que su incumplimiento atañe al contrato suscrito. La jurisprudencia, en este sentido, ha venido a introducir un elemento de devaluación de la naturaleza jurídica sancionatoria que posee el concepto legal de desnaturalización del contrato sujeto a modalidad.

Creo que un argumento de mayor entidad es el que, basándose en la teoría del contrato, alega la novación contractual en los supuestos de desnaturalización del contrato. Se señala que la sustitución de la condición temporal del contrato, de una de plazo fijo a otra de plazo indeterminado, rompe el equilibrio contractual de las partes, generando una relación jurídica distinta. De esta forma, el contrato temporal al variar su “duración” se convierte en una relación jurídica distinta de la que fundamenta el contrato por tiempo indefinido. En respuesta a ello, creo que la consideración del mismo supuesto desde el enfoque del Derecho del Trabajo cambia un poco respecto de la teoría general del contrato, por cuanto en aquél el derecho al trabajo respalda la contratación por tiempo indefinido, mientras en ésta se parte de consideraciones distintas. En la teoría general del contrato no existe un principio de preferencia de la contratación indefinida.

Lo que hay que tener en cuenta, además, es que la conversión del contrato a plazo fijo en por tiempo indefinido viene a atacar sobre todo las cláusulas contractuales que sustentaban la temporalidad de la relación, permitiendo que la normativa genérica del

---

<sup>68</sup> Considerando quinto de la Sentencia en casación de la Corte Suprema de Justicia de la República, de 18 de octubre de 1999 (Exp. Cas. 989-98-Cuzco).

Derecho del Trabajo actúe con toda su fuerza. Lo que se quiere decir es que las demás cláusulas del contrato temporal serán válidas, sin embargo al operar la conversión también entrarán a regular la relación jurídica las normas aplicables al contrato por tiempo indeterminado (por ejemplo, sistema general de impugnación del despido).

Incluso, algunos autores tras aceptar la dualidad de relaciones jurídicas han señalado que ello no puede afectar la el mantenimiento de derechos, beneficios y ventajas acumulados en el tiempo, sobre todo la relativa a su antigüedad en la empresa<sup>69</sup>.

#### **4.5.4. Los casos de suspensión.**

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

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

Creo que en estos casos el mayor inconveniente está en el hecho de que la LPCL reconoce al cumplimiento del plazo de duración del contrato (plazo estipulado, término de la obra o reincorporación del trabajador titular para el caso de suplencia) un efecto extintivo automático<sup>70</sup>. A la inversa, para la LPCL el contrato se extingue llegado el plazo estipulado o cumplido el fin. Sin embargo, sólo excepcionalmente, cuando del comportamiento de las partes se derive una voluntad no extintiva, el contrato sujeto a modalidad se entenderá como de duración indeterminada (artículo 77). Y esta voluntad “no extintiva” no es otra que la continuidad de la prestación del servicio por parte del trabajador, así como el consentimiento presunto por parte del empleador.

En conclusión, la LPCL exige como requisito necesario para la desnaturalización del contrato sujeto a modalidad la prestación efectiva de servicios. Si el contrato de trabajo está suspendido, aunque se mantenga vivo el vínculo laboral, no hay forma de manifestar la voluntad “no extintiva”<sup>71</sup>. No obstante, finalizada la causal de suspensión el trabajador ya no podrá volver a prestar servicios, pues si lo hace operaría nuevamente el artículo 77 LPCL.

### **17. Los límites formales a los contratos sujetos a modalidad**

La forma en el contrato de trabajo sujeto a modalidad ha de tener también, al igual que el objeto y la duración, una gran relevancia como límite. Y atendiendo a lo dispuesto

---

<sup>69</sup> Así lo ha expresado, ROMAN DE LA TORRE, María Dolores, La prórroga en la contratación temporal, Madrid, Editorial Montecorvo, 1988, p. 191.

<sup>70</sup> Lo que se dice queda claramente establecido en el artículo 16 de la LPCL, cuando señala que “son causas de extinción del contrato de trabajo: c) la terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad”.

<sup>71</sup> Incluso, puede suceder que el trabajador ya no quiera seguir trabajando en esa empresa, por lo que aplicarle los efectos de la desnaturalización del contrato lo perjudicaría. Tendría que cumplir el trámite de la renuncia, cuando en realidad su vínculo ya podría estar extinguido. Para una opinión en contra, PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida..., Op. Cit., p. 182.



por nuestra legislación destacan básicamente dos. En primer lugar, la forma escrita. En segundo lugar, la notificación de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo con fines de conocimiento y registro. Analicemos cada uno de estos requisitos formales y, eventualmente, qué efectos, contractuales o extracontractuales, acarrea su incumplimiento.

## **5.1. Invalidez del término temporal del contrato por falta de forma escrita**

### **5.1.1. Ámbito y determinación del requisito de forma escrita**

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

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

Como quiera que ya hemos tratado los segundos, pasamos al análisis de los primeros.

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

Como ya se dijo, la protección de los límites sustantivos no se alcanza únicamente con exigir la forma escrita del contrato. Tan importante como ello es que el documento escrito consigne suficientemente los requisitos de objeto y duración. El “contenido mínimo del contrato sujeto a modalidad” supone consignar en sus cláusulas, con precisión y claridad, el objeto y duración<sup>72</sup>. En cuanto al objeto, es esencial sobre todo en casos en que de él depende la duración del contrato, como ocurre en el caso del contrato de obra determinada o servicio específico o en el de suplencia. Pero, no será suficiente identificar una obra o servicio, también habrá que determinar las labores que cumplirá el trabajador<sup>73</sup>. En cuanto a la duración, resulta de suma importancia de cara a los contratos temporales desvirtuados, en los que no existe objeto de naturaleza temporal. Las cláusulas ambiguas o vagas se tendrán por no puestas, con lo cual ese acto se configurará como un incumplimiento formal de la escritura.

---

<sup>72</sup> Un comentario sobre la importancia de este contenido mínimo de los contratos temporales se puede encontrar en FERNÁNDEZ MARQUEZ, Oscar, La forma en el contrato de trabajo, Madrid, Consejo Económico y Social, 2002., pp. 126 y ss., PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, Valladolid, 2004, Lex Nova, p. 105.

<sup>73</sup> Aunque en el ejemplo nos detengamos en el contrato de obra determinada, queda claro que lo mismo se predica para todos los contratos sujetos a modalidad. Ahora bien, hay que tener presente que el deber de consignar el objeto en el contrato no puede cumplirse con descripciones que simplemente reiteren las definiciones normativas. Es necesario que el contrato se refiera a realidades fácticas concretas, en la medida que se está sustentando la viabilidad de una contratación concreta y no la viabilidad de la contratación temporal en abstracto.

Es así, que se puede reconocer a la forma escrita una labor de control de la contratación laboral<sup>74</sup>. Pero, debemos añadir que esta labor se complementa asimismo con otras necesidades del ordenamiento laboral. Entre otras, se puede apreciar que la escritura del contrato evitaría un posible escape hacia la atipicidad generalizada de los contratos. Me explico, dado que la flexibilidad laboral ha generado multitud de contratos atípicos (temporales, a tiempo parcial, a domicilio, teletrabajo, etc.), donde se afectan ciertos aspectos del contrato común como ocurre con el contrato indefinido ordinario a tiempo completo, la inexistencia del límite de forma escrita supondría una amplia libertad concedida al empresario para optar por uno u otro. Imaginemos un ejemplo. Un trabajador empieza a trabajar ocho (8) horas diarias sin contrato, al cabo de un tiempo le dicen que su contrato ya terminó por cuanto ya finalizó la obra determinada. Pero, no sólo eso, le dicen además que su prestación fue inferior a cuatro (4) horas, razón por la cual no le corresponde compensación por tiempo de servicios ni vacaciones anuales. Como se ve, el paso a la atipicidad puede conllevar la pérdida de varios derechos. Así, la formalidad escrita evitará la elusión de derechos o ventajas laborales, permitiendo que la regulación del derecho laboral actúe con toda su fuerza<sup>75</sup>.

Por último, me parece que la forma escrita, en el caso de la contratación temporal, permite al trabajador el conocimiento de las peculiaridades de su vínculo. El derecho de información es clave para determinar sobre todo aspectos relacionados con la extinción del contrato sujeto a modalidad<sup>76</sup>.

### 5.1.2. Efecto del incumplimiento

Establecidos los parámetros dentro de los cuales se mueve el requisito de la escritura del contrato modal, resta analizar los efectos jurídicos de aquél incumplimiento. La ausencia de forma escrita o la insuficiencia en la expresión del objeto o de la duración en un contrato escrito, acarrearán sin más la invalidez del término temporal del contrato sujeto a modalidad supuestamente acordado. Ello no quiere decir que se declare nula la relación jurídica<sup>77</sup>, por cuanto ésta podrá reconducirse por la vía del contrato por tiempo indefinido<sup>78</sup>. Es decir, se declara inválido el término temporal del contrato sujeto a modalidad alegado, pero subsisten las demás cláusulas contractuales y toda la regulación del derecho del trabajo.

---

<sup>74</sup> Acerca de las finalidades que persiguen los requisitos de forma en los contratos temporales, FERNÁNDEZ MARQUEZ, Oscar, La forma en el contrato de trabajo, Madrid, CES, 2002, pp. 121 y ss.

<sup>75</sup> Resulta sintomático de lo que se dice, el hecho de que para los contratos indefinidos a tiempo completo no se exija forma escrita. Estos contratos ordinarios, comunes o tradicionales, que pueden ser verbales, tácitos o escritos (artículo 4 LPCL), permiten la aplicación total del Derecho del Trabajo sin ninguna excepción. Por ello, como permiten el goce absoluto de los derechos, el ordenamiento laboral tiende a despreocuparse de la forma escrita.

<sup>76</sup> PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 84.

<sup>77</sup> En el Derecho del Trabajo, la nulidad de la relación jurídica entre trabajador y empleador nunca lo es de forma absoluta (como ocurriría en el incumplimiento de requisitos de forma *ad solemnitatem*), puesto que determinadas prestaciones son irreversibles tal como ocurre con los servicios efectivamente prestados (Sobre el particular, Vid., APARICIO TOVAR, Joaquín, La forma en el contrato de trabajo, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 1, 1980, p. 134). Igual consideración puede rescatarse del artículo 23 de nuestra Constitución: “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

<sup>78</sup> En la doctrina nacional, se ha defendido que la ausencia de forma en el contrato temporal, transforma dicho contrato en uno de naturaleza indeterminada. En este sentido, SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo, principios generales, en Asesoría Laboral, Lima, abril 1993, p. 16. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, Instituciones del Derecho Laboral, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2005, p. 112

Se podría pensar que al no existir contrato escrito o al ser éste defectuoso en la consignación de datos relevantes para la contratación temporal, el mecanismo de impugnación también, al igual que el incumplimiento de los límites sustantivos, debiera ser la presunción de indefinición recogida en el artículo 4 LPCL. “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”. El problema de ello estriba en que de seguir este camino, el empresario tendría derecho a probar en contrario. En otras palabras, a pesar de no existir contrato escrito, el empresario podría acogerse a la regulación de los contratos sujetos a modalidad si prueba que sus necesidades y las labores desempeñadas por el trabajador encajan en los tipos contractuales legales. Claro, ello sucederá porque la presunción del artículo 4 es una presunción legal del tipo de las *iuris tantum*.

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

Ahora bien, la necesidad de la forma escrita en los contratos sujetos a modalidad como presupuesto de validez, se deduce, a nuestro juicio, del segundo párrafo del artículo 4 y del 72 LPCL. Cuando el primero de estos artículos señala que el contrato por tiempo indeterminado “podrá celebrarse de forma verbal o escrita”, no hace otra cosa que introducir la libertad de forma en un supuesto donde la garantía de la escritura se hace innecesaria. Al contrato por tiempo indeterminado se le aplicará sin restricciones ni obstáculos la normativa común del Derecho Laboral. Sin embargo, el mismo párrafo distancia de esta prescripción al contrato sujeto a modalidad, señalando que sólo se puede hacer uso de estas figuras contractuales excepcionales “en los casos y con los requisitos que la presente ley establece”. Más aún, utilizando esta remisión, el artículo 72 dice: “necesariamente deberán constar por escrito”. La garantía de la escritura en esta clase de contratos parece promovida por la propia LPCL<sup>79</sup>.

A mayor abundamiento, desde la perspectiva de una interpretación sistemática, habría que tener en cuenta también la literalidad del título que tiene el capítulo V. Capítulo donde, por lo demás, se inserta el artículo 72 LPCL. “Requisitos formales para la validez de los contratos” tiene que interpretarse como un principio con aplicación concreta al requisito de forma escrita. Sobre ello, dos reflexiones. En primer lugar, en el citado capítulo V sólo existen dos requisitos formales, esto es, la forma escrita y el conocimiento y registro ante la Autoridad de Trabajo, no obstante sólo la primera tiene efectos sobre el contrato, puesto que la segunda reviste consecuencias de tipo extracontractual (si no se comunica para el conocimiento y registro de la administración, eventualmente puede generarse una multa). Por lo que, lo que concierne a la validez del contrato sólo tiene relación con el requisito de la escritura del contrato. En segundo lugar, si la validez como consecuencia se anuda al cumplimiento de la forma escrita, quiere decir, a la inversa, que la inexistencia de forma escrita generaría la invalidez del contrato. Llegados a esta conclusión, conviene hacer un matiz. Como ya se ha dicho, en Derecho del Trabajo no se puede hablar de invalidez

---

<sup>79</sup> En algunos casos, la Corte Suprema ha recurrido al principio de primacía de la realidad para declarar la inexistencia del contrato sujeto a modalidad suscrito con posterioridad al inicio de la prestación de servicios del trabajador. Esto es, cuando prestación efectiva de servicios sin formalización escrita. Ha dicho “ el hecho de que la suscripción del primer contrato modal haya sido en fecha posterior al inicio de labores del actor, lo que evidentemente y en aplicación del principio de primacía de la realidad determina la existencia de un contrato de trabajo de naturaleza determinada”. (Sentencia en casación de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 21 de octubre de 2002 (Exp. N° 1066-2001-LIMA)

del contrato a riesgo de reconocer como nulo el concierto de voluntades. Y ello, porque hay prestaciones, como la prestación de servicios, que son irreversibles. Aquí, lo que se declara inválido es el término contractual temporal al que se llegó mediante acuerdo verbal o tácito, dejando subsistente los demás acuerdos del contrato desprovisto de forma escrita.

Me parece que la inexistencia o existencia insuficiente de forma escrita puede tener, incluso, trascendencia constitucional. La inobservancia de causa justificada para la contratación temporal puede lesionar diversos derechos constitucionales. Así, el primero de la lista sería el derecho al trabajo (artículo 22 Constitución), pues si la regla general de contratación debe ser la contratación indefinida como promotora del derecho de estabilidad en el trabajo, la excepción, esto es, el contrato sujeto a modalidad, debería contener una causa justa de contratación. De admitirse la contratación temporal sin causa, se estaría negando la prioridad que el derecho al trabajo reconoce a la contratación por tiempo indeterminado. Es decir, el empleador tendría libertad de forma también en la contratación temporal.

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

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

## **5.2. Notificación de los contratos a la Autoridad Administrativa de Trabajo**

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

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

Ambas obligaciones o requisitos formales son impuestos respecto de la AAT, de ahí que su naturaleza sea extracontractual. Si en el caso de la forma escrita su operatividad afectaba internamente el régimen del contrato, por cuanto las responsabilidades las asumía el empleador al interior de la empresa, en el caso de las

obligaciones del artículo 73 su terreno de actuación es externo al contrato y a la empresa, pues el empleador asume sus responsabilidades de cara a la administración.

En cuanto a la primera obligación, la presentación de una copia del contrato de trabajo a la autoridad administrativa, hay que señalar que la propia norma define los fines. Señala que la notificación tiene por efecto el conocimiento y el registro. Ahora bien, por lo que señala el artículo 73 la obligación de presentar la copia del contrato no es inmediata a la celebración del mismo, pues el empleador cuenta con 15 días naturales para cumplir con este requisito. Esto es, antes de los 15 días naturales contados a partir de la celebración del contrato no hay incumplimiento.

El problema está en que resulta muy complicado para la administración laboral detectar el día exacto de la celebración del contrato, en cuyo caso es muy fácil eludir esta obligación. Basta que el empresario diga al inspector de trabajo en medio de una inspección que hace menos de 15 días firmó el contrato, para que se libere del incumplimiento. Me parece que esta formalidad contiene un nivel de coerción muy débil, que sólo se podría superar si la LPCL se modificara en el sentido de imponer la obligación de presentar copia del contrato de modo inmediato a la celebración del mismo<sup>80</sup>. La reforma de este artículo es esencial, para evitar que la obligación de presentar el contrato se convierta en una obligación meramente simbólica.

Ahora bien, lejos de este supuesto, imaginemos que el inspector de trabajo constata el incumplimiento. En efecto, pasaron los 15 días de plazo, pero no se comunicó a la Autoridad de Trabajo la firma del contrato sujeto a modalidad. Como toda infracción, se generará una multa. El problema es, sin embargo, determinar el tipo de infracción cometida, pues o bien se trata de un “no registro en planilla” asumiendo que es un trabajador contratado por tiempo indefinido o bien del incumplimiento de una formalidad ante la administración. La discusión no es bizantina por cierto, ya que de su solución dependerá si la multa corresponde a una infracción muy grave de tercer grado o si, por el contrario, a una infracción leve de primer grado (artículo 19 del Decreto Legislativo 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del trabajador. Me parece que el inspector, en ese momento y en uso de sus facultades, debe aplicar la presunción de indefinición del contrato de trabajo (artículo 4 LPCL) y el llamado principio de primacía de la realidad (artículo 3 del Reglamento de la Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, aprobado por D.S. 020-2001-TR). No obstante este primer paso, deberá utilizar todo el material probatorio que se encuentre a su alcance a efectos de aclarar el problema, ya que la mencionada presunción admite prueba en contrario. Creo, además, que la única prueba que podría desvirtuar la presunción ha de ser la presentación del contrato sujeto a modalidad por escrito. En consecuencia, la multa se aplicará a la infracción de “no registrar en planilla a un trabajador”

Respecto a la otra obligación, la de no actuar en fraude a la ley, hay que señalar que el mismo hecho puede llevar a dos incumplimientos distintos. Si se detecta, vía una visita inspectiva, que el contrato sujeto a modalidad escrito y presentado a la AAT es fraudulento, el contrato se entenderá desnaturalizado (artículo 77 LPCL) mientras el empleador asumirá la responsabilidad de este hecho frente a la AAT (artículo 73). No hay doble sanción que vaya en contra del principio *ne bis in idem*. Por el contrario, aunque el hecho punible sea el mismo (fraude en la contratación temporal), los sujetos

---

<sup>80</sup> 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.

y el fundamento son distintos<sup>81</sup>. En el caso de la desnaturalización se involucra sólo al régimen interno del contrato, a diferencia de la responsabilidad administrativa que atañe al ámbito externo de la relación contractual.

Este incumplimiento, que a su vez supone un fraude a la contratación de duración indefinida, será sancionado con la multa correspondiente a una infracción muy grave de tercer grado (artículo 19.1 de la Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador). Nuevamente, el trabajador al cumplir labores distintas de las pactadas en el contrato, debió ser registrado en la planilla de la empresa.

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

## **18. Límites débiles a la contratación temporal sucesiva o “en cadena”.**

### **6.1. Los topes máximos de la contratación en cadena y alcances**

El artículo 74 regula uno de los aspectos más controvertidos de la contratación temporal. La contratación temporal sucesiva o la contratación por medio de contratos sujetos a modalidad encadenados tradicionalmente se ha utilizado para desplazar en la práctica al principio de contratación por tiempo indefinido. La posibilidad de que sucesivos contratos a plazo fijo, respetuosos de los límites sustantivos y formales, fragmenten la vida laboral de un trabajador es un tema de gran calado para el Derecho del Trabajo de la flexibilidad. Repárese, no estamos hablando de contratos sujetos a modalidad fraudulentos, sino de contratos lícitos que pueden diluir la pretensión de estabilidad de los trabajadores<sup>82</sup>.

El citado artículo menciona que “dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan esos límites”. En el párrafo siguiente dirá “en los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años”.

Como se ve, la prescripción tiene dos supuestos. El primero, se refiere a topes máximos dentro de la misma modalidad contractual. Topes máximos que jugarán tanto en la contratación sucesiva como no sucesiva. Por ejemplo, en el contrato por reconversión empresarial la duración máxima es de dos años. Pues bien, esos dos años servirán de tope tanto a contratos sucesivos de reconversión empresarial, como a contratos espaciados, con periodos de inactividad. El segundo, en cambio, se refiere a topes máximos para la contratación sucesiva entre modalidades contractuales diversas. Por regla general se debe entender que la contratación en cadena está

---

<sup>81</sup> TERRADILLOS BASOCO, Juan, Empresa y derecho penal, Buenos Aires, 2001, p. 202.

<sup>82</sup> Sobre el particular, LAHERA FORTEZA, Jesús, Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, La Ley, 2001, pp. 135 y ss.

permitida hasta los tope máximos y quizá el único límite, como es razonable, está en adecuar el objeto y la duración de cada contrato sucesivo a lo dispuesto por la ley, así como respetar las formalidades en cada ocasión (artículo 87 del Reglamento de la LPCL).

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

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

En segundo lugar, del segundo párrafo artículo 74 se debe interpretar que la contratación no sucesiva a través de contratos sujetos a modalidad distintos, con intervalos de inactividad, no estaría sujeta a tope máximo alguno. Este tema es de suma trascendencia, en la medida que con algunos periodos de inactividad se podría alargar la situación de temporalidad de un trabajador por más de cinco años. Sin duda, este es un caso para que la jurisprudencia lo evalúe desde el prisma del fraude de ley. Por ejemplo, no es posible que un trabajador pueda laborar durante un periodo de tiempo de 15 años gracias a contratos sujetos a modalidad distanciados en el tiempo sólo por tres meses. El conjunto de la actividad empresarial es ilógica, por lo que tendrá que analizarse la posibilidad de fraude.

En tercer lugar, aunque la norma no mencione exclusiones a estos tope, podría decirse que algunos contratos sujetos a modalidad quedarán fuera del supuesto en atención a su propia naturaleza. Por ejemplo, el contrato de suplencia está sometido a la pérdida del derecho de reserva del puesto de trabajo del trabajador titular y es muy difícil que se imponga un tope máximo. Lo mismo habría que decir del contrato de obra determinada o servicio específico, cuyo fin es muy difícil de predeterminarlo. No obstante, no ha sido ésta la lectura que ha hecho sobre el particular la Corte Suprema, pues ha aplicado el tope máximo de cinco (5) años al contrato de obra por considerar que el artículo 74 no hace ninguna distinción entre contratos sujetos a modalidad<sup>83</sup>.

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

---

<sup>83</sup> Ver Considerando Séptimo de la Sentencia en casación de la Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República de fecha 21 de octubre de 2002 (Exp. N° 1066-2001-LIMA). Este tope máximo de 5 años ha sido elevado a 8 años, sin mayor sustento legal, por la misma Corte Suprema de Justicia de la República (Casación 1809-2004-LIMA). Es criticable la variación del precedente sin atender a otro criterio que la aplicación del principio de razonabilidad. Sin embargo, es más criticable el desenfoque de la Corte Suprema para reducir los abusos empresariales a través del contrato de obra. Me parece que en la línea de lo dicho, resulta más efectivo prohibir la utilización del contrato de obra en actividades permanentes de las empresas, dejando libre su operatividad en actividades extraordinarias o transitorias, que imponer límites temporales máximos.

cinco años, que ya es excesivo, se computa con periodos de prestación efectiva y de suspensión.

## **6.2. Efecto del incumplimiento de topes máximos: la desnaturalización de la relación**

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

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

Cierto sector jurisprudencial se ha inclinado por la primera opción, otorgando a los trabajadores indemnizaciones por despidos arbitrarios y compensación por tiempo de servicios correspondientes sólo al período que exceden los topes máximos legales<sup>84</sup>.

No compartimos esta opinión, porque, como ya se dijo, los supuesto de desnaturalización contienen sanciones al uso desviado de la contratación temporal. Es evidente que en el caso de los contratos sujetos a modalidad que ahora analizamos no existe fraude de ley, ya que todos los contratos respetan los límites sustantivos y formales. Sin embargo, si bien es cierto que no existe fraude en el análisis individual e aislado de cada contrato, basta ver el fenómeno en su integridad (sucesión de contratos sujetos a modalidad) para darnos cuenta que estas actuaciones no son compatibles con el principio de estabilidad en el empleo. Hace falta superar la lógica formalista para darnos cuenta que por encima del respeto formal de cada contrato a las causas legales, se esconde una realidad de necesidades permanentes encubiertas<sup>85</sup>. Acaso, ¿el surgimiento de tareas temporales por un lapso mayor a cinco años no demuestra por sí sola una necesidad permanente de la empresa?.

Por ejemplo, en el mismo caso que acabamos de citar, la propia sentencia de la Corte Suprema señala que el trabajador había trabajado ocho años en situación de temporalidad. Sin duda que allí, será muy difícil alegar que sólo se trata de un simple exceso del plazo máximo. Es por eso que el incumplimiento debe traducirse en la

---

<sup>84</sup> Sentencia en casación de la Corte Suprema de Justicia de la República de fecha 18 de octubre de 1999 (Exp. Cas. 989-98-Cuzco).

<sup>85</sup> A ello, hay que agregar que las fronteras difusas en las que se mueven los límites sustantivos de los contratos sujetos a modalidad (en especial, en lo que toca a su objeto o fin específico), también impulsan a reforzar los mecanismos de protección contra la utilización arbitraria de la temporalidad. En el mismo sentido, PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida..., Op. Cit., pp. 405 y ss.



desnaturalización de la relación de trabajo, en tanto sanción, y no sólo del último contrato modal.

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

### 6.3. Supuestos excluidos de la prohibición

Dada la complejidad de un fenómeno tan proteiforme como el del encadenamiento contractual, resulta evidente que la imposición de topes máximos es insuficiente impedir arbitrariedades en el uso de la contratación temporal. Lo curioso es que muchas veces estos comportamientos empresariales en principio serán lícitos, por no aplicárseles la prohibición, salvo, claro está, cuando se deriven de ellos actos en fraude de ley. A continuación, pasaremos a mencionar algunos casos de encadenamiento contractual a los que no se les aplica el artículo 74 LPCL y, por ende, ponen en cuestión la real operatividad del derecho al trabajo.

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

En segundo lugar, los topes máximos juegan en la lógica de un trabajador en un centro de trabajo específico (al menos en el segundo párrafo del artículo 74). Y, ¿qué pasa si la empresa tiene varios centros de trabajo?. Aún asumiendo que la expresión “centro de trabajo” la reemplacemos por “unidad empresarial”, ¿qué pasa si se trata de una empresa de grupo?. Aparentemente en ambos casos, el trabajador podría ser contratado sucesivamente sin límites ni topes máximos, mientras va rotando por todos los centros de trabajo o por todas las empresas, según corresponda. Nuevamente, salvo que el trabajador pruebe el fraude de ley (por ejemplo, que la empresa de grupo cuenta con personas jurídicas aparentes o artificiales<sup>86</sup>), la contratación en cadena será lícita.

En tercer lugar, el recurso a mecanismos de contratación temporal indirecta (léase, empresas de servicios temporales, empresas de servicios complementarios, empresas de servicios especializados o empresas que ofrecen obras o servicios determinados para cumplir labores del giro de la empresa contratante, etc.), también puede ayudar a eludir en principio lícitamente los topes máximos. Me explico, un trabajador puede ser contratado por distintos y sucesivos contratos modales en el plazo de cuatro años. Pero luego, antes de cumplir los cinco a los que se refiere el tope, se contrata al mismo trabajador por medio de un contrato ocasional a través de una empresa de servicios temporales. El problema es que no sólo se elude el tope, sino que se interrumpe el cómputo en la medida que se interrumpe la sucesión de contratos. La pregunta que salta a la vista es: ¿podrá el empleador volver a contratar al trabajador directamente luego de acabado el contrato ocasional con la empresa de servicios temporales?. Y si la respuesta es positiva, ¿habrá que empezar un nuevo cómputo de cinco años?.

---

<sup>86</sup> Sobre el tema de los grupos fraudulentos, Vid. ARCE ORTIZ, Elmer, El concepto jurídico del grupo de empresas en el Derecho del Trabajo, en Asesoría Laboral, Lima, abril 2003, pp. 13 -16.

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

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

Por último, en quinto lugar, llama la atención que no se defina qué ha de entenderse por una sucesión de contratos sujetos a modalidad. Queda claro que cuando hay un encadenamiento contractual sin solución de continuidad no existe ningún problema para aplicar los topes máximos. Pero, ¿qué sucede si las contrataciones se hacen dejando periodos de uno, dos o tres meses?. ¿Son contratos temporales sucesivos a efectos de sumar los tiempos y aplicar los topes máximos?. Bastaría dejar al trabajador en situación de inactividad por un tiempo determinado entre contrato y contrato para aparentemente librarse de los límites impuestos por el artículo 74 LPCL<sup>87</sup>.

Sin duda, es éste un problema de gran trascendencia que la LPCL no lo ha definido. Me parece que la solución podría ir por el lado de aceptar que el vínculo laboral subsiste a pesar de que las prestaciones del contrato de trabajo sujeto a modalidad terminen. Por tanto, teóricamente, el vínculo laboral terminará cuando caduque el plazo para impugnar judicialmente un despido<sup>88</sup>. Según la LPCL, la caducidad de este plazo opera a los treinta días naturales de producido el hecho extintivo del contrato. Es decir, pasados los treinta días contados a partir de la terminación de contrato sujeto a modalidad anterior ya no se podrá hablar de encadenamiento contractual. La solución parece razonable, sin embargo, los jueces habrán de estar alerta a los actos fraudulentos que se deriven de la elusión de esta formalidad. En el caso por caso habrá de analizarse si la recontractación del mismo trabajador a los 31 ó 33 días,

---

<sup>87</sup> Sin duda, éste será un problema a presentarse sobre todo en el límite máximo de los cinco años, puesto que como se ha dicho la aplicación del tope máximo dentro de cada contrato sujeto a modalidad opera tanto en las contrataciones sucesivas como en las no sucesivas (primer párrafo artículo 74 LPCL). Páginas atrás hemos defendido la necesidad de aplicar el mecanismo del fraude de ley como límite a estas inconductas empresariales (Capítulo 6.1)

<sup>88</sup> El profesor CAMPS RUIZ (La contratación laboral temporal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 139) ha señalado: “No es sencillo, sin embargo, determinar cuándo una interrupción tiene la suficiente entidad para romper esa unidad del vínculo. Si es claro que una interrupción muy breve carece de dicha entidad, pueden plantearse dudas para periodos más amplios, especialmente si se supera el plazo de caducidad de veinte días hábiles para ejercitar la acción de despido”.

comporta una necesidad empresarial lícita o simplemente encubre una voluntad fraudulenta de evadir los topes máximos a los que se refiere el artículo 74 LPCL<sup>89</sup>.

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

### **19. Prohibición de transformar en temporal una relación por tiempo indefinido**

Según el artículo 78 LPCL “los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser recontractados bajo ninguna de las modalidades previstas en este título, salvo que haya transcurrido un año del cese”.

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

Ahora bien, la prohibición opera frente a cualquier tipo de cese del trabajador permanente. Es decir, estará prohibida la novación extintiva, que se traduce en el mutuo acuerdo de extinguir el anterior contrato con el fin de suscribir uno nuevo, el despido arbitrario con el fin de recontractar al mismo trabajador, la aparente renuncia del propio trabajador, la terminación del trabajador por causa objetiva, etc. De este modo, no interesa tanto la causa de extinción del contrato de trabajo por tiempo indeterminado, sino el comportamiento fraudulento que puede encubrir ese acto extintivo<sup>90</sup>.

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

### **20. La sanción por el fraude o simulación: la transformación en contrato por tiempo indeterminado.**

El fraude de ley o la simulación vienen a operar como “cláusula de cierre” o “clave de bóveda” a todos los límites que se cargan sobre la contratación temporal. Ya nos

---

<sup>89</sup> Para una crítica a la utilización de un plazo fijo como único elemento para entender el rompimiento del vínculo laboral, PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal e indefinida..., Op. Cit., pp. 408 y ss.

<sup>90</sup> Incluso, habría que predicar la actuación de esta norma, cuando el contrato temporal pactado inicialmente como tal se ha desnaturalizado. Se ha dicho con mucha razón, “Sí hay fraude cuando se pretende transformar en temporal una relación que ya tenía naturaleza indefinida” (CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La contratación laboral temporal, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 135)

ocupamos, en su momento, del fraude de ley centrado en detectar contratos escritos aparentemente lícitos, que, sin embargo, no guardaban un correlato con su ejecución. Es decir, situaciones donde “documento escrito” con “labores cumplidas en la realidad” no coinciden. Por eso, ahora analizaremos el fraude de ley desde una perspectiva mucho más amplia: la de proscriptor de comportamientos elusivos o contrarios a la regla de indefinición de la relación laboral que defiende la Constitución y, en teoría, la LPCL.

### 8.1. ¿La simulación o el fraude de ley?

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

Como ha dicho la doctrina, desde hace mucho tiempo, la diferencia entre simulación y fraude está en que “el fraude de ley no es una oposición larvada a ésta, como sucede con la simulación, sino que un comportamiento independiente del *contra legem agere*, comportamiento que cae bajo la sanción de aquélla otra norma distinta que los prohíbe, mientras que la simulación no logra sustraer el negocio a la aplicación de la norma bajo cuyo ámbito debe caer, y sigue siendo un negocio *contra legem*”<sup>91</sup>. De ahí que, el negocio simulado sea un medio de ocultar la violación de una norma con respecto a terceros y no a los mismos sujetos del contrato<sup>92</sup>. Pues, si el engaño no se dirige a terceros, sino a las partes contratantes, lo que habrá ya no es una simulación, en la medida que habrá un engaño o una inducción al error sin más a la contraparte contractual<sup>93</sup>. Y el negocio fraudulento será el que pretenda sustraer de su ámbito natural a la norma que se utiliza, pues usa la ley para un fin distinto del perseguido por ella.

Ahora bien, dado que la simulación es un engaño dirigido a terceros, me parece ilógico que a estos casos se les aplique la sanción de transformar el contrato sujeto a modalidad en uno de tiempo indefinido. Por ejemplo, sabiendo que la contratación laboral es un requisito previo para gozar de las prestaciones de seguridad social en salud, un supuesto trabajador y un empleador deciden simular un contrato sujeto a modalidad. Este es el caso de una simulación absoluta, que inventa la existencia de una relación de trabajo, a la que sería ilógico aplicar el artículo 77 LPCL. En todo caso, ante la falta de causa o ilicitud del negocio jurídico “inventado”, lo que corresponde es declarar su ineficacia absoluta. Si la seguridad social hizo algún gasto por esta razón, la sanción implicará necesariamente la devolución de lo percibido<sup>94</sup>.

De otro lado, igual suerte correrían las simulaciones relativas. Su carácter no se corresponde con la consecuencia del artículo 77 LPCL. Imaginemos que un trabajador

---

<sup>91</sup> HERRERO NIETO, B, La simulación y el fraude a la ley en el derecho el trabajo, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 135-136.

<sup>92</sup> Es evidente que el negocio simulado puede ser unilateral, bilateral o multilateral, sin embargo vamos a dejar de lado a las simulaciones unilaterales y multilaterales para centrarnos en las bilaterales. La razón de ello está en que nos interesa, en este punto, aterrizar en el contrato de trabajo.

<sup>93</sup> Para que exista la simulación de un negocio jurídico es necesario que las partes intervinientes coincidan en el querer encubrir la realidad con un ropaje jurídico distinto al que les corresponde. Por eso, la simulación es un concepto que se dirige a terceros. Herrero Nieto dirá: “encaminada a producir una situación de apariencia, con el fin de provocar en la mente ajena un estado de error” (La simulación y el fraude a la ley en el derecho del trabajo, Barcelona, Bosch, 1958, p. 19).

<sup>94</sup> IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, Rafael, El abuso del derecho y el fraude de ley en el derecho del trabajo, Madrid, Colex, 1989, p. 232.

de la administración pública está prohibido de trabajar en cualquier empresa privada por tiempo indefinido. De esta forma este trabajador y un empresario privado deciden firmar un contrato sujeto a modalidad, a sabiendas que la prestación es por tiempo indefinido. El marco de esta simulación relativa, que no inventa una realidad sino simplemente oculta un contrato con otro, tampoco es terreno abonado para la finalidad que intenta transmitir el artículo 77 LPCL.

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

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

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

## **8.2. El fraude de ley y el incumplimiento de los límites de la contratación sujeta a modalidad.**

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

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

Ahora bien, el fraude de ley como elemento de protección residual que es, va a actuar en dos direcciones: de un lado, frente a incumplimientos de las prohibiciones expresas y, de otro, frente a incumplimientos atípicos. Es decir, frente a supuestos no previstos

por el legislador o que precisamente aprovechan los entresijos de la técnica legislativa para operar<sup>95</sup>.

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

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

En segundo lugar, hay casos donde la legislación no es tan clara a efecto de imponer prohibiciones. Como ya se dijo, el artículo 74 LPCL señala que todos los contratos sujetos a modalidad tienen plazos máximos, sin embargo el problema se plantea en el marco de una sucesión de contratos sujetos a modalidad distintos. Se impone el tope de cinco años, pero luego no se dice si un periodo de inactividad interrumpe el cómputo del plazo máximo. Así, puede suceder que el periodo de inactividad siga a cada contrato, con lo que aparentemente se eludiría el tope, o que el periodo de inactividad se produzca a los cuatro años ocho meses, con el mismo riesgo. Me parece que la facultad de contratar vía modalidades temporales es una facultad extraordinaria, por lo que no debiera permitirse la recontractación. Los ejemplos mencionados ponen de manifiesto que la conducta empresarial vista en su conjunto persigue fines contrarios al respeto del derecho al trabajo. En fin, el tema dependerá del ámbito de operatividad que la jurisprudencia imponga a la prohibición y al fraude de ley.

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

De otro lado, si no se adoptara esta opinión, se podría pensar que la prohibición no le alcanza a esta modificación del mismo contrato. No obstante, la utilización del fraude de ley puede ser importante para desenmascarar esta actuación ilícita. La aparente licitud del pacto de modificación serviría de coartada para lesionar el principio de

---

<sup>95</sup> PEREZ REY, Joaquín, La transformación de la contratación temporal en indefinida, Valladolid, Lex Nova, p. 226.

contratación indefinida que encuentra sus bases fundamentales en el derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución)

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

Finalmente, para poner fin a este pequeño listado nos detendremos en los casos de “planillas insuficientes”. Es frecuente que muchas empresas aleguen necesidades del mercado sin que se produzca una variación sustancial de la demanda de productos o servicios en el mismo. Lógicamente, tendrán necesidad de contratar trabajadores eventuales en labores permanentes porque los trabajadores con que cuenta son insuficientes<sup>96</sup>. Si el empleador sólo ha contratado 10 trabajadores en su plantilla cuando su actividad ordinaria necesita de 15, es evidente que sus trabajadores no podrán satisfacer las demandas normales del mercado. En mi opinión, el empresario tendrá que incorporar 5 trabajadores más a su plantilla y sólo si hay un incremento circunstancial de las labores deberá recurrir al contrato por necesidades del mercado<sup>97</sup>.

Quizá el problema en este caso, como en todos los demás, radica en que las formas de encubrir un incumplimiento legal son muy sutiles. Muchas veces el fraude se esconde tras conceptos económico-organizativos que son normalmente incomprensibles para los aplicadores del derecho. De ahí que, sea importante la promoción de la negociación colectiva en estos aspectos, así como mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores, con el fin de que los sujetos sociales subsanen los vacíos de regulación de la LPCL. La negociación colectiva, a través de los convenios, debiera servir de mecanismo de control primario de la utilización fraudulenta de los contratos sujetos a modalidad<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Uno de los remedios que puede mejorar esta situación es la de instituir un deber de información del empresario sobre la existencia de puestos de trabajo permanentes que se encuentren vacantes. Ello, ha sido recogido en la legislación española de la siguiente manera: “El empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa con contratos de duración determinada o temporales, incluidos los formativos, sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, a fin de garantizarles las mismas oportunidades de acceder a puestos permanentes que los demás trabajadores...” (artículo 15.7 del Estatuto de los Trabajadores).

<sup>97</sup> Una crítica de la contratación temporal en situaciones de “déficit de plantilla” desde la doctrina española puede verse en LAHERA FORTEZA, Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, La Ley, pp. 49 y ss.

<sup>98</sup> Aunque con un comentario más centrado en el fraude articulado mediante una sucesión de contratos, particular importancia a la negociación colectiva le reconoce en esta tarea CRUZ VILLALÓN, Jesús, El Estatuto de los Trabajadores Comentado, Madrid, Tecnos, 2003, p. 213.

## **21. La contratación temporal en las entidades estatales.**

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

### **9.1. La utilización de contratos sujetos a modalidad en actividades permanentes de la administración pública.**

Por mucho tiempo, el Decreto Legislativo 276 fue la norma que reguló la relación laboral de los servidores públicos con su empleador, el Estado. Esta norma, que entra en vigencia en el año 84, reconocía la estabilidad en el trabajo a todos los trabajadores nombrados del sector público que prestaban labores permanentes o estables a la administración. No obstante, fue el proceso de “privatización” de la función pública, instaurado por el gobierno de Fujimori en 1991, el que vino a incorporar a las entidades estatales a trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada. Obviamente, estos últimos trabajadores no ingresaban a la entidad estatal por la vía de la contratación indefinida, sino de contratos sujetos a modalidad o de contratos civiles de locación de servicios. Masivamente, las contrataciones para labores permanentes en las entidades estatales se articularon por la vía de la contratación a plazo fijo. Incluso, atendiendo a la magnitud del fenómeno, se podría decir que uno de los grandes móviles de la contratación a plazo indeterminado fue el desmantelamiento de la estabilidad laboral que ofrecía el Decreto Legislativo 276 a los servidores públicos. La carga social que un sistema de este tipo imponía al Estado fue eludida con la introducción de mecanismos flexibles en la contratación.

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

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

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



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

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

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

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

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

No obstante, dado que esta idea no es otra que la conclusión del punto anterior, quisiera trasladar nuestro análisis a otra situación de gran relevancia. Si suponemos que, para el ingreso a desempeñar labores permanentes en la administración un trabajador podrá postular únicamente a una plaza presupuestada, la pregunta que habría que hacerse es: ¿qué pasa si la plaza presupuestada lo es para un contrato sujeto a modalidad que luego se desnaturaliza?. O dicho de otro modo, ¿qué sucede si el contrato se transforma en uno de naturaleza indefinida y las cargas sociales exceden lo presupuestado?. En principio, se podría declarar nula toda prórroga tácita del contrato sujeto a modalidad, por cuanto la existencia de financiamiento es un requisito fundamental para el inicio de la prestación de servicios. Pero, y aquí viene lo relevante, el Estado como parte de una relación contractual está sujeto a las mismas reglas de los empresarios privados, esto es, al artículo 77 LPCL.

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

## **9.3. Supuestos de fraude en la contratación temporal en entidades públicas**

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

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

Respecto a las segundas, quizá los ejemplos son más variados. Un caso en que la administración muchas veces se excede en los límites temporales del contrato fijo, es el referido a la suplencia por cargo vacante. Esta situación ocurre sobre todo en cargos de dirección o de responsabilidad. Imaginemos que hay una plaza presupuestada para el cargo de Director de Asuntos Administrativos de la Gerencia de Asuntos Jurídicos, pero como ha de someterse a concurso es necesario nombrar un Director interino. El problema es que muchas veces se efectúa el nombramiento mediante un contrato de suplencia que puede extenderse hasta límites exagerados. La permanente inestabilidad del Director será evidente, sin embargo lo que está detrás de todo esto es la existencia de una contratación incausada<sup>99</sup>. Me explico, el pretexto por el que se contrata a este Director interino es el proceso de selección de quien será próximamente el Director titular, pero ¿si todavía no se inicia el proceso de selección?. Por lo demás, parece obvia la actuación fraudulenta de la administración. En consecuencia, el trabajador contratado por contrato de suplencia deberá transformar su condición a trabajador por tiempo indefinido, al margen de que mantenga o no el cargo de Director.

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

---

<sup>99</sup> Para un análisis de la utilización del contrato de suplencia en un contexto de cargo vacante, ver la crítica que formula PRADOS DE REYES (Aspectos de la reforma laboral en materia de contratación temporal, en Temas Laborales, n° 38, 1996, p. 25). Señala, en términos genéricos, que la sola existencia de plaza presupuestada no ofrece la facultad a la administración de contratar un trabajador suplente, puesto que todavía no se tiene certeza que se colocará a un trabajador estable en ese puesto. Quizá, dice el autor, lo más lógico sea utilizar el contrato de suplencia siempre que se haya iniciado el proceso de selección para la cobertura de la plaza. Ello evitará contratos de suplencia cuasi eternos.

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

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

## **22. Trato igualitario para trabajadores contratados por duración determinada**

Según el artículo 79 de la LPCL “Los trabajadores contratados conforme al presente título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba”.

Es importante resaltar que este artículo deriva claramente del artículo 2.2 de nuestra Constitución que consagra el principio de igualdad: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”. De esta forma, el mandato de igualdad se dirige al legislador, que no podrá establecer diferencias arbitrarias e irrazonables entre trabajadores en atención a la duración del vínculo contractual, y también al juez, que al momento de aplicar la ley laboral tampoco podrá hacer distinción alguna basada en el carácter fijo o indeterminado del contrato que une al trabajador con su empresa. Por lo demás, queda claro que si existiera una justificación objetiva y razonable para efectuar la distinción entre un trabajador contratado a plazo fijo y otro por tiempo indeterminado no se está lesionando el principio de igualdad<sup>100</sup>.

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

De otro lado, todos los actos del empleador, así como todos los sujetos privados, también estarán sujetos al principio de igualdad. Y ello, a través del artículo 1.1 del

---

<sup>100</sup> “El principio de igualdad supone que ante situaciones iguales existe la prohibición de diferenciar, siempre y cuando la distinción de trato obedezca a motivos sin justificación objetiva, permitiéndose el trato diferenciado cuando éste se base en causas razonables. Podemos afirmar, por tanto, que el principio de igualdad no ha ordenado la existencia de una igualdad de trato en el sentido absoluto; la alusión a la razonabilidad de los factores de diferenciación aleja ala igualdad del simple igualitarismo desconocedor de todo elemento distintivo” (Cfr. GORELLI HERNÁNDEZ, Juan, Los supuestos de readmisión en el despido, Madrid, Tecnos, 1996, p. 88).

Convenio OIT denominado “convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación)” que consagra la llamada “igualdad de trato”<sup>101</sup>. En otras palabras, todos los actos empresariales o los actos con participación de la voluntad de otro sujetos privados (caso típico, convenio colectivo), no podrán establecer condiciones diferenciadas para los contratados a plazo fijo y los contratados por tiempo indeterminado, salvo que exista una justificación objetiva y razonable.

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

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

Pero, además, me parece que el artículo 79 LPCL peca de restrictivo, por cuanto sólo se ocupa de las lesiones a la igualdad que resultan más obvias. Es decir, sólo ejerce un control sobre normas o pactos que directamente plantean una distinción arbitraria o no razonable. Imaginemos que una ley del congreso, aplicable en principio a todos los trabajadores, en uno de sus artículos condiciona el derecho de ascensos de categoría al requisito del carácter indefinido de la contratación. El problema de esta visión restrictiva es que deja fuera de su ámbito de control a formas más sutiles de vulneración de la igualdad. Por ejemplo, empresas que suscriben un convenio colectivo con mayoría sustancial de trabajadores con contratos indefinidos y firman otro con los contratados por contratos modales, estableciendo mejores beneficios para los primeros que para los segundos. O, empresas que suscriben convenios colectivos sólo con determinadas categorías de trabajadores, que en su mayoría gozan de contratos por tiempo indefinido, dejando a las demás categorías, conformadas por trabajadores eventuales, sin mejoras de beneficios legales<sup>102</sup>.

Quizá a primera impresión se pueden admitir estas diferencias y/o exclusiones argumentando que el convenio colectivo es una causa objetiva y razonable de las mismas. Sin embargo, me parece que el análisis debiera ir más allá de este simple argumento. Si se miran bien los ejemplos, ocurre que la propia naturaleza de los contratos sujetos a modalidad anulan o restringen la igualdad de oportunidades de los trabajadores contratados bajo estas fórmulas. ¿Por qué?. Porque estos tratos diferenciados tienen su explicación en el reducido poder negocial que tienen los

---

<sup>101</sup> El Convenio 111 de la OIT viene interpretar el artículo 2.2 de nuestra Constitución, en tanto reconoce el principio de igualdad, confeccionando ambas normas un solo bloque constitucional. A esta conclusión se llega tras la aplicación de la Cuarta Disposición Transitoria de la Constitución peruana que señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

<sup>102</sup> Un comentario acerca de estos supuestos donde también opera el principio de igualdad, ver en CRUZ VILLALÓN, Jesús, El Estatuto de los Trabajadores Comentado, Madrid, Tecnos, 2003, p. 212.

trabajadores modales<sup>103</sup>. La precariedad temporal de su vínculo, los convierte en trabajadores renuentes a participar en actividades de conflicto o negociación con su empleador. Su dependencia del empresario para la renovación del contrato sujeto a modalidad los transforma en trabajadores sumisos. No es que el conflicto social al interior de la empresa desaparezca, sino que se reprime por la especial condición de estos trabajadores.

La anulación del derecho de igualdad de oportunidades debe ser revertida, si no se quiere atentar contra el artículo 26.1 de la Constitución. En estos casos, a mi juicio, debe defenderse el concepto de igualdad sustancial, en la medida que el ordenamiento laboral debe evitar que unos trabajadores tengan mejores armas que otros para defender y mejorar sus condiciones de trabajo. Aunque la distinta duración del contrato de trabajo no sea un factor tradicional e histórico de discriminación, como sucede paradigmáticamente con el sexo, la opinión o la raza de las personas, por sus características peculiares debería serlo. Si es tan necesario para la empresa flexible contar con trabajadores por tiempo determinado, el legislador laboral debiera implementar acciones promotoras de la acción sindical de estos trabajadores. Concretamente, se debería obligar al empresario a probar rigurosamente la verdadera justificación empresarial para establecer diferentes regulaciones en el convenio con mayoría de trabajadores indefinidos respecto del convenio con mayoría de trabajadores a plazo determinado.

La propuesta sugiere que se apliquen los parámetros de la discriminación indirecta a estas situaciones<sup>104</sup>, desterrando la justificación de un trato diferenciado en la existencia de dos convenios colectivos distintos. Dicho de otra manera, a pesar de que la diferencia se sustente en una medida aparentemente neutra (libre elección de la unidad de negociación colectiva), por estar alejada externamente del criterio de duración de los contratos, aquélla tiene un impacto adverso y perjudicial mayor sobre aquellos trabajadores que tienen un contrato por tiempo definido. Bastará que la medida neutra sea irrazonable y el impacto perjudicial sobre este colectivo sea objetivo y desproporcionado<sup>105</sup>, para que el juez invalide el acto que constituye discriminación indirecta. Así, cumpliendo el mandato rotundo del artículo 2.2 de nuestra Constitución, “Nadie debe ser discriminado”, y sin que la prueba en contrario del empleador haya tenido éxito, el juez deberá ampliar el ámbito subjetivo del convenio colectivo que regula solamente a los trabajadores con contrato indefinido, con el fin de que los demás trabajadores accedan a los mismo beneficios.

### **23. El período de prueba en el contrato sujeto a modalidad**

Tema relacionado íntimamente con la extinción del contrato de trabajo es el del período de prueba. Dado que en los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la LPCL para los contratos suscritos por

---

<sup>103</sup> CAMPS RUIZ, Luis Miguel, La contratación laboral temporal, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, pp. 144- 145.

<sup>104</sup> Aunque referido a un factor diferencial específico, como es el sexo, se ha señalado que “hoy las discriminaciones prohibidas por las modernas leyes antidiscriminatorias en el trabajo son tanto las discriminaciones directas, o diferencias de trato por razón de sexo, como las discriminaciones indirectas, o prácticas o medidas formalmente neutras que desfavorecen a un mayor número de personas de un sexo, y no están justificadas” (Cfr. SAEZ LARA, Carmen, Mujeres y mercado de trabajo, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, p. 47).

<sup>105</sup> Sobre este tema, BALTA VARILLAS, José, El impacto adverso, en Themis, Revista de derecho de estudiantes de la Pontificia Universidad Católica de Perú, Segunda Época, Lima, 1996, N° 34, pp. 119 y ss).

tiempo indefinido (artículo 75 LPCL)<sup>106</sup>, habrá que tener presente dos reglas básicas. En primer lugar, la duración del periodo de prueba “es de tres meses” (artículo 10 LPCL). A pesar de la aparente redacción imperativa que contiene este artículo, una interpretación basada en la ratio legis de la misma debe llevarnos a pensar que estamos ante una norma de máximos de derecho necesario (vg., una norma que impone un “techo” dejando a la autonomía privada, ya a través de contratos individuales, convenios colectivos o costumbres, plena libertad para pactar por debajo del límite de tres meses)<sup>107</sup>. De no admitir esta interpretación, el legislador estaría suplantando al empleador en la toma de decisión de una materia donde las características propias de la prestación o de la empresa en concreto son bastante relevantes. No se trata de una renuncia, que implicaría el pacto contra una norma imperativa, sino del juego de la autonomía privada en la “zona dispositiva de la ley”. Incluso, me parece que si las partes así lo deciden, nada se opone a que el contrato de trabajo excluya expresamente el periodo de prueba.

En segundo lugar, cumplido el periodo de prueba el trabajador alcanzará el derecho a la protección contra el despido arbitrario. El periodo de prueba tiene por objeto evaluar las aptitudes profesionales del trabajador, así como sus calidades personales<sup>108</sup>. Sin embargo, pasada esta etapa recién el trabajador gozará de la protección legal contra el despido arbitrario. Lo cual, a nuestro juicio, quiere decir dos cosas. Una, que durante el periodo de prueba cualquiera de las partes puede rescindir el contrato sin alegar causa justificada de la ruptura. Y dos, que el único derecho suspendido es la protección contra el despido arbitrario, por lo que en todos los demás aspectos la relación laboral opera con todos sus efectos. En otras palabras, durante el periodo de prueba el trabajador goza de todos los derechos y obligaciones como trabajador de la empresa.

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

El primer tema que llama la atención cuando abordamos el periodo de prueba desde la perspectiva de los contratos modales es el de su duración. Si el periodo de la prueba está fijado en tres meses, salvo claro está que las partes lo reduzcan, entonces pueden darse muchos casos en que dicho periodo coincida o, en el peor de los casos, exceda, el plazo estipulado en un contrato sujeto a modalidad<sup>109</sup>. Por ejemplo, un contrato de suplencia de una duración de dos meses y medio someterá al trabajador a una permanente prueba a lo largo de la ejecución de todo el contrato. Si las partes del contrato no reducen el periodo de tres meses de prueba legal, el trabajador nunca adquirirá la llamada protección contra el despido arbitrario.

---

<sup>106</sup> Es curioso que el texto actual de la LPCL no presente disposición alguna que regule el periodo de prueba en los contratos sujetos a modalidad, más aún si el artículo 46 del texto original de la Ley de Fomento del Empleo sí lo hizo. Recordemos que el mencionado artículo 46 se apartaba de la regulación general para disponer que “en los contratos sujetos a modalidad no hay periodo de prueba, salvo estipulación expresa en contrario”.

<sup>107</sup> La naturaleza de máximo de derecho necesario del artículo 10 LPCL también nos lleva a la conclusión de que cualquier pacto que exceda los tres meses, sería un pacto sin efectos jurídicos desde los tres meses para adelante. Salvo que se trate de trabajadores cualificados, de confianza o de dirección, donde por reconocimiento expreso de la ley los plazos pueden ser mayores, ningún contrato puede estipular un periodo de prueba que exceda de tres meses. De este modo, un trabajador que es despedido al quinto mes de haber iniciado su prestación de servicios tendrá derecho a la protección contra el despido arbitrario, así en el contrato figure que el plazo de prueba lo es por seis meses.

<sup>108</sup> ALONSO OLEA, Manuel y CASA BAAMONDE, María Emilia, Derecho del trabajo, Madrid, Universidad Complutense, décimo cuarta edición, 1995, p. 203.

<sup>109</sup> Hace notar este problema, CRUZ VILLALÓN, Jesús, El Estatuto de los Trabajadores Comentado, Madrid, Tecnos, 2003, p. 202- 203.

La irrazonabilidad del ejemplo propuesto, hace pensar que el periodo de prueba en los contratos sujetos a modalidad requiere de normas específicas en este aspecto. Nuestra legislación guarda silencio al respecto y la negociación colectiva poco o nada ha aportado a solucionar este tema. Quizá la salida más razonable pase por determinar el plazo máximo de prueba a través de porcentajes aplicables a cada contrato. Es decir, si un contrato por necesidades del mercado tiene una duración de 10 meses, el período de prueba no debería pasar de 15% por ejemplo (mes y medio). El problema de ello, obviamente, va a estar en los contratos que no tienen fechas fijas y concretas de término, tal como ocurre con el contrato de obra determinada o servicio específico y el de suplencia. En estos casos, me parece que el legislador debiera mantener el establecimiento de topes fijos para el periodo de prueba, sin embargo ello habría que hacerlo por rangos. Me explico, si el tiempo aproximado para realizar la obra es 1 año, el periodo de prueba no debiera exceder de 1 mes; si la obra se espera terminar más allá del año, pero antes de 2 años, la prueba no debiera exceder de 2 meses y si la duración del contrato excede los tres años se podría mantener el periodo de prueba de tres meses.

De otra parte, el segundo tema que también resulta específico a los contratos sujetos de modalidad, es el relativo al cómputo del periodo de prueba en la contratación temporal sucesiva. Cada vez que exista un nuevo contrato, ¿se ha de computar un periodo de prueba nuevo?. Ello equivale a decir si pacto contratos sujetos a modalidad sucesivos con duraciones no superiores a tres meses, el trabajador no alcanzará la protección contra el despido arbitrario hasta por un lapso de cinco (5) años en que la relación de trabajo se desnaturalice y se transforme en indefinida. Esta conclusión, sería ilógica desde todo punto de vista.

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

Entiendo que una interpretación literal del artículo 84 del Reglamento supone centrar el análisis sólo en el primer contrato de la sucesión. Si éste sobre pasa los tres meses, el plazo de prueba será de tres meses o lo que pacten las partes por debajo de este tiempo; no obstante, si la duración del contrato sujeto a modalidad es inferior a tres meses, el plazo de prueba dura lo que dure el contrato. En este último caso, la recontratación supone una renovación de la confianza empresarial en su trabajador.

Lo ideal es que este artículo 84 del Reglamento pueda incorporarse al texto de la LPCL. Su continuidad en la norma reglamentaria, a pesar de su lucidez, podría ser controvertida por atentar contra el principio de jerarquía normativa. Me parece que,

siendo la LPCL la que señala que el periodo de prueba es de tres meses, difícilmente se puede alegar que el artículo 84 viene a complementarla. Por el contrario, dado que esta última permite periodos de prueba menores al indicado en la Ley, se produce a mi juicio una antinomia entre ambas. La aplicación de la Ley, por encima del Reglamento, parece evidente.

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

#### **24. Extinción del contrato sujeto a modalidad**

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

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

Sin embargo, esta regla general tiene dos excepciones claramente identificables: el contrato de obra determinada o servicio específico y el contrato de suplencia (artículo 16.c LPCL). En el primer caso, el contrato de obra determinada o servicio específico se extingue con la terminación de la obra o servicio comprometido, de forma tal que la estipulación de un plazo con fecha cierta es sólo referencial<sup>110</sup>. Lo relevante a efectos de determinar el momento de la extinción de este contrato es la terminación del objeto propiamente dicho. Eso sí, la incertidumbre que pesa sobre el contrato de obra no quiere decir que este contrato pueda durar toda la vida laboral del trabajador, ya que la jurisprudencia ha dispuesto que el tope máximo de cinco (5) años también se le aplica.

De ahí que, pasados estos cinco años o terminada la obra el trabajador dejará de prestar servicios, en la medida que se extingue el contrato. Si continuare laborando, aún cumplidos estos términos, operará la desnaturalización del contrato de obra o

---

<sup>110</sup> GARCIA NINET, J y VICENTE PALACIO, A., El contrato para obra y servicio determinado, en La Contratación Temporal, AAVV (coordinados por los autores), Valencia, Tirant lo blanch, 1999, pp. 78 y ss.



servicio determinada (artículo 77. b de la LPCL). Esto es, el contrato de obra o servicio se transforma en uno de duración indeterminada.

En el segundo caso, el contrato de suplencia por su propia naturaleza tampoco ha de respetar necesariamente una fecha cierta, puesto que su extinción depende del mantenimiento o final del derecho de reserva del puesto de trabajo que tiene el titular del mismo. Esto es, el cumplimiento de esta condición resolutoria (reincorporación del titular en su puesto) será el elemento relevante para definir la extinción del contrato de suplencia. De forma tal que si la causal de suspensión que opera sobre el contrato del trabajador titular se prolonga en el tiempo, también habrá de entenderse prolongado el contrato de suplencia<sup>111</sup>.

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

De otro lado, unida a esta fórmula de extinción que se deriva de la naturaleza especial de los contratos modales, el despido de un trabajador en este contexto también asume rasgos particulares. La extinción *ante tempus*, posterior al período de prueba y originada en la voluntad unilateral del empresario, configura un despido<sup>112</sup> con características distintas si se le compara con el despido que ocurre en un contrato de duración indefinida. Así, mientras en este último la indemnización por despido arbitrario se computa a razón de remuneración y media por cada año completo de servicios con un máximo de 12 remuneraciones, en el despido arbitrario ocurrido en un contrato sujeto a modalidad se “deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones” (artículo 76 LPCL)<sup>113</sup>.

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

---

<sup>111</sup> Con respecto a este contrato, se ha dicho que “se extingue cuando se haya cumplido su finalidad, o sea, cuando la empresa se ve exonerada de la obligación de reserva del puesto de trabajo, bien por la incorporación del sustituto, bien por la extinción de su derecho a la reserva” (MARIN CORREA, José María, La duración del contratación, en Revista Española de Derecho del Trabajo, Madrid, n° 100, tomo II, 2000, p. 493).

<sup>112</sup> “Así pues, la extinción del contrato sin que haya concluido la obra, al menos la concretamente contratada con el trabajador, equivale a despido”. Vid., GARCIA NINET, J.I y VICENTE PALACIO, A., Contrato temporal para obra o servicio determinado, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 117.

<sup>113</sup> Este es, en realidad, el único elemento de distinción en el despido, pues los demás elementos permanecerán inalterados. Por ejemplo, el plazo de caducidad de la acción de impugnación del despido en los contratos sujetos a modalidad es igual al que se aplica a los trabajadores con contratos indefinidos, esto es, treinta días naturales de producido el hecho (artículo 85 del Reglamento de la LPCL).

Ahora bien, si ello configura un despido como pensamos, el marco temporal para el cómputo de la indemnización por despido arbitrario es el año y medio que dura la construcción de la obra. Por los seis meses que dejará de laborar el trabajador, la indemnización ascenderá a nueve (9) remuneraciones. A pesar de la simpleza del caso, el problema empieza cuando las obras tienen una extensión mayor de tiempo y los despidos ocurren a pocos meses de iniciar la prestación de servicios, pues el juez no habrá de tener un marco temporal cierto para efectuar el cómputo de la indemnización. En estos casos, el juez tendrá que definir tentativamente, tomando en cuenta las características concretas de la obra, una posible fecha de término de la misma<sup>114</sup>. La actuación judicial será muy relevante a estos efectos.

Finalmente, en los casos de despidos sin causa, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha calificado de nulos y sin efectos jurídicos, y los despidos basados en motivaciones inconstitucionales, en lugar de la indemnización tasada a que se refiere el artículo 76 de la LPCL corresponderá la reparación mediante la reintegración del trabajador en su puesto de trabajo<sup>115</sup>. Obviamente, ello será posible sólo cuando el contrato de duración determinada aún pueda ejecutarse hasta su término. No sucederá lo mismo, por el contrario, cuando el plazo fijo se halla cumplido o cuando el objeto del contrato haya terminado. En cuanto a este último caso, resulta imposible reponer al trabajador cuando al momento de ejecutar la sentencia judicial de reposición la construcción del edificio ya acabó hace unos meses. Igualmente, será imposible reponer a un trabajador con contrato de suplencia en el puesto del trabajador titular que ya se reintegró a sus labores<sup>116</sup>. En estos casos, es razonable entender que el mecanismo de reparación del despido declarado nulo deja de ser la reposición y se reconduce hacia la indemnización a que se refiere el artículo 76 de la LPCL<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Desde hace bastante tiempo atrás esta cuestión fue zanjada por el profesor ALONSO OLEA (El despido, Madrid, IEP, 1958, pp. 198- 201), quien incluso propuso otras medidas indemnizatorias como complemento a la reparación de la extinción *ante tempus* de contratos temporales. Ha señalado que “la presencia del término parece sugerir el que la indemnización puede tomar como base el importe de los salarios que hubiera percibido el trabajador hasta el vencimiento de aquél, si el contrato no hubiera sido intempestiva e injustificadamente resuelto; pero nada impide que también se tomen en consideración en este caso otro conjunto de circunstancias como puedan serlo las cargas familiares del trabajador, el desprestigio o descrédito que para el mismo se derive del despido y hasta el daño moral que éste pueda haberle ocasionado”.

<sup>115</sup> Acerca de los efectos de la declaración de nulidad de un despido, Vid., ampliamente, ARCE ORTIZ, Elmer, La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, Lima, Editorial ARA, segunda edición, 2006.

<sup>116</sup> La imposibilidad para reponer a un trabajador debe ser objetiva y justificada. No se trata que el empresario alegue cualquier causa de incumplimiento, pues ésta debe tener una entidad suficiente. Vid., ARCE ORTIZ, Elmer, La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales, Lima, Editorial ARA, segunda edición, pp. 260-262.

<sup>117</sup> Aunque nuestra LPCL admite que en ejecución de sentencia de un despido nulo el trabajador puede variar sustituir el mandato de reposición por el pago de la indemnización legal (artículo 34), también es cierto que el despido nulo se aplica a los supuestos tasados en el artículo 29 LPCL. Para los demás casos de violación de derechos constitucionales se ha planteado que el instrumento procesal ha de ser la presentación de una demanda con pretensiones alternativas: o reposición o el pago de la indemnización legal (LAHERA FORTEZA, Jesús, Los contratos temporales en la unificación de doctrina, Madrid, La ley, 2001, p. 116).