

CAUSAS DE DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

1. ANTECEDENTES

En América Latina durante la década del noventa – y en algunos países en el decenio anterior – se experimentó por efecto directo de una economía globalizada, procesos de flexibilidad laboral¹.

Se ha utilizado el término flexibilización del Derecho Laboral como sinónimo de adaptación positiva al mercado, no obstante ello, algunos autores han cuestionado que la flexibilización implique de por sí algo positivo. Según estudios comparativos de la Organización Internacional del Trabajo, la reforma laboral que se hizo en el Perú en la década del noventa que buscó la flexibilización fue la más agresiva de la región².

La flexibilidad puede ser definida como la eliminación o disminución de la protección laboral clásica con la finalidad de aumentar la inversión, el empleo o la competitividad de las empresas; en otras palabras, ir contra la “rigidez” del desarrollo de las relaciones laborales. Algunos la definen como la lucha del principio protector del Derecho Laboral frente a la libre competencia económica.

Dentro de las múltiples clasificaciones de flexibilidad, *Ermida Uriarte* nos formula una en atención a la materia o al instituto laboral sobre el cual recae la flexibilización, distinguiendo entre la interna y externa. Así tenemos que la interna es la que afecta aspectos de una relación de trabajo preexistente³, y la externa afecta las formas de contratación o de extinción del contrato de trabajo. Esta última puede ser una flexibilidad de entrada (ingreso a la relación laboral) o de salida (extinción de la relación laboral)⁴.

¹ Los niveles de flexibilidad introducidos en América Latina varían en su intensidad en cada país. El Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo ha declarado que la flexibilidad en ningún caso debe afectar unos mínimos básicos que han sido definidos en torno a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, así como a las normas que protegen la vida y la salud de los trabajadores.

² ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2000) *La reforma laboral en América Latina: Un análisis comparado*; Ginebra; Oficina Internacional del Trabajo.

³ El autor señala dentro de estos aspectos al horario de trabajo, los descansos, las remuneraciones, movilidades geográficas o funcional. En: “Estudios sobre la flexibilidad en el Perú”; Oficina Internacional del Trabajo; 2000. La flexibilidad; pág.7

⁴ Idem.

En nuestro país, siguiendo esta clasificación de flexibilidad laboral, con la dación del Decreto Legislativo No.728 (08.11.91)⁵, Ley de Fomento del Empleo, se introdujeron mecanismos de flexibilización laboral externa regulando en un título completo todos los contratos de trabajo sujetos a modalidad, los que datan – pero en forma excepcional – desde la década del setenta con el Decreto Ley No.18138⁶.

Estos contratos permiten al empleador contratar en forma atípica o temporal a trabajadores de acuerdo a sus necesidades, conllevando un menor costo de contratación o de protección ante la extinción del vínculo laboral, es decir, reguló sistemas de flexibilidad de entrada y salida.

Recordemos que el citado Decreto Legislativo, entre otras cosas, buscó variar el régimen de estabilidad laboral absoluta que había en nuestro país con la dación de la derogada Ley No.24514 (04.06.86), permitiendo que se utilicen contratos modales, que de cumplirse el plazo pactado, no otorgaba al trabajador derecho a la indemnización por despido, o de resolverse dicho contrato antes del plazo – sin mediar causa justa prevista en la ley – no concedía el derecho a la reposición, sino únicamente a la reparación económica⁷.

⁵ Esta norma recogió sistemas de “flexibilización” en la contratación de trabajadores, tanto de ingreso como de salida (contratos de trabajo sujetos a modalidad o a plazo fijo, ampliación de causales de ceses colectivos, reconocimiento de la reparación económica como resarcimiento frente a un despido sin causa, entre otras). Asimismo, se ampliaron los supuestos y números de jóvenes que podían participar a través de convenios de capacitación para el trabajo sin mediar relación laboral (prácticas pre profesionales, formación laboral juvenil y contratos de aprendizaje), y de contratación laboral indirecta o intermediación laboral (cooperativas y empresas de servicios). El proceso de “flexibilización laboral” buscaba fomentar las inversiones privadas, nacionales y extranjeras, que permitirían un crecimiento en los puestos de trabajo y niveles remunerativos. Según estudios de la propia Organización Internacional del Trabajo si bien en promedio en la década del noventa los indicadores macroeconómicos en la región mejoraron, la flexibilización en la contratación no provocó un aumento en los puestos de trabajo ni una mejora en los salarios reales, sino que se pudo verificar mayores tasas promedio de desempleo abierto, crecimiento de la informalidad y mayores desigualdades en la distribución de riquezas.

⁶ El Decreto Ley No.18138 reguló como regla general la contratación a tiempo indefinido y por excepción – para labores de naturaleza accidental o temporal previamente comprobadas – la contratación a plazo fijo; pero la primera manifestación de flexibilidad se produce con el Decreto Ley No.22342 de noviembre de 1978, que permite la contratación temporal sin acreditar, siempre que sean empresas dedicadas a la exportación no tradicional. En: “Estudios sobre la flexibilidad en el Perú”; Oficina Internacional del Trabajo; 2000. CAMPANA, David y PRELLE, Herbert: La reforma normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿flexibilidad o precarización? pág.56

⁷ En el caso de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, la indemnización por despido se calculaba en función a las remuneraciones dejadas de percibir hasta el vencimiento del contrato, la misma que tenía

Este medio de facilitar la extinción del contrato de trabajo sin ocasionar mayores contingencias que la indemnización legal, tendría como efecto inmediato – y las estadísticas posteriores emitidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo así lo demuestran – que los empleadores empezaron a utilizar dicho tipo de contratación laboral en desmedro de la contratación a tiempo indeterminado, lo que exigía que se prevean mecanismos de “sanción” frente al indebido uso o abuso de tales contratos⁸.

Es así que la legislación nacional – como la hace también la comparada - ha reconocido supuestos en los cuales a pesar que las partes hayan celebrado un contrato de trabajo sujeto a modalidad, éste se puede “convertir” en un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, y obtener con ello la protección que tal contrato concede. En tales casos estamos ante una desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad.

El Decreto Legislativo No.728 reservó al capítulo VII – artículos 120 y 121 - lo relativo a la desnaturalización de los contratos de trabajo. Estas causales - que luego desarrollaremos - han sido recogidas en forma similar en los artículos 77 y 78 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo No.728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo No.003-97-TR) vigente (en adelante LPCL).

No podemos dejar de mencionar que aunque no es materia del presente trabajo, el Tribunal Constitucional ha calificado que también hay desnaturalización cuando un contrato de locación de servicios se convierte en un contrato de trabajo, toda vez que por aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, se evidencian los elementos esenciales del contrato de trabajo (prestación personal, remunerada y subordinada)⁹.

carácter indemnizatorio. La normatividad vigente señala que la indemnización es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce remuneraciones.

⁸ Aunque el segundo párrafo del artículo 4 de la LPCL señala que el contrato de trabajo puede “celebrarse libremente a tiempo indeterminado o sujeto a modalidad”, al concordarlo con los artículos que regulan los contratos de trabajo sujetos a modalidad, se aclara que únicamente se puede optar por dicha contratación excepcional si estamos ante alguno de los supuestos que la ley preve, y no simplemente por la simple voluntad de los sujetos de la relación laboral.

⁹ Esta calificación se puede apreciar del fallo contenido en el Expediente No.1358-2002-AA/TC de fecha 21 de enero de 2003. En: Revista Actualidad Laboral, agosto 2003, pp. 43-44.

2. LOS CONTRATOS DE TRABAJO MODALIDALES FRENTE A LOS FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE ESTABILIDAD LABORAL

No es difícil que podamos darnos cuenta que en los últimos años, las normas que han venido introduciendo cambios en la Ley de Fomento del Empleo original, que en la actualidad están integradas en su Texto Único Ordenado (LPCL) y sus modificatorias posteriores, han buscado de alguna manera establecer dispositivos de mayor protección en los sistemas de contratación de personal, prefiriendo la contratación directa frente a la indirecta.

Así tenemos a manera de ejemplo que, normas recientes sobre intermediación laboral¹⁰, han precisado que las empresas de servicios temporales, están limitadas para destacar personal a las empresas usuarias en los servicios comprendidos en los contratos de trabajo ocasionales o de suplencia.

Sin embargo, son los diversos fallos del Tribunal Constitucional dados desde la sentencia originada en la acción de amparo seguido por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefonía del Perú y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú contra Telefónica del Perú y Telefónica Holding, y la resolución aclaratoria, publicadas el 11 y 18 de septiembre de 2002, respectivamente, que declararon la inaplicabilidad del artículo 34 de la LPCL (relativo al despido arbitrario) y otros fallos posteriores¹¹, los que han generado – a falta de una definición por parte del Congreso de la República a través de la aprobación de la Ley General del Trabajo – un sistema de mayor protección frente al despido, que le permite a los trabajadores reclamar la reincorporación al centro de trabajo.

No olvidemos que antes de dichos fallos, cuando los empleadores ejercían el derecho a resolver unilateralmente los contratos de trabajo a cambio del pago de una indemnización, en muchos casos los trabajadores que habían sido contratados a plazo fijo en forma indebida (simulación o fraude) de encontrarse ante tal despido, podrían preferir por demandar la reparación económica sin cuestionar la forma o naturaleza jurídica de su contratación, porque el monto a

¹⁰ Ley No.27626, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores (09.01.02)

¹¹ Además de la inaplicabilidad del artículo 34 de la LPCL sobre el despido arbitrario, se ha desarrollado criterio jurisprudencial que otorga al trabajador derecho a solicitar su reincorporación, no solamente en los casos de despido nulo, sino de estar ante un despido fraudulento o que haya afectado derechos fundamentales en el ámbito laboral (derechos constitucionales).

recibir sería mayor¹². Hoy en día cambiarían de postura por el atractivo de la reposición, siendo relevante cuestionar, en sede judicial, la naturaleza del contrato.

Bajo este orden de ideas podemos advertir que, todos los cambios introducidos que han limitado la flexibilidad laboral de salida – principalmente por fallos del Tribunal Constitucional – vienen fomentando de parte de los empleadores una mayor utilización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad.

Ante la amenaza de un uso abusivo e indiscriminado de estos contratos en circunstancias que la ley no permite, con la finalidad de evitar la estabilidad laboral, puede provocar que cada vez más nos encontremos frente a conflictos jurídicos en la que los trabajadores reclamen la aplicación de alguna de las causales de desnaturalización para obtener una mayor protección frente al despido¹³.

De otro lado, aunque no es materia del trabajo analizar las conveniencias o perjuicios que trajo a nuestro país el proceso de flexibilidad laboral iniciado en el año 1991, especialmente en la denominada flexibilidad de entrada y de salida, debemos mencionar que resulta contraproducente que en un mercado laboral como el peruano que tiene altísimos índices de informalidad en la contratación de trabajadores, la falta de reglas claras en materia de contratación y despido laboral, genere a raíz de los últimos pronunciamientos judiciales, un temor histórico de regresar a la estabilidad laboral absoluta como regla general, que además de anacrónica, alientan en el caso de los formales, a la simulación en la celebración de contratos de trabajo sujetos a modalidad cuando estamos ante contratos de naturaleza permanente, y en el caso de los informales, peor aún, evitar que los empleadores – especialmente de las micro y pequeñas empresas – opten por regularizar la contratación de sus trabajadores o utilicen mecanismos de contratación no laboral (locación de

¹² Cuando la resolución unilateral del contrato de trabajo sujeto a modalidad se producía faltando más meses que años trabajados, desde el punto de vista económico, al trabajador le convenía no cuestionar la naturaleza del contrato de estar ante un fraude o simulación, porque la indemnización por despido de un estable sería menor. Recordemos que en los contratos modales la indemnización se calcula en función a los meses que faltaban para concluir el plazo pactado mientras que en los contratos indeterminados por el tiempo trabajado.

¹³ Hay casos en que antes de la conclusión del plazo pactado en el contrato, y a sabiendas de su no renovación, trabajadores han interpuesto acciones de amparo – con medida cautelar - para impedir la conclusión del mismo, argumentando que habiéndose desnaturalizado su contrato en uno a tiempo indeterminado, estaría amenazado su derecho constitucional al trabajo de producirse su cese (despido arbitrario arbitrario).

servicios), manteniéndolos al margen de la ley y por ende de la protección del Derecho del Trabajo ¹⁴.

3. REGULACIÓN DE LAS CAUSALES DE DESNATURALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS MODALES

Las causales de desnaturalización de los contratos de trabajo recogidos en forma taxativa en la LPCL, parten siempre de la existencia formal de un contrato de trabajo modal que luego de su celebración se convierte (desnaturaliza) en un contrato a tiempo indeterminado.

Por esta razón no habría desnaturalización cuando un trabajador ha sido contratado mediante un contrato a tiempo indeterminado y luego de iniciar la prestación de sus servicios, el empleador celebra con el mismo un contrato modal. En este supuesto, siendo dicha contratación de carácter formal, y habiéndose celebrado con posterioridad al inicio de la relación laboral, ya estábamos por aplicación del artículo 4 de la LPCL ante un contrato a tiempo indeterminado, por lo que no tiene efecto el contrato suscrito.

Situación distinta a la detallada en el párrafo anterior es la nueva causal de desnaturalización que consagra el proyecto de Ley General del Trabajo, que se produce cuando la celebración del contrato no consta por escrito. Es decir, a pesar que se manifieste que la relación laboral es a tiempo determinado, no está por escrito, aplicándose la presunción legal hoy recogida en el artículo 4 de la LPCL.

Como lo hemos manifestado líneas arriba, siendo los contratos temporales o atípicos una excepción a la contratación laboral a tiempo indefinido, la legislación sanciona su indebida utilización a través de la figura de la desnaturalización. Analizaremos brevemente sus causales previstas en los artículos 77 y 78 de la LPCL. Cabe mencionar que las mismas – añadiendo la desarrollada en el párrafo precedente – han sido recogidas en el proyecto de Ley General del Trabajo, que habría merecido consenso tanto de los representantes de los trabajadores como de los empleadores en el seno del Consejo Nacional del Trabajo.

¹⁴ Con la dación de la Ley No.28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa (03.07.03), se ha buscado establecer un régimen laboral especial que fomente la formalización de sus trabajadores. Sin dejar de destacar la finalidad de la norma, consideramos que los recientes pronunciamientos judiciales sobre temas relativos a la estabilidad laboral pueden venir afectando, entre otras razones, dicha propuesta de formalización.

3.1. Prestación de labores después de vencido el plazo pactado o el límite legal (inciso a del artículo 77 de la LPCL)

El Título II de la LPCL relativa a los contratos de trabajo sujetos a modalidad, establece en algunos contratos plazos máximos particulares¹⁵, y cuando no hay éste, se aplica la duración máxima de cinco años. Este plazo legal máximo recogido en el 74 de la LPCL, también es válido para la celebración en forma sucesiva, con el mismo trabajador, de diferentes contratos modales.

Vencido el plazo pactado, y éste no es renovado por las partes, se produce automáticamente la extinción del vínculo laboral. Pero, si concluye el plazo y el trabajador sigue prestando servicios, al estar prohibida la renovación tácita del contrato¹⁶ éste se desnaturaliza. Ante ello, podemos advertir que la razón temporal por lo cual se le contrató, si bien habría concluido, surgió otra necesidad – en este caso permanente – de continuar con los servicios del mismo; o simplemente interpretar que las partes optaron por convertir dicho contrato en uno indeterminado. Igual alcance se daría cuando vencido el plazo máximo - el particular del contrato o el legal de cinco años – el trabajador continuara prestando sus servicios.

No obstante que la legislación laboral peruana no exige el preaviso para que opere la finalización del contrato modal, resulta recomendable hacerlo, pues ello permite al trabajador tomar conocimiento en forma anticipada que su contrato no le será renovado, programando su salida y búsqueda de empleo, así como evitar que el empleador sea sorprendido con su presencia – o eventual registro de ingreso después de vencido el plazo – que luego pueda generar incertidumbre ante una demanda por desnaturalización.

Desde el punto de vista probatorio, el que invoca esta causal tendría que acreditar que prestó servicios luego de concluido el plazo del contrato, sin

¹⁵ Así tenemos por ejemplo que el contrato por inicio o incremento de actividad tiene un plazo máximo de tres años; el contrato por reconversión empresarial dos años; y el contrato ocasional seis meses. El artículo 74 de la LPCL dispone que dentro de estos plazos máximos podrán celebrarse contratos por períodos menores pero que sumados no excedan tal límite.

¹⁶ El artículo 87 del Reglamento de la LPCL (Decreto Supremo No.001-96-TR) exige que la renovación de los contratos modales estén sujetas a la misma formalidades de la celebración del contrato inicial, prohibiendo de esta manera la renovación automática.

mediar renovación expresa del mismo, o que habiendo contrato o renovación, se habría superado el plazo legal, ya sea el particular o el general.

3.2. Prestación de labores luego de concluido de la obra o el servicio (inciso b del artículo 77 de la LPCL)

El contrato por obra determinada o servicio específico, según el artículo 63 de la LPCL, es aquel celebrado con el objeto previamente establecido y de duración determinada, siendo su plazo el necesario para la terminación de la obra o del servicio contratado.

Siendo lo determinante para la extinción del contrato la verificación de la conclusión de la obra o del servicio de carácter temporal, resulta muy difícil prever cuál será el tiempo exacto necesario para la contratación. Esta dificultad no puede permitir, como ha sido la posición de algunos empleadores que, sobre la base que la duración es la “necesaria” para la terminación de la obra o servicio, no sea de aplicación el límite máximo legal de cinco años.

Diversos fallos judiciales han precisado – en forma acertada - que dicho plazo legal es general para todos los contratos modales, y también afecta por tanto a los contratos de trabajo por obra o servicio específico¹⁷.

Por consiguiente, si la causa de la contratación temporal se agotó – que no podría ser mayor de cinco años - no hay necesidad que el trabajador siga prestando labores bajo tal modalidad, por lo que de continuar haciéndolo, se presume que estamos ante una relación laboral a tiempo indefinido.

Con el propósito de evitar conflictos futuros que invoquen esta causal, resulta conveniente que en dichos contratos se precise con la mayor exactitud posible el hecho o hechos que deben darse para que opere la conclusión de la obra o servicio. Adicionalmente, para tener una fecha cierta de tal culminación, es recomendable que el empleador comunique expresamente al trabajador esta situación¹⁸ o medie un documento en que trabajador y el empleador dejen constancia de este hecho.

¹⁷ Ver Casación No.1082-2001-LIMA y Casación No.1066-2001-LIMA, publicadas en el diario oficial El Peruano el 28.02.2003 y 30.05.2003, respectivamente.

¹⁸ La legislación laboral española como la argentina – entre otras - exige la denuncia (preaviso) de alguna de las partes al término de la obra o servicio para que opere la expiración del contrato, caso contrario, se entenderá prorrogado tácitamente por tiempo indefinido.

En algunos casos, los empleadores ante la dificultad de detallar cuándo concluye el servicio u obra, o que el trabajador busque innecesariamente prolongar su prestación y esto pueda llevar a una situación para invocar una desnaturalización del contrato, han optado por pactar en el contrato un plazo de duración que esté sujeto a dos condiciones alternas: la finalización de la obra o servicio y un plazo determinado, lo que ocurra primero.

Para invocar esta causal se tiene que tener los elementos probatorios que permitan advertir que a pesar que el servicio o la obra para la cual fue contratado terminó, él siguió realizando labores, sin mediar renovación expresa del contrato. De superar el servicio específico o la obra el plazo legal máximo de ley, se sustentaría la desnaturalización en la causal del inciso a) del artículo 77 de la LPCL.

3.3. Prestación de labores a pesar de la reincorporación del trabajador (inciso c del artículo 77 de la LPCL)

El contrato de suplencia, regulado en el artículo 61 de la LPCL, es aquel que tiene por objeto que un trabajador sustituya a otro estable cuyo vínculo laboral se encuentra suspendido. Cuando opera la reincorporación del trabajador estable, se extingue automáticamente el contrato de suplencia.

Por lo que, si el titular del puesto sustituido no se reincorpora vencido el término legal o convencional, y el trabajador contratado (suplente o sustituto) sigue prestando servicios, se desnaturalizaría dicha contratación, siendo considerada como una de duración indeterminada¹⁹. El Reglamento de la LPCL señala en su artículo 77 que los contratos de suplencia deberán contener la fecha de su extinción.

Si concordamos la ley con el reglamento, nos permite entender que esta fecha de extinción - que es la que determina la norma o el acuerdo entre trabajador y empleador para que finalice la suspensión de labores - debería estar ligada a un hecho objetivo que origine el fin de la suspensión laboral. Interpretar que “fecha exacta” es pactar una duración en términos de días o meses, no podría ser aplicable a supuestos – como la enfermedad por ejemplo – que motivan la suspensión imperfecta del contrato de trabajo por mandato legal, pero que resultaría muy difícil presagiar cuánto tiempo durará dicho estado de salud.

¹⁹ Inciso c) del artículo 77 de la LPCL.

El inciso c) del artículo 77 de la LPCL, únicamente prevé que pueda darse la desnaturalización, bajo esta causal, si el titular del puesto sustituido no se reincorpora y el contratado se mantiene laborando. Por lo que, si el titular se reincorpora – extinguiéndose inmediatamente el contrato de suplencia²⁰ - y el trabajador contratado sigue prestando servicios, también estaría incurso en una causal de desnaturalización, pero sería la recogida en el inciso a) del mencionado artículo. Esta conversión se daría al haber desaparecido la causa de tal contratación – suplir a un determinado trabajador estable – y verificarse que continúa trabajando a pesar de ello.

La desnaturalización por esta causal se acreditaría si producido el hecho legal o convencional que conlleva la culminación de la extinción, se demuestre que el trabajador se mantuvo prestando sus servicios.

3.4. Simulación o fraude en la contratación (inciso d del artículo 77 de la LPCL)

Cuando se califica que estamos ante una simulación o fraude en la contratación, es afirmar que si bien se ha cumplido con las formalidades de una contratación modal, estamos por su naturaleza jurídica frente un contrato a tiempo indeterminado.

Es evidente que resulta muy difícil acreditar al momento de la celebración del contrato modal o de su redacción, que éste obedece a una simulación o fraude; sin embargo, mientras se vaya prestando el servicio podría probarse dicha desnaturalización. La causa invocada en el contrato puede obedecer a una modalidad recogida en la ley, pero la prestación que realiza el contratado es distinta a la pactada y de naturaleza indeterminada.

Para ello, en aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, se tiene que probar que la razón de la contratación no obedeció a ningún supuesto permitido por la LPCL para optar por una contratación a tiempo indeterminado, porque estamos ante un servicio que por su naturaleza es de carácter permanente no recogido en la ley como modal. En jurisprudencia comparada se ha determinado que la repetida renovación de contratos a plazo fijos sucesivos en el tiempo puede constituir “un conjunto de una duración indeterminada”²¹, es decir, evidenciar una simulación.

²⁰ Segundo párrafo del artículo 61 de la LPCL.

²¹ CAMERLYNCK-LYON-CAEN, “Derecho de Trabajo”; Biblioteca Jurídica, pág 126.

Dentro de esta causal también se podría incluir aquellos casos en los cuales las partes celebran un contrato cuyo plazo o fecha de culminación está reservada a la sola voluntad del empleador de resolverlo. Esto es lo que *Alonso Olea* denomina una “condición resolutive fraudulenta” que recibe el mismo trato que el término fraudulento²². Aquí no hay un hecho objetivo que determine la razón de la contratación o la extinción del mismo, sino que podríamos advertir que en realidad estamos ante un contrato a tiempo indeterminado.

4. Contratación de personal permanente antes del año de su cese (artículo 78 de la LPCL)

La LPCL señala que los trabajadores permanentes que cesen – sin importar la causa – no podrán ser recontratados por el mismo empleador bajo ninguno de los supuestos de contratos sujetos a modalidad hasta que haya transcurrido un año de la extinción del vínculo laboral.

En otras palabras, si un empleador contrata a un trabajador que fue estable en su empresa, pero que cesó en la misma hace menos de un año, aunque optara por contratarlo mediante un contrato modal, éste tendría la calidad de contratado a tiempo indeterminado. Es un supuesto de desnaturalización automática, toda vez que aquí nunca el contrato modal fue tal, pues hay una prohibición legal.

La razón de esta restricción es evitar que los empleadores, a sabiendas que la contratación sujeta a modalidad otorga menor costo o protección frente al despido, “incentive” a sus trabajadores estables a celebrar un nuevo contrato pero a plazo fijo. Resulta justificable dicha prohibición - independientemente del plazo de un año que consideramos extenso - pues busca evitar el abuso que podría generar un cambio de contratación que no beneficiaría al trabajador, y que por su posición podría ser impuesta.

El hecho que cumplido un año el trabajador pueda ser recontratado por su ex empleador mediante un contrato modal, está condicionado a que nos encontremos ante uno de los supuestos de contratación a plazo que la LPCL reconoce. En términos generales – aunque puede haber excepciones – si el trabajador se reincorpora para realizar labores similares a las que desempeñó cuando era estable, por su carácter permanente, no podría estar amparada en

²² ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Ma. Emilia. “Derecho del Trabajo”; Universidad Complutense de Madrid; pág. 239.

ninguno de los casos de contratos modales y por lo tanto operaría también una causal de desnaturalización, como hemos desarrollado anteriormente.

Algunos empresarios han cuestionado esta prohibición porque manifiestan que, de producirse una necesidad temporal en la empresa estarían impedidos de recurrir a un trabajador que conocen y que necesita el trabajo, beneficiando a otro nuevo; es decir, estaríamos ante una prohibición que discrimina al ex trabajador. Es común que cuando un empleador necesita temporalmente a un trabajador, y que el tiempo reducido no le permita capacitarlo, recurra a quien ya conoce.

En nuestra opinión, debería evaluarse ciertas excepciones a esta exclusión de contratación, si estamos ante circunstancias excepcionales y que requieren una contratación inmediata y por un breve término, como son por ejemplo los contratos de emergencia, de suplencia u ocasional; o si el nuevo contrato es para realizar labores cualitativamente distintas a las que desempeñó en la empresa, y además sea de naturaleza temporal.

De estar ante esta causal, y siempre que pruebe la existencia de una relación laboral estable en un período menor al año de la nueva contratación, sería muy sencillo para el afectado alegar la desnaturalización.

No podemos dejar de señalar que, a pesar que la prohibición recogida en el artículo 78 de la LPCL se refiere a un supuesto de recontractación, en una interpretación finalista del contexto de la misma - es decir, proteger la situación de estabilidad del trabajador - resulta evidente que también estaría prohibido – y sería una causal de desnaturalización – si vigente el vínculo laboral, se cambia de un contrato a tiempo indeterminado a uno modal.

CONCLUSIÓN.-

La regulación en la normatividad laboral de causas de conversión de un contrato modal en uno indefinido, surge de la necesidad de evitar el uso y abuso de una forma excepcional o atípica de contratación frente a la contratación a tiempo indeterminado; y de la estricta aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. Siendo los contratos de trabajo por esencia de prestaciones de tracto sucesivo y con ánimo de continuidad, la legislación busca dar mayor protección y preferencia a los contratos a tiempo indefinido.

En el caso peruano, los cambios producidos en el régimen de protección contra el despido a partir de los recientes fallos del Tribunal Constitucional, y el temor de regresar a un régimen de estabilidad laboral absoluta, puede motivar a que

los empleadores opten en forma indiscriminada por la contratación de personal a través de la utilización de los contratos modales. De estar ante causas de desnaturalización, los trabajadores afectados, con la expectativa de obtener un fallo que los reponga, podrían acudir al Poder Judicial para lograr dicha protección.

No es extraño conocer de acciones de amparo – con los problemas que conlleva carecer de etapa probatoria – en las cuales bajo el sustento legal de la desnaturalización del contrato, los trabajadores vienen solicitando y obteniendo reincorporación a su puesto de trabajo, o impidiendo que opere la extinción del mismo, tanto para trabajadores del sector público como privado, cuyo régimen laboral está regulado por la LPCL.

La búsqueda de esta protección frente al despido que tienen los trabajadores en la actualidad, exigirá de parte de los empleadores, una actitud más responsable y cauta en utilizar los contratos modales únicamente en los supuestos, y con las limitaciones, que la ley reconoce, para evitar futuros conflictos jurídicos.

Asimismo, frente a una mayor demanda por parte de los trabajadores de obtener un reconocimiento legal de su situación de trabajador estable, exige del cuerpo de inspectores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, una actuación imparcial y profesional, toda vez que en muchos casos será el acta inspectiva el medio probatorio idóneo para acreditar ante el juzgador si estamos realmente frente a un contrato sujeto a modalidad o es uno indeterminado.

Finalmente, serán los jueces quienes tendrán la función de evaluar en cada caso concreto, y de los medios probatorios que se presenten, si estamos ante alguna de las causas de desnaturalización previstas en la ley, y declarar los efectos que la legislación reconoce a dicha conversión.

ROBERTO JUAN SERVAT PEREIRA DE SOUSA

**Ex Vice Ministro de Trabajo
Profesor de la Universidad de Lima
Master en Administración Pública**