

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



**“LA MASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS TEMPORALES DE
TRABAJO EN LAS RELACIONES LABORALES PRIVADAS EN
EL PERÚ: CUANDO LA EXCEPCIÓN SE VUELVE LA REGLA”**

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Magíster en Derecho

de la Empresa

que presenta:

Federico Giovanni Leyva De Amat

Asesor:

Luis Erwin Mendoza Legoas

Lima, 2021

A mi madre Laura y mi esposa Lorena, que son muestra de esfuerzo constante y mi equilibrio. A mi padre en el cielo. Te amo y todo el tiempo pienso en ti. Gracias por darme fuerza.

Federico Leyva



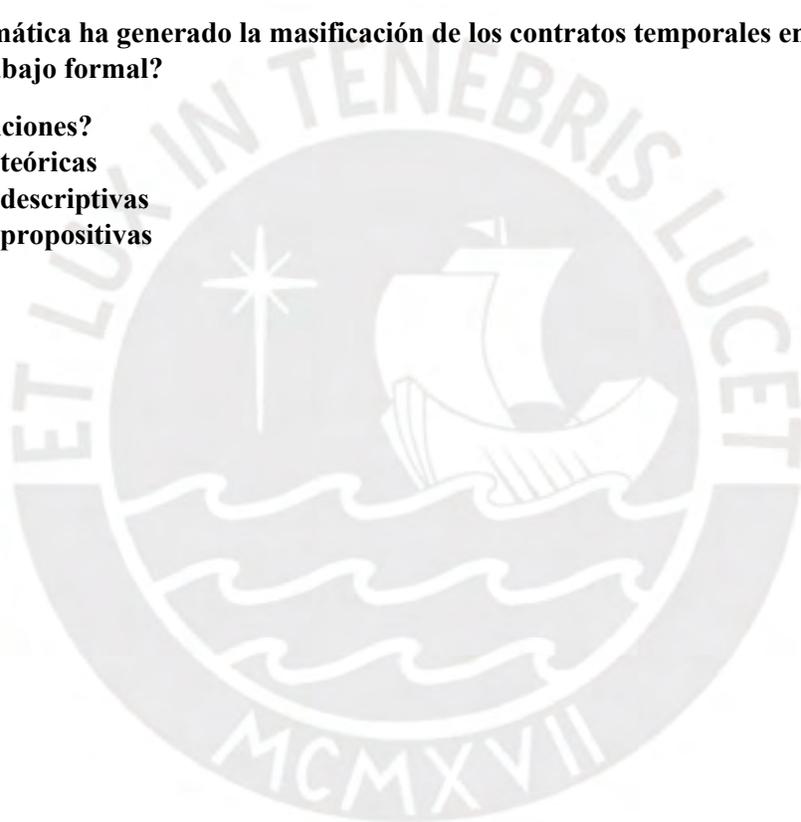
1. RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación nace del interés del autor por contrastar la situación jurídica de la contratación laboral -temporal- en el Perú frente a la realidad práctica de dicha contratación en el sector privado formal. La motivación para ello proviene de la aparente contradicción entre la fuerte protección jurídica – y preferencia – de nuestro sistema normativo por la contratación laboral a plazo indeterminado, frente a la predominancia real de la contratación laboral temporal que tiene -jurídicamente- la calidad de excepcional frente a aquella, motivo el cual se justifica el tema de investigación. Ahora bien, el presente trabajo pretende, primero, situarnos en cuál es la realidad actual de la contratación laboral temporal frente a la contratación a plazo indeterminado, para poder tomar una posición respecto a si la contratación laboral temporal resulta excepcional o, por el contrario, resulta la forma mayoritaria de contratación laboral en el sector privado formal, como efectivamente lo sería. Posteriormente, se analiza las causas que coadyuvan a dicha situación, que incluyen a la reforma laboral de los años noventa (principalmente a través de la expedición del Decreto Legislativo 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral), a la interpretación del Tribunal Constitucional sobre las formas de protección frente al despido arbitrario (Caso *Fetratel*); y a la falta de un sistema de fiscalización laboral que pueda fiscalizar y sancionar oportunamente el uso indebido de contratos temporales para disfrazar relaciones laborales de naturaleza permanente. Por el contrario a considerar alguna de ellas como la principal, concluiremos que existe aparentemente una dinámica o interrelación entre la primera y tercera de ellas, es decir, que existiría un gran porcentaje de contratación temporal en el mercado que no resulta excepcional frente a la contratación a plazo indeterminado, dado que es una opción contractual legal a adoptar y que, al no tener un sistema de fiscalización que pueda sancionar el uso indebido de estos contratos (para ocultar relaciones de trabajo permanentes), pues la modalidad se expande, independientemente de si corresponde o no esta forma de contratación. Esto trae además afectaciones a otros derechos laborales además de la estabilidad en el trabajo, tales como la afectación a la libertad sindical y negociación colectiva, entre otros.

INDICE

	Pág.
Resumen	1
Índice	2
CAPITULO I: INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	15
2.1. Sobre los principios que rigen la contratación laboral en el Perú	15
2.1.1. Principio de aplicación de primacía de la realidad	15
2.1.2. Principio de continuidad	17
2.1.3. Principio de causalidad	18
2.2. Sobre la flexibilización regulatoria de los años noventa en materia laboral.	19
2.3. Con relación a la Sentencia del Caso Fetratel vs. Telefónica (2001).	22
2.4. Sobre la fiscalización insuficiente del cumplimiento de las normas laborales por parte del Estado	28
2.5. Sobre el hecho de la masificación de contratos temporales: ¿Perderían eficiencia práctica los principios de causalidad y continuidad?	29
CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	32
3.1. Sobre la masificación de los contratos de trabajo temporales.	32
3.2. Motivos de la masificación de los contratos temporales	34
3.2.1. La flexibilización normativa operada a raíz de las reformas laborales de la década de los noventa	34
3.2.2. La modificación en las formas de protección frente al despido a raíz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente 1124-2001-AA/TC	35
3.2.3. La falta de un adecuado sistema de fiscalización laboral	37

3.3.	Efectos de la masificación de los contratos temporales	38
3.4.	Consecuencia: ¿Menoscabo de la vigencia de los principios de continuidad y causalidad o respuesta del mercado laboral?	42
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES FINALES		45
4.1.	Ideas base: La realidad actual	45
4.2.	¿Por qué se genera esto?	45
4.3.	¿Qué problemática ha generado la masificación de los contratos temporales en las relaciones de trabajo formal?	47
4.4.	¿Posibles soluciones?	49
4.5.	Conclusiones teóricas	51
4.6.	Conclusiones descriptivas	52
4.7.	Conclusiones propositivas	53
Bibliografía		54



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

Derecho- Derecho Laboral - Contratos de Trabajo-Contratos de Trabajo Temporales- “La masificación de los contratos temporales de trabajo en las relaciones laborales privadas en el Perú: cuando la excepción se vuelve la regla”

En el derecho laboral peruano, se busca proteger las relaciones laborales a plazo indeterminado, bajo ciertos principios, presunciones y normas, así como actividad del Estado -evidenciada a través de la jurisprudencia y sistema de fiscalización laboral- a favor de este tipo de vínculo, frente a los contratos de trabajo temporales previstos en la normativa laboral que pueden ser celebrados sólo ante la existencia de causas objetivas que justifiquen la celebración de este tipo de contratos.

Ejemplo claro de esta protección es la norma contenida en el artículo 4° del D.S. 003-97-TR (T.U.O de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) que dispone que en toda prestación de servicios remunerada y subordinada se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, además de abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que refuerza la protección y preferencia por la contratación laboral a plazo indeterminado (Caso *Ricardo Napoleón Peralta*. Tribunal Constitucional, 2009).

De forma paralela, en lo que se refiere a la contratación laboral temporal, esta puede celebrarse únicamente bajo determinadas condiciones y requisitos y obedeciendo además a causas excepcionales al encontrarse regida por el *principio de causalidad*¹ reflejado normativamente en el artículo 53° de la referida Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en virtud del cual dichos contratos pueden celebrarse bajo el presupuesto de existir una causa objetiva que justifique ello.

Esta protección va de la mano con lo dispuesto por la propia Constitución en su artículo 22° cuando señala —reconociendo— que el trabajo “es un deber y un derecho”, considerándolo de ese modo un bien jurídico de relevancia constitucional, susceptible por ende de una mayor protección

¹ D.S. 003-97-TR. Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículo 53°. - Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

frente a otros derechos subjetivos (con otro tipo de mecanismos procesales, por ejemplo). En ese sentido, de la lectura e interpretación de dicha norma se prevé dos aspectos esenciales para dicho derecho. El primero, está dirigido al legislador en tanto debe adoptar las medidas adecuadas para garantizar el acceso a un puesto de trabajo para la población a través de un desarrollo progresivo en función a las capacidades del Estado, en concordancia con su rol promotor en un régimen de Economía Social de Mercado; y, en su segundo aspecto se refiere a la prohibición de ser despedido sin causa justa para ello (caso *Víctor Hugo Calvo Durán*, *Tribunal Constitucional*, 2007). En esa línea, un despido sin causa justa se constituye, evidentemente, como una afectación al derecho al trabajo, en el aspecto de la conservación del mismo.

Adicionalmente al reconocimiento del derecho al trabajo, la protección contra el despido sin causa justa está prevista en el artículo 27° de la Constitución peruana, señalando expresamente que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Es decir, reconoce que hay un régimen de protección de ese derecho, y encarga al legislador su desarrollo. Para el sector privado, las causas que justificarían un despido y las formas de ejercerlo válidamente se encuentran contempladas principalmente en el D.L. 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a la cual nos hemos referido previamente.

Asimismo, los principales representantes de la doctrina laboral, entre ellos SANGUINETTI (2008) reconocen ampliamente la preferencia en el Perú por la contratación laboral a plazo indeterminado frente a la contratación laboral temporal, que se encuentra sujeta como hemos dicho a la existencia de una causa objetiva que la justifique. Del mismo modo FERRO (2019) señala que la existencia de la causa objetiva que justifique la contratación temporal es un requisito de validez de la misma, tomado como referencia lo dispuesto por el artículo 72° de la referida LPCL, el mismo que establece que dicha causa deberá consignarse necesariamente en tales contratos. Adicionalmente, en palabras de PASCO COSMÓPOLIS la contratación temporal deberá celebrarse cuando también sea temporal la causa que la genera. Por ello señala asimismo que “(...) *resultaría así no admisible, y hasta reprobable, la contratación temporal incausada, no sustentada en un requerimiento objetivo, sujeta o derivada de la simple voluntad de una de las partes —el empleador—, encubierta bajo la apariencia de bilateralidad contractual*” (2012). La opinión mencionada surge considerando al contrato de trabajo como un contrato en el cual el mayor estado

de necesidad viene de parte del trabajador, que se verá en la posición de aceptar un contrato de trabajo temporal así no corresponda el uso de dicha figura con la labor contratada.

Sin embargo, existiría una realidad mayoritariamente contraria a la que el ordenamiento busca proteger y promover, -y a las consideraciones de la doctrina- pues según data de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) relativa al periodo 1998-2015, son las relaciones temporales de trabajo las más frecuentes en el mercado laboral. En ese sentido afirma JARAMILLO que puede decirse que -dependiendo del nivel del puesto o posición- tres de cada cuatro trabajadores formales en el Perú estarían contratados a plazo fijo (2019. Pág. 16).

Ello nos conduce a investigar, de un lado, cuáles serían los motivos para esta problemática, así como identificar los efectos no deseados de la misma, y mediante un contraste con esta realidad, poder determinar si se estaría o no menoscabando la eficacia práctica de los principios de causalidad y continuidad antes mencionados que son los que rigen la contratación laboral en el Perú.

En este aspecto, la masificación de los contratos temporales se ha atribuido principalmente a tres factores:

- **La flexibilización de la normativa laboral peruana** durante los años noventa, principalmente la emisión del D.L 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral.
- **La forma de protección ante el despido considerada en la Sentencia del Tribunal Constitucional expedida en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC** (Caso Fetratel vs. Telefónica).
- **La falta de un adecuado sistema de *enforcement* de las normas laborales** en el Perú.

Entre otras causas, además de las arriba mencionadas, podría indicarse (desde el punto de vista empresarial) que se encuentra ampliamente difundida la idea que los contratos temporales representan un “escalón” hacia los contratos de trabajo a plazo indefinido, así como un mecanismo de *screening* (filtro) hacia los trabajadores (JARAMILLO, 2019), a efectos de evaluar su productividad y proseguir la relación laboral posteriormente, ya bajo una relación a plazo indeterminado. Si bien esta idea resulta razonable (desde un punto de vista económico-empresarial), las bajas tasas de conversión de contratos temporales a indeterminados no validan

esta idea. Ello además de considerar que si tomamos al contrato temporal como “un mecanismo de evaluación de la productividad” se desnaturalizan instituciones específicas del derecho laboral como el *periodo de prueba*² y el propio contrato de trabajo.

Adicionalmente, en opinión de autores como SAAVEDRA (2000, pág. 29), ya a una década de operada la reforma normativa laboral de los noventa, quien sugiere que el uso de los contratos temporales habría sido adoptado como una “estrategia empresarial” difundida, con el objetivo de reducir o aminorar los costos de despido que podrían tener los contratos de trabajo permanentes. Este elemento podría ser ligado con el hecho ya señalado de las carencias en la fiscalización laboral y las pocas probabilidades percibidas de sanción ante un uso indebido de contratos temporales de trabajo. Al respecto, KU YANASUPO (2020) ha expresado que el número de inspectores de trabajo sigue siendo insuficiente para atender las denuncias o reclamos de los trabajadores formales e informales y, consecuentemente, fiscalizar el uso indebido de los contratos temporales. Estos dos elementos habrían sumado fuerzas para el aumento vertiginoso de la contratación temporal de trabajo, en las proporciones que comentaremos líneas abajo.

Ahora bien, relacionando el uso indebido de contratos temporales, a un contexto de “*informalidad dentro del trabajo formal*” y falta de fiscalización, podemos tomar consideraciones como las de CHACALTANA (2000, pág. 3), que señalan que la reforma normativa laboral de los años noventa, contrariamente a estimular las instituciones del mercado de trabajo, debilitó algunas esenciales como los sindicatos y la autoridad administrativa de trabajo, situaciones que habrían contribuido al uso masivo (indebido) de contratos de trabajo temporales, ante la poca posibilidad de fiscalización y sanción por parte de la autoridad administrativa de trabajo, lo cual podría considerarse incluso como un “incumplimiento espontáneo” de parte de las empresas en el uso de los contratos temporales (para labores permanentes) considerando la reducción de costos en despido que les representa, la mejora de su poder de negociación frente al trabajador, y la poca posibilidad de fiscalización y sanción por parte de la autoridad administrativa de trabajo, en el caso exista un uso indebido. Tomando un punto de vista psicológico podríamos decir que se presenta incluso un sesgo de *exceso de confianza* (KHANEMAN, 2019. Pág. 27), que habría generado

² La Ley de Productividad y Competitividad Laboral – D.L. 728, contempla el periodo de prueba en su artículo 10°, el cual a nivel jurisprudencial (Tribunal Constitucional, 2002) ha sido definido como el lapso durante el cual el empleador evalúa el desempeño del trabajador en un determinado puesto de trabajo, al término del cual el trabajador alcanza la protección contra el despido arbitrario.

como consecuencia la confianza de la mayoría de las empresas que usen -indebidamente- contratos temporales de trabajo

Cabe hacer una precisión al referirnos al sistema de *enforcement* estatal de las normas laborales en su rol de fiscalizador de su cumplimiento y sancionador de su inobservancia. En específico debemos hacer la salvedad que la aplicación del principio de primacía de la realidad (por el cual para determinar la naturaleza laboral de un vínculo, priman los hechos frente a los documentos que hubieran podido suscribirse) y el principio de causalidad (en materia de contratación temporal) son instituciones vigentes y consideradas en la labor del ente fiscalizador nacional -SUNAFIL-. Sin embargo, los problemas que presenta no son referidos a las capacidades técnicas de sus órganos y fiscalizadores, sino a las carencias de recursos materiales y humanos (falta de fiscalizadores suficientes).

Asimismo, existen opiniones desde el punto de vista de la sociología del trabajo, tales como la de SULMONT (2015) en referencia a una motivación de los empleadores privados a “flexibilizar” las relaciones de trabajo recurriendo a los contratos a plazo determinado, lo cual además traería como consecuencia la precarización de las relaciones laborales, así como afectar el ejercicio de los derechos sindicales, aludiendo a este fenómeno específico dentro de un marco global de transformación del empleo.

En ese sentido, si bien cada una de las causas principales, además de las circunstancias adicionales aquí indicadas, se manifiestan por sí mismas, el efecto en uno y otro caso se evidenciaría por la interacción de unas y otras (estrategia empresarial / reforma laboral y regulación flexible / fiscalización débil del uso indebido de contratos temporales). Yendo un poco más allá podríamos incluso referirnos al tema como un fenómeno económico, en tanto está referido a la actividad de varios grupos (legislativo, jurisprudencia, empleadores, sistema de fiscalización) y como esta actividad genera un resultado que resulta digno de atención, y -desde el punto de vista legal/laboral- contradictorio a la forma contractual que la normativa prefiere y busca proteger, esto es, el contrato de trabajo permanente. En esa línea, pareciera que la situación predominante en el Perú respecto de las relaciones de trabajo formales es la de las relaciones de trabajo a plazo fijo, y como esta circunstancia irradia sus efectos a otros derechos laborales y situaciones no laborales - pero relacionadas con el bienestar de los trabajadores y la productividad de las empresas- ha generado una realidad contraria a la que el propio ordenamiento apunta.

Ahora bien, en lo que respecta al uso de contratos temporales en las relaciones formales de trabajo, debemos indicar que es una de las herramientas de mayor incidencia en la contratación laboral, a pesar de que, conforme a las normas y consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales anotadas al inicio del presente artículo debería ser una regla de excepción frente a las relaciones de trabajo de carácter permanente, que resulta ser la presunción general bajo la cual se desarrollan este tipo de vínculos. En este aspecto, la excepción se ha convertido, contradictoriamente, en la regla predominante.

En esa línea, se aprecia un alto porcentaje de celebración de dichos contratos temporales siendo que, en promedio, tres de cada cuatro relaciones laborales en el Perú se registrarían bajo esta forma de contratación, llegando incluso a porcentajes de más del noventa por ciento (90%) en el caso de trabajadores con remuneraciones cercanas a la remuneración mínima vital (RMV). Según datos de la Encuesta Nacional de Hogares analizados por el diario El Comercio, este porcentaje varía -sin dejar de ser altamente considerable- respecto de grupos estructurados en función de su remuneración. Así tenemos porcentajes de contratos temporales cercanos al 45% en trabajadores cuya remuneración supere los S/. 5,950.00, así como del 73% de contratos temporales en aquellos trabajadores cuya remuneración no supere de S/ 2,550.00. El porcentaje de contratación temporal aumenta a medida que descendemos a grupos de trabajadores formales con remuneraciones cercanas a la remuneración mínima vital (*El Comercio*, 11.12.2017).

Además de los tres factores principales para el surgimiento de la masiva contratación laboral temporal, existen otros aspectos a considerar, como son los efectos no deseados en la economía laboral a raíz de la masificación de los contratos de trabajo temporales, consecuencias en la productividad y en el bienestar extralaboral de los trabajadores, así como la afectación indirecta de otros derechos. Entre ellos podremos mencionar, remuneraciones estancadas en el sector privado, dificultad de acceso a beneficios previsionales, difícil acceso al sistema bancario, alta rotación de personal y disminución de inversión en capacitación de los trabajadores, afectación indirecta al derecho de negociación colectiva, entre otros (CUADROS LUQUE, 2018).

En la presente investigación se analizarán estos supuestos “factores principales” a fin de verificar la relación entre éstos y la masificación de los contratos temporales, efectuando además un análisis desde una perspectiva constitucional en lo que se refiere a la sentencia del Tribunal

Constitucional en el caso *Fetratel vs. Telefónica*³ del año 2001, que ha sido fuertemente cuestionada, atribuyéndosele haber cambiado (en perjuicio de los empleadores) las formas de protección ante el despido en el Perú, analizando si, en la práctica y de modo conjunto, la realidad descrita previamente menoscaba la efectividad real de los principios de continuidad⁴ y causalidad que rigen la contratación laboral en el derecho peruano.

La relación con estos factores y el impacto posterior se verificará principalmente contrastando los análisis que sobre la data obrante en la Encuesta Nacional de Hogares se han realizado hasta el momento y la literatura obrante sobre este tema específico en estudios previos, con posturas distintas respecto a cuál sería el factor predominante o principal para esta masificación de los contratos temporales, dentro de los ya mencionados, a fin de tener una perspectiva global. Asimismo, a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos plantearemos analizar cuanto ha influido el precedente del Caso *Fetratel vs. Telefónica* en la jurisprudencia en relación con las formas de protección del despido y su relación con el aumento de los contratos temporales de trabajo en el Perú, para luego evaluar una postura sobre el hecho que a pesar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial en materia de despido y contratación laboral establece un régimen de protección aparentemente fuerte, la realidad es que el mercado laboral habría encontrado una “válvula de escape” que permitiría a los empleadores inobservar en la práctica los principios de causalidad y continuidad que rigen la contratación laboral temporal en el Perú para poder evitar los costos y contingencias que contemplaría un cese laboral -despido- dentro de una relación laboral a plazo indeterminado (FERRO, 2019. Pág. 24).

En cuanto compete a las causas de la masificación del uso de los contratos temporales en las relaciones de trabajo en el Perú, la misma se puede atribuir a una diversidad de factores, entre los que resaltan:

- La flexibilización normativa operada a raíz de las reformas laborales de la década de los noventa, particularmente el D.S. 003-97-TR (T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), que contempla once formas de contratos temporales frente a un solo tipo de contrato a

³ Exp. 1124-2001-AA/TC.

⁴ Con relación al principio de continuidad que rige las relaciones laborales, este puede ser definido como aquel en virtud del cual la relación laboral se considera como una de duración indefinida, independientemente de las circunstancias que se produzcan en el transcurso de la misma.

plazo indeterminado, ofreciendo mayores opciones para los empleadores de acogerse a esta forma de contratación.

- La modificación en las formas de protección frente al despido a raíz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente 1124-2001-AA/TC (Caso Fetratel vs. Telefónica del Perú). Se atribuye a dicho pronunciamiento haber aumentado los costos de despido para los empleadores a raíz de haber variado las formas de protección del mismo, por lo que habría aumentado el uso de la contratación de trabajo temporal.

- La falta de un adecuado sistema de fiscalización laboral que supervise adecuadamente a los empleadores e impida y sancione el uso indebido de los contratos temporales de trabajo, esto es, para ocultar o disfrazar relaciones laborales de carácter permanente.

Ahora bien, a raíz de la revisión de la literatura e información obrante respecto al tema podemos adelantar, a modo de apreciación inicial, que entre las referidas causas no habría una en particular que podría considerarse la principal o absolutamente determinante, sino que existiría un proceso dinámico o de interacción entre ellas, y que esta circunstancia habría sido la que nos habría llevado al crecimiento masivo de la contratación temporal frente la disminución de los contratos de trabajo a plazo indefinido.

Esta masificación de la contratación laboral temporal por parte de los empleadores representaría la inobservancia —en la práctica— de los principios de causalidad y continuidad, previstos en la legislación laboral, que son los que deberían —según el marco laboral y constitucional— regir la contratación laboral en nuestro país.

Adicionalmente, el efecto de la masificación de los contratos temporales trae consigo efectos no deseados en el mercado laboral, tales como:

- Alta rotación de los trabajadores
- Falta de capacitación y/o especialización de los trabajadores
- Consecuente disminución en la productividad
- Afectación del acceso a la seguridad previsional
- Afectación del derecho a la afiliación sindical y negociación colectiva
- Afectación del acceso al sistema bancario por parte de los trabajadores.

En el presente trabajo buscamos tener como objetivos trazados los descritos a continuación:

- Identificar y desarrollar aquellos factores que explican el uso masivo de la contratación temporal en las relaciones de trabajo, considerando las causas principales a las que se le atribuye el alto índice de contratación temporal (flexibilización normativa laboral de la década de los noventa, sentencia del TC en el expediente No. 1124-2001-AA/TC, y fiscalización laboral laxa por parte del Estado).
- Identificar los presuntos efectos colaterales en la economía laboral, así como la posible afectación a otros derechos de los trabajadores a consecuencia de la masificación de los contratos temporales de trabajo en el Perú, verificando su relación con la misma.
- Determinar a través de un análisis de contraste entre la realidad existente (alto porcentaje de contratación temporal) y lo preceptuado por los principios de continuidad y causalidad que rigen la contratación laboral peruana, si es que en la práctica los mismos han perdido o no vigencia práctica, atendiendo a que la excepcionalidad de la contratación laboral temporal ha quedado de lado, siendo ahora la forma predominante en materia de contratación laboral.

El tema de investigación tiene muchos motivos para justificarse, desde que las formas de protección contra el despido es un tema absolutamente relevante y atemporal en materia de derechos constitucionales y laborales específicamente, pero además por el hecho que esta masificación de los contratos temporales manifiesta la contradicción entre la realidad de la contratación laboral peruana a nivel de operatividad del mercado laboral peruano y los conceptos estructurales básicos del derecho laboral nacional, como lo es la presunción a plazo indeterminado de las relaciones laborales y excepcionalidad de las relaciones laborales temporales, así como el hecho que la protección y bienestar que las normas laborales y constitucionales buscan supuestamente garantizar no se estarían consiguiendo, a pesar de existir criterios jurisprudenciales como el del caso Fetratel vs. Telefónica (Tribunal Constitucional, 2001) que evidencian estos altos estándares de protección de los trabajadores. En virtud de ello, la discusión sobre este tema es relevante.

En esa línea, el aspecto de los contratos de trabajo temporales corresponde ser discutido en tanto está relacionado con los niveles de flexibilidad o rigidez que debería tener la legislación laboral peruana.

Para los fines del presente trabajo, el enfoque que buscamos utilizar para abordar inicialmente el tema es el enfoque de argumentación jurídico constitucional utilizando el método de J. Giraldo Ángel de “análisis crítico de la jurisprudencia” considerando las etapas de dicho método, que son:

- Determinación del problema jurídico planteado.- La forma de protección del despido considerada por el Tribunal Constitucional en el caso *Fetratel*
- Análisis estructural de las tesis sustentadas con relación al problema.- Las tesis pueden resumirse en dos vertientes básicamente. La primera de ellas sería, tomando como fundamento el propio texto del artículo 34° de la LPCL, que considera que la indemnización tarifada en la ley es la protección suficiente y adecuada frente a los despidos arbitrarios (a oposición de los despidos nulos en los que corresponde la reposición, estando ello normado incluso) frente a la postura reflejada en el criterio del TC en la sentencia del caso *Fetratel* que señala que considerar como protección suficiente a la indemnización por despido arbitrario (para otros despidos además de los nulos) vacía al derecho al trabajo de contenido constitucional y por ende, dependiendo del caso, podrá corresponder la reposición o indemnización a elección del trabajador.
- Crítica jurídica. ¿La decisión del TC en el caso *Fetratel* pudo ser distinta? ¿El TC tuvo otras opciones? Definitivamente pudo ser distinta en tanto la función jurisdiccional es de por sí una función interpretativa. Por ahora nos corresponde señalar que ahondaremos en estos puntos al abordar el Estado del Arte, sin perjuicio de señalar que la decisión de la referida sentencia ha adoptado una forma de interpretar la constitución desde la óptica del neoconstitucionalismo, en la cual la interpretación de los derechos fundamentales se realiza bajo una “centralización” del derecho fundamental, lo cual a opinión de PÉREZ TREMPS (2011), debería hacerse además de manera que estos resulten eficaces, es decir, no sólo bajo una interpretación acorde a la constitución y al derecho fundamental que se analice, sino además, “debe ser una interpretación favorable a estos, es decir a su eficiencia, más que a su prevaencia en el ordenamiento por una mera jerarquía formal por ser la Constitución la cabeza del ordenamiento jurídico” (p.55).

Cabe señalar que este enfoque lo utilizaremos principalmente al analizar la referida sentencia del caso *Fetratel* y en cierta medida respecto del análisis de la normativa y principios laborales constitucionales, mas no necesariamente en el extremo de la fiscalización laboral laxa del Estado, ni el aspecto cuantitativo del impacto de la contratación temporal en el mercado laboral, por resultar aplicable a estos extremos otro tipo de enfoque, como el de impacto justamente.

Sin embargo, adicionalmente a ello debemos indicar que a lo largo de la presente investigación el análisis del tema (masificación de los contratos temporales en el Perú) será realizado además desde una perspectiva de análisis social, como una herramienta de comprensión relativa a la efectividad, eficacia y eficiencia de la norma jurídica, en particular de la norma laboral, en relación al ejercicio de algunos derechos laborales, así como otros elementos de la economía laboral, como lo es, por ejemplo, la evolución de las remuneraciones en un contexto de masificación de contratos de trabajo temporales.

En ese sentido específico, nos formularemos interrogantes que pueden resumirse en:

Cuestionamiento fáctico

- ¿Cuál es la realidad actual en materia de contratación laboral formal en el Perú?
- ¿Cuáles serían las causas para ello?

Cuestionamiento jurídico

- ¿Esta realidad actual (masificación de contratos temporales), es acorde a lo prescrito por la legislación laboral peruana?
- ¿Esta situación representa de algún modo la pérdida de vigencia o validez de las normas o principios laborales en materia de contratación laboral peruana?

Cuestionamiento social:

- ¿En el contexto descrito, y en relación con el tema de investigación, se estarían cumpliendo con los fines protectores del derecho laboral en el Perú?
- De ser posible ¿Existen propuestas de solución para la problemática que aparentemente surge de la masificación de los contratos temporales en el Perú?

CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

Sobre el tema de investigación y cuál sería el o los factores principales para la aludida “masificación” de los contratos temporales de trabajo en el Perú, las opiniones se encuentran divididas. Para efectos de delimitar el alcance del presente trabajo de investigación resulta conveniente presentar inicialmente los conceptos esenciales en materia de contratación laboral en el Perú, para ahondar posteriormente en el aspecto específico de la contratación temporal en el Perú y los factores de su masificación, así como sus efectos y la relación con los aludidos principios de continuidad y causalidad, así como el de primacía de la realidad, que rigen la contratación laboral peruana.

2.1. Sobre los principios que rigen la contratación laboral en el Perú.

Nuestra normativa protege y prefiere asimismo la contratación laboral a plazo indeterminado, protección y preferencia que es además recogida y reconocida por la doctrina nacional (FERRO, 2019). Como se ha señalado, esta protección está reflejada en las normas contenidas en los artículos 4° y 53° de la LPCL que establecen, de un lado, la presunción general relativa a que, en toda prestación personal de servicios remunerada y sujeta a subordinación se presume la existencia de una relación laboral a plazo indeterminado; y por otro lado, que en caso se celebre un contrato de trabajo temporal, el mismo está sujeto a la existencia de causas preestablecidas por la ley que justifican dicha contratación temporal, de modo excepcional y bajo apercibimiento de ser considerados como contratos a plazo indeterminado ante la inobservancia de dicha condición⁵. Esta protección es el reflejo de principios fundamentales en materia de contratación laboral: los principios de *continuidad* y de *causalidad*, así como un principio transversal a todas las instituciones del derecho laboral, como lo es el *principio de aplicación de primacía de la realidad*.

2.1.1. Principio de aplicación de primacía de la realidad

Con relación a los principios del derecho del trabajo que resultan aplicables a la contratación laboral en el Perú, resulta relevante, necesario incluso, referirnos al principio de *aplicación de*

⁵ STC Exp. 03628-2012-PA/TC Caso *Félix Guillermo Portocarrero Calle*. Diario El Peruano 09.07.2015. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-03628-2012-PA-TC.pdf>

primacía de la realidad por el cual en el caso de discordancia entre los documentos o acuerdos de las partes y los hechos que ocurren en la práctica, debe darse preferencia a estos últimos.

Pues bien, el origen de este principio -importantísimo en materia laboral- surge de la propia concepción del contrato de trabajo como un *contrato realidad*, que se diferencia del resto de contratos (civiles, por ejemplo) en tanto no sólo depende del acuerdo de las partes para surtir sus efectos (*contrato consensual*), sino que además requiere del cumplimiento de la prestación efectiva (en la realidad) de la obligación contraída, esto es, de la prestación personal de servicios. En esa línea, la prestación personal del servicio, y no necesariamente el acuerdo de voluntades será la que determine la aplicación de las normas del derecho del trabajo a la relación existente, entiéndase la relación de trabajo (PLÁ RODRIGUEZ. Pág. 271-273).

En lo que a este respecta, además de los principios de causalidad y de continuidad, el *principio de primacía de la realidad* ha sido invocado por nuestro Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos al referirse a la desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad (temporales) en el caso que se oculte mediante estos a relaciones de trabajo de carácter permanente (Caso *Aníbar Santiago Huaranga Romero*, 2002).

En ese sentido, la mencionada sentencia manifiesta entre sus fundamentos:

“(…)

A la luz del principio de primacía de la realidad, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, que ha consagrado al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (art. 22°) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (art. 23°), se debe señalar que los documentos mencionados en el fundamento precedente acreditan que los demandantes realizaron labores en condiciones de subordinación, dependencia y permanencia, propias de una relación laboral de carácter permanente, no obstante que ella se mantuvo bajo la apariencia de contratos sujetos a modalidad, caracterizados por la prestación de servicios de naturaleza accidental o temporal.” Fundamento Jurídico No. 2.

Es preciso señalar además que en el caso de este principio se trata de uno no sólo aplicable a la contratación laboral, sino además transversal a la mayoría de las instituciones del derecho laboral

peruano, como las remuneraciones y beneficios sociales, por ejemplo, determinándose su naturaleza remunerativa en el caso que se pretenda negar tal condición invocando otra naturaleza de ingreso cuando de la realidad pueden extraerse conclusiones distintas. Asimismo, el referido principio constituye “(...) un elemento implícito en nuestro ordenamiento, concretamente impuesto por la propia naturaleza tuitiva de la Constitución Política del Estado de 1993, que ha visto al trabajo como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22); y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23), que delimita que el Juez, en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o de acuerdos, debe darle preferencia a lo primero, es decir, a lo que ocurre en el terreno de los hechos o de la realidad, pues el Contrato de Trabajo constituye un contrato real. Esto se tipifica por la forma y condiciones bajo las cuales se ha prestado el servicio con prescindencia de la denominación que se le pudiese otorgar a dicha relación” (Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema del Perú. 2006).

En ese orden de ideas, nos encontramos frente a un principio aplicable al derecho laboral de forma integral y no sólo a la contratación, en razón a la preferencia otorgada a la realidad de los hechos y de la forma de prestación efectiva de los servicios, a consecuencia de la naturaleza de *contrato realidad* respecto del contrato de trabajo. Ya aterrizado al caso específico de los contratos temporales, pues la aplicación del mismo puede resumirse en que de ser el caso que exista una relación laboral disfrazada bajo un contrato temporal, pero que en la realidad se trate de una relación laboral de naturaleza permanente, la misma será considerada como tal, independientemente de lo que digan los documentos. Ello considerando la circunstancia de *contrato realidad* que ya hemos mencionado con relación al contrato de trabajo.

2.1.2. Principio de continuidad

En lo que se refiere al plazo indeterminado de la relación laboral, nos referimos al *principio de continuidad*, por el cual, en atención a que la actividad económica del empleador debería prolongarse en el tiempo, de igual forma la relación laboral debería perdurar de forma permanente. Este es uno de los principios rectores en materia de contratación laboral y es considerado además normativa y doctrinariamente por otros ordenamientos de la región. Con relación a ello, podemos tomar como referencia la noción de PLÁ RODRIGUEZ sobre la cual el contrato de trabajo resulta ser uno de tracto sucesivo, considerando al mismo como “una relación que se prolonga en el tiempo

y no se agota solamente en un acto instantáneo y por ello corresponde la prolongación de la relación laboral” (2015, pág. 193). Esta consideración inicial sobre la temporalidad de la continuidad no agota el contenido de este principio, pues en opinión de algunos autores el mismo se manifiesta como una representación evidente del *principio protector* que rige las relaciones laborales en tanto “consagra la protección del trabajador de no ser desvinculado del servicio”. Según señala OBANDO, la importancia de este principio, además de proteger la continuidad de la relación laboral, “(...) va por generar en este -el trabajador- seguridad psicológica y buena disposición al contar con estabilidad y continuidad en el trabajo (...)” (2016. pág.98). De igual forma en Argentina se ve a este principio como uno de los principales logros que el Derecho Laboral habría conseguido en favor del trabajador pues representaría “la superación de una etapa de liberalidad en la disolución del vínculo laboral semejante a una locación de servicios, forma de extinción de la relación laboral asociada a la era industrial, aludiendo a una falsa autonomía de la voluntad disfrazando la imposición de la voluntad de aquel con mayor capacidad de negociación” (SHICK, 1991). Asimismo, a nivel económico “la continuidad (y antigüedad) en el empleo genera muchas veces ventajas salariales y/o beneficios adicionales que recompensan la continuidad del trabajador en la empresa, por lo que su importancia no se agota únicamente en la prolongación del vínculo” (PLÁ RODRÍGUEZ, pág. 164)

2.1.3. Principio de causalidad

En lo que corresponde al principio de causalidad, que rige la celebración de contratos de trabajo temporales, ya hemos indicado que se encuentra recogido normativamente en el artículo 53° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y en virtud del cual puede celebrarse contratos de trabajo temporales cuando los mismos se sujeten a causas preestablecidas en la ley, de carácter excepcional, que son las que representan la justificación para que la relación laboral se sujete a un plazo determinado, bajo ser considerado como uno de plazo indeterminado de verificarse la ausencia de éstas. Cabe precisar además que la expresión de la causa objetiva que justifica la contratación temporal es un requisito de validez de estos contratos⁶, los mismos que deberán celebrarse por escrito (formalidades no exigibles a los contratos a plazo indeterminado).

⁶ Artículo 72° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En palabras de SANGUINETTI la manifestación de este principio trae como consecuencia que estos contratos -temporales- y la duración de los mismos no se encuentran sujetos meramente a la voluntad de las partes, sino que “deben responder a la naturaleza de la actividad a desarrollar por el trabajador y de la necesidad empresarial que busca satisfacerse, pudiendo celebrarlos cuando la labor a realizar por el trabajador sea de una duración limitada en el tiempo” (2008. pág. 16).

OBANDO, señala además que este tipo de contratos se ajustarán a una serie de formalidades especiales, tales como “ser siempre celebrados por escrito y señalamiento expreso de la causa que motiva la contratación a plazo determinado” (2016 pág. 33).

Ahora bien, teniendo presente los principios de primacía de la realidad, continuidad y causalidad que rigen la contratación laboral peruana, y las consideraciones similares en la doctrina de la región; y dado que el fenómeno específico del incremento de la contratación de trabajadores temporales en el Perú (que según la teoría de dichos principios debería ser una circunstancia excepcional) es un proceso que aborda múltiples aristas, comenzaremos abordando los factores que abonarían a esta realidad, bajo un criterio cronológico; es decir, refiriéndonos primero a las reformas regulatorias de los años noventa en materia laboral, para pasar posteriormente a la reforma operada por vía jurisprudencial mediante la sentencia del Caso *Fetratel vs. Telefónica del Perú* (2001), y detenernos en la problemática que presenta el sistema de fiscalización de las normas laborales en el Perú, tres ítems que según la literatura obrante serían los factores que contribuirían a esta mencionada masificación de los contratos de trabajo temporales en el Perú.

2.2. Sobre la flexibilización regulatoria de los años noventa en materia laboral.

A pesar de que nuestra memoria histórica relaciona directamente la flexibilización de la regulación en materia laboral con la década de los noventa y el primer gobierno de Alberto Fujimori, de tendencia económica hacia el libre mercado y la flexibilización laboral, lo cierto es que existen antecedentes de apertura a la contratación temporal que se remontan al primer gobierno de Alan García. En ese sentido, corresponde mencionar el D.S. 018-86-TR, que creaba el “Programa Ocupacional de Emergencia (PROEM)”. Resulta interesante mencionar este instrumento normativo pues se aparta de alguna forma de la tendencia populista que podría atribuirse al primer gobierno de García. El mencionado decreto supremo permitía la contratación temporal sin cumplir los requisitos legales que exigía el Decreto Ley No. 18138 -norma que regía

la contratación temporal en aquel entonces-, esto es, que se pueda celebrar contratos temporales de trabajo en función a la naturaleza accidental o temporal de la actividad a realizar por el trabajador y que dichos contratos debían constar por escrito y con la aprobación de la autoridad administrativa.

En opinión de MORALES, es con el PROEM, que se inicia el debate del fenómeno de la flexibilización, traído a discusión también en aquella época por SANGUINETTI⁷ por considerar que “la existencia paralela del PROEM y del Decreto Ley 18138 resultaba jurídicamente imposible” (2013, pág. 139), siendo cuestionada dicha norma por dos puntos principales; de un lado, tener el efecto de suspender la estabilidad de entrada por colocar en los empleadores la potestad de decidir la duración en el empleo; y, por otro, el habilitar la celebración de contratos temporales de trabajo para actividades permanentes del empleador, esto es, generando que la relación laboral culmine a pesar que las actividades y necesidades que la originaron perduren en el tiempo. Dicha norma se encontró vigente hasta el año 1990 en el que se produjo el cambio de mando en nuestro país para lo que sería el primer gobierno de Alberto Fujimori, abriendo paso a una discusión no sólo económica (apertura de mercados) sino además de cambios estructurales en la regulación laboral vía la flexibilización de la misma, siendo los principales instrumentos de ese cambio el Decreto Legislativo No. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y la normativa que regula las micro y pequeñas empresas.

La tónica de la LPCL estaba claramente orientada al mercado y apuntaba a la flexibilización laboral como mecanismo eficiente para generar mayores posibilidades de empleo para los sectores menos favorecidos con el empleo (personas jóvenes, mujeres cabeza de hogar, adultos mayores), tendencia que se reflejaba en su Exposición de Motivos⁸. Es en esta norma que se encuentra contemplado además el amplio abanico de opciones de contratos temporales de trabajo, siendo que muchos de ellos, más allá de representar mecanismos de excepción al principio de continuidad, han sido bastante cuestionados en su justificación jurídica, lo cual resulta relevante.

⁷ SANGUINETI, Wilfredo. El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana. En: Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco, Lima, 1989. pp. 105-106.

⁸ Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo – Exposición de Motivos. Diario Oficial El Peruano. 8 de noviembre de 1991.

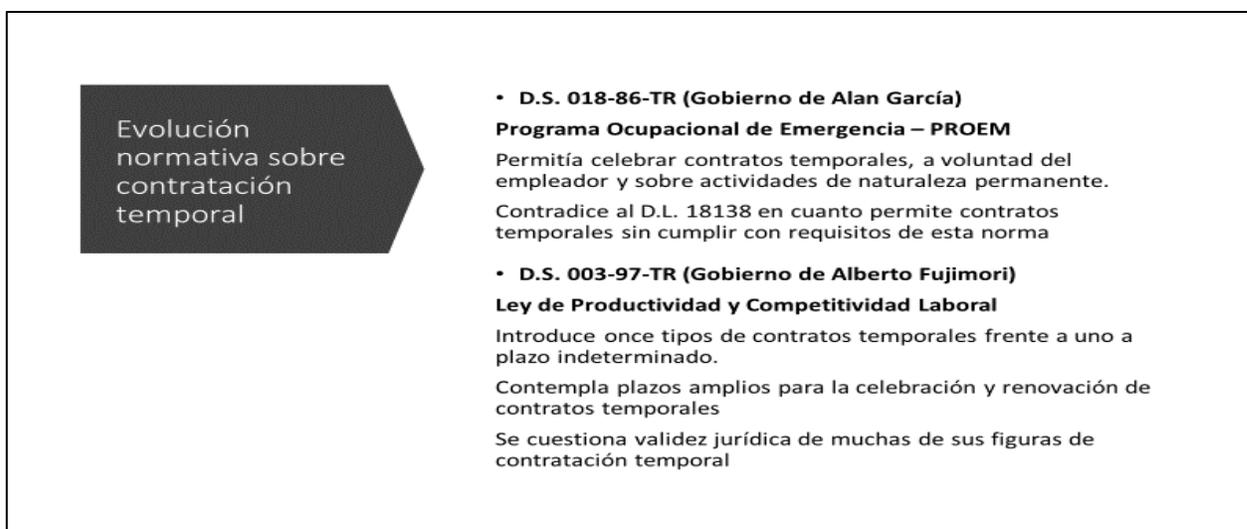


Figura 1. Evolución normativa sobre contratación laboral temporal

En esa línea, ARCE cuestiona duramente figuras como la de los contratos por “necesidad de mercado” criticando la razonabilidad de dicha causa de contratación temporal, que se justifica en la supuesta imprevisibilidad de un hecho que motive la contratación, cuya respuesta resulta ser en algunos casos, una de naturaleza subjetiva (¿el hecho pudo prevenirse o no por el empleador? ¿si el empleador fue negligente y el hecho -que motiva la contratación- pudo prevenirse, el contrato es válido o no?) (2008. Pág. 175).

Según CUADROS LUQUE, la emisión de dichas normas y su masivo acogimiento por parte de los empleadores serían los principales motivos por los cuales se ha generado la masificación de los contratos temporales, considerando que el aumento en la contratación temporal vendría desde la época de expedición de dichas normas (Análisis Laboral, 2018. pág. 11). Respecto de ello señala que este es un proceso de larga data y de incremento gradual y marginal, originado en las reformas laborales de los años noventa que generó la aparición de las figuras de contratos de trabajo temporales, y que por un efecto de rotación y reconversión de la fuerza laboral a plazo indeterminado (trabajadores que cesan, renuncian, se jubilan, entre otros) y que es reemplazada en sus puestos por trabajadores contratados a plazo determinado. En este último punto, coincide PASCO COSMÓPOLIS, quien alude a la gran variedad de opciones de contratación temporal de trabajo previstas en la LPCL (2012. Pág. 496). Si bien, paralelamente se ha difundido la idea que los contratos temporales serían un “paso previo” para lograr el ansiado contrato “permanente” (a

modo de un periodo de prueba), existen estudios que concluyen que en realidad los contratos temporales funcionarían además como un mecanismo de filtro o *screening* de los empleadores (JARAMILLO; CAMPOS, 2019).

2.3. Con relación a la Sentencia del Caso *Fetratel vs. Telefónica* (2001).

Si bien por un lado JARAMILLO atribuye enteramente a la sentencia del Tribunal Constitucional del caso *Fetratel vs. Telefónica*, y su cambio en las formas de protección frente al despido, el posterior vuelco de los empleadores a contratar trabajadores bajo contratos de trabajo temporales (2019. Pág.13), CUADROS LUQUE discute que su impacto pueda ser medido pues no ha podido determinarse el efecto marginal -a su parecer- que hubiera podido tener esa sentencia. Por el contrario, la desestima como la causa principal y atribuye la masificación de los contratos temporales a las otras dos causas mencionadas, como lo son la falta de un adecuado sistema de fiscalización de las normas laborales que detecte y sancione oportunamente el uso indebido de los contratos temporales de trabajo (cuando no corresponda su uso, es decir, para disfrazar relaciones de trabajo de carácter permanente), aunado a la flexibilización regulatoria de los años noventa, principalmente la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Análisis Laboral, 2018. Pág. 12).

Con relación al elemento jurídico de la sentencia, para precisar de forma muy concisa, la referida sentencia consideró -desarrollando el contenido constitucional del derecho al trabajo- que no podía afirmarse que existía una protección adecuada contra el despido si es que se admitía a la indemnización como la única forma de protección contra un despido arbitrario⁹, ejerciendo control constitucional respecto del artículo 34° del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señalando que el referido artículo (segundo párrafo) resulta incompatible con el derecho constitucional al trabajo, pues vacía de contenido este derecho, habilitando el despido incausado o arbitrario por parte del empleador¹⁰.

⁹ Artículo 34°.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38°, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38°

¹⁰ STC Exp. 1124-2001-AA/TC. *Caso Fetratel vs. Telefónica del Perú. Fundamento Jurídico 12.*

La mencionada sentencia ha marcado un precedente en cuanto a lo que a la protección contra el despido *arbitrario*¹¹ se refiere. Ello representa un cambio de criterio del Tribunal respecto a este tema. Antes de esta sentencia el Tribunal consideraba que, fuera de los despidos *nulos*¹² que representan una afectación a derechos con mayor protección, implicando una mayor afectación, no cabía la reposición para el caso de los despidos arbitrarios siendo en este caso el pago de la indemnización prevista en el artículo 38° de la LPCL la única forma de reparación al trabajador por el daño sufrido¹³. Ahora, con la expedición de la sentencia bajo comentario, el Tribunal modifica su criterio considerando que aquellos despidos en los que no se exprese la causa de este, resultan contrarios a la Constitución, y que las vías de protección para el trabajador contra esta afectación son, dependiendo de las características del caso, la indemnización por despido arbitrario o la reposición. El Tribunal sustenta su decisión en el hecho de que al ser el derecho al trabajo un derecho constitucional, el admitir como única reparación frente a la afectación del mismo a la indemnización prevista en el artículo 34° de la LPCL (norma de rango legal), vacía a este derecho de su contenido constitucional, y en consecuencia considera esta disposición como “contraria a la Constitución”, abriendo la puerta a esta protección de “doble vía” a elección del trabajador dependiendo de las circunstancias del caso¹⁴.

El criterio asumido por el Tribunal como fundamento de dicha decisión ha sido referido expresamente en varias sentencias del mismo, verificando que la interpretación operada en la sentencia del caso *Fetratel* ha irradiado sus efectos sobre las posteriores decisiones del TC en materia de protección contra el despido o incluso en casos en los que -sin tener que pronunciarse sobre un despido- se tenga que desarrollar el contenido -constitucional- del derecho al trabajo.

¹¹ Según el artículo 34° de la LPCL, el despido arbitrario es aquél en el que no se ha expresado causa del mismo o que no pueda demostrarse esta en juicio. Señala asimismo que el trabajador afectado tiene derecho al pago de la indemnización prevista en el artículo 38° de dicha norma, como única reparación por el daño sufrido.

¹² Según el artículo 29° de la LPCL, son nulos los despidos que tengan por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o haber participado en esa calidad
- c) Presentar una queja o participar en una queja contra el empleador ante las autoridades competentes.
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.
- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias, la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento.

¹³ La indemnización por despido arbitrario, según lo dispuesto por el artículo 38° de la LPCL asciende a 1.5 remuneraciones mensuales por cada año de trabajo, con un tope máximo de doce remuneraciones mensuales

¹⁴ Caso *Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL*. Tribunal Constitucional del Perú. 11.07.2002. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.pdf>

En este caso específico, tenemos por ejemplo el caso *Ludesminio Loja Mori* (Tribunal Constitucional del Perú, 2005), que se encontraba referido al otorgamiento de una autorización de funcionamiento de negocio, alegando el accionante que se afectaba su derecho al trabajo con la denegatoria de la misma. Es decir, el criterio del Tribunal ha salido incluso del ámbito de protección contra el despido y es referido para otro tipo de pretensiones, que guardan algún tipo de relación con el derecho al trabajo y su delimitación constitucional¹⁵. Similar situación se ha dado en el caso *Cynthia Caballero Muñoz* (Tribunal Constitucional, 2007), en la cual el Tribunal señala expresamente que el contenido esencial del derecho al trabajo ha sido delimitado en la sentencia del Caso *Fetratel*, es decir, hace una referencia expresa a que mediante ésta se ha configurado los aspectos del mencionado derecho.

En materia de decisiones del Tribunal referidas propiamente al contenido del derecho al trabajo y las formas de protección contra el despido que acojan el criterio del caso *Fetratel*, podemos citar sentencias como la del caso *De La Cruz Pomasoncco* (2001), en la que el Tribunal señala:

“(…)FJ.6. La ruptura del vínculo laboral, sustentada en una utilización fraudulenta de una modalidad de contratación como la descrita, tiene, por consiguiente, **el carácter de un despido absolutamente arbitrario, frente al cual y como lo ha venido definiendo el Tribunal Constitucional (tanto con su conformación actual, como con la pasada), procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.** Para llegar a dicha conclusión ya se ha sostenido, y ahora se vuelve a reiterar, que **la protección adecuada a la que se refiere el artículo 27° de la Constitución, no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización.** Si en los procesos ordinarios es posible concebir fórmulas de protección distintas a las estrictamente resarcitorias, con mayor razón pueden predicarse para los procesos constitucionales, donde el propósito no es otro que la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal y como lo establece el artículo 1° de la Ley No. 23506. Es pertinente precisar que el desarrollo del artículo 27° de la Constitución se encuentra particularmente acotado por los artículos 34° y 38° del Decreto Legislativo No. 728. Por su formal rotulación y ubicación

¹⁵Caso *Ludesminio Loja Mori*. Tribunal Constitucional del Perú. 2005. Fundamento Jurídico 30. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-3330-2004-AA-TC.pdf>

estructural, dichas normas tratan sobre los derechos subjetivos de un trabajador ante la constatación de un despido fraudulento, el cual, (...), tiene la opción de escoger entre la indemnización o la reposición; habiéndose inclinado el Tribunal por esta última en razón de la vía y la acción de garantía objeto de estudio.

(...)

FJ. 7. **Concluir en que la única alternativa a la que podrían acogerse los recurrentes es la indemnización a la que se refiere el artículo 34° del Decreto Legislativo No. 728, significaría incurrir en el absurdo de interpretar a la Constitución de conformidad con la ley,** cuando la actividad de este Colegiado, como la de cualquier otro juzgador constitucional, obliga exactamente a lo contrario; es decir, a interpretar la ley de conformidad con la Constitución. **Ello impone considerar, como no puede ser de otra manera, que no puede ser aplicable al caso de los recurrentes el citado dispositivo legal en tanto no les otorgue la opción reparadora,** que, por el contrario, sí le dispensa el proceso constitucional.”

De igual forma, el Tribunal ha señalado en la sentencia del Caso *Belisario Armando Vásquez Campos (2006)* lo siguiente:

“(...) [El Tribunal] ya se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que la extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, se encuentra afectada de nulidad -y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona. En tales circunstancias, resulta evidente que **tras producirse una modalidad de despido arbitrario como la descrita, procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos.** Al respecto, como se ha sostenido anteriormente, y ahora se reitera, **la protección adecuada a que se refiere el artículo 27 de la Constitución no puede ser interpretada como una facultad de disposición absolutamente discrecional por parte del legislador, que habilite como alternativa exclusiva y excluyente la representada por la indemnización,** toda vez que debemos tener en cuenta que el propósito de los procesos constitucionales es la restauración de las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, tal como lo establece el artículo 1° de la Ley 28237.(...)”

Al respecto, y en los años cercanos a la emisión de la sentencia del caso *Fetratel*, ya podía apreciarse que el criterio allí esbozado (que el despido arbitrario es inconstitucional y es susceptible de tutela restitutoria), era adoptado por los magistrados del Poder Judicial de instancias previas al TC en la tramitación de procesos constitucionales, es decir, irradió fuera de la entidad y a otras instancias, aludiendo expresamente a dicha sentencia, como se puede apreciar en la sentencia del Caso *Sindicato de Trabajadores de Petróleos del Perú (Tribunal Constitucional, 2003)* en el que si bien se desestima la demanda en última instancia ante el Tribunal, el Juez Superior la amparó invocando expresamente la sentencia del caso *Fetratel*.

Ahora, si bien dentro de una lógica constitucional el argumento de la sentencia del caso *Fetratel* resultaría válido (se trata del derecho al trabajo, no a la indemnización), en opinión de NEVES, el Tribunal “(...) al precisar el contenido esencial del derecho a conservar el empleo, lo hizo de manera tan cerrada, que concluyó que no había otra reparación que la reposición (...)” (2015. Pág.227) deslizando la posibilidad que tuvo el Tribunal de haber podido acudir a normas internacionales en materia laboral que forman parte además del bloque de constitucionalidad¹⁶ (efectuando una interpretación sistemática entre las normas del D.L. 728 y la Ley de Hábeas Corpus y Amparo vigente en aquel entonces, siendo sus equivalentes actuales el Código Procesal Constitucional y la Nueva Ley Procesal del Trabajo) y que sí admiten como forma de protección contra el despido la indemnización correspondiente (cuando se trate de un despido injustificado, claro está), para poder arribar a otra conclusión o esbozar un criterio distinto. En específico, el referido autor ha manifestado que el Tribunal pudo acudir al Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - que forma parte del marco interpretativo señalado- y no hacer una interpretación de la Constitución a partir de sí misma, lo que pudo generar la conclusión que la reposición no era necesariamente la forma de protección contra un despido arbitrario.

Ahora bien, no obstante la “mayor protección” que aparentemente se le habría otorgado a las relaciones laborales, existe desde el lado académico-empresarial, una fuerte tendencia a manifestar que la decisión aludida habría tenido un resultado inverso al buscado, generando efectos

¹⁶ En palabras de MEZA HURTADO, se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica, que, si bien no está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales.

desprotectores en el empleo al volcar a los empleadores a utilizar los contratos de trabajo temporal para de esa forma librar los altos costos que representaría un despido frente a una relación laboral de carácter permanente, tal como puede apreciarse en el siguiente gráfico elaborado por el Instituto de Estadística e Informática – INEI.

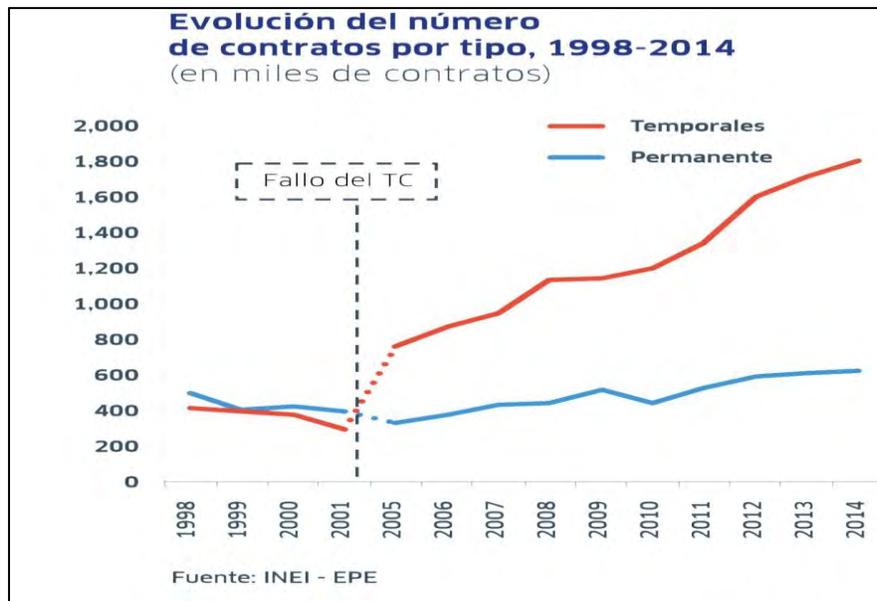


Figura 2. Evolución del número de contratos laborales por tipo a partir del fallo del TC. Fuente: INEI

Como puede apreciarse, según este gráfico elaborado por INEI (Instituto Nacional de Estadística e Informática), el número de contratos de trabajo temporal habría aumentado vertiginosamente, así como aumentado la brecha entre éstos y los contratos de trabajo permanentes a partir del fallo del TC en el caso Fetratel (2001). Volveremos a esta circunstancia más adelante, pero por lo pronto es plenamente relevante tener presente la predominancia de los contratos temporales de trabajo en oposición a los permanentes, y tomando como referencia inicial la expedición de dicho fallo.

2.4.Sobre la fiscalización insuficiente del cumplimiento de las normas laborales por parte del Estado

Al respecto, hay que señalar que en cuanto se refiere al sistema de inspección y fiscalización laboral en el Perú, el mismo adolece de una serie de problemas que lo vienen acompañando hace muchos años, como lo son la falta de recursos financieros e infraestructura, no contar con un número suficiente de inspectores, la falta de capacitación y actualización del personal inspectivo, entre otros (SACO ALVA, CAMPOS 2013. Pág. 450).

En cuanto corresponde al elemento esencial del sistema, los inspectores, estas circunstancias generan que no exista una identificación con sus funciones, lo cual perjudica un desarrollo adecuado y comprometido de las mismas. Asimismo, es necesario considerar que el sistema de fiscalización estuvo hasta el año 2013 bajo la competencia de los gobiernos regionales, lo cual generaba una diversidad de criterios para el tratamiento de las materias sujetas a fiscalización, así como una fuerte injerencia política en el referido sistema, circunstancias que no aportaban a un funcionamiento adecuado del mismo. Ahora bien, es que recién desde el año 2013 se cuenta con una autoridad centralizada en materia de inspección y fiscalización laboral (Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL) la cual mantiene los mismos problemas.

La relación entre este factor y el supuesto vuelco de los empleadores hacia el uso de la contratación temporal a consecuencia de la precitada sentencia del caso Telefónica es que estas deficiencias generan que no pueda ser ejercida una adecuada fiscalización sobre el uso indebido de los contratos temporales, es decir aquellos desnaturalizados, entendiéndose a estos como los que son utilizados para disfrazar como temporales relaciones laborales de carácter permanente. En opinión de KU YANASUPO nos encontramos inmersos en un marco legal e institucional que permite a los empleadores decidir sobre el tipo de contrato que prefieren celebrar con sus trabajadores, haciendo prevalecer su decisión de entrada y, considerando la posible fiscalización y/o impugnación de un contrato permanente disfrazado de temporal, un hecho remoto en atención a las deficiencias que aquejan al sistema de fiscalización laboral, así como a el hecho que las organizaciones sindicales (que representan los mecanismos de acción colectiva de defensa de los trabajadores) se encuentran debilitadas (2020. Pág. 123). Las deficiencias en el sistema de fiscalización laboral podrían incluso confluir con la existencia de un sesgo de optimismo (PARISI; LUPPI. 2010. Pág. 30) en los empleadores que podrían encontrarse utilizando de forma indebida

contratos temporales de trabajo para disfrazar relaciones laborales de carácter permanente. Ello en la medida que subestiman la posibilidad de ser fiscalizados y sancionados por dichas conductas.

2.5.Sobre el hecho de la masificación de contratos temporales: ¿Perderían eficiencia práctica los principios de causalidad y continuidad?

En este extremo, podemos manifestar que la postura inicial al respecto podría inclinarse hacia la consideración que, al haberse masificado la contratación temporal laboral en el Perú, los referidos principios de continuidad y causalidad que la rigen habrían perdido vigencia en la realidad. Ello en tanto no formarían parte del cumplimiento espontáneo de parte de los empleadores al momento de contratar, conforme se puede concluir de las estadísticas y porcentajes que presentamos en el presente artículo.

Sin embargo, si bien esa es una mirada desde la realidad del mercado laboral, no necesariamente es la mirada a través de la cual decidiremos si los mencionados principios mantienen o no su vigencia en la contratación laboral peruana. En ese sentido, para llegar a la respuesta en este extremo, partiremos desde el lugar, rol y función que cumplen los principios -constitucionales y laborales- y posteriormente el punto de vista de vigencia jurídica de los mismos a través de la jurisprudencia constitucional.

La base para ello sería, inicialmente considerar cual es el lugar de los principios, en pocas palabras, “donde se ubican, que hacen y para qué sirven” y en función a esas respuestas podremos decir si es que -a pesar de la masificación- los principios de continuidad y causalidad estarían cumpliendo con el rol y función que les corresponde.

Ahora bien, según PLÁ RODRIGUEZ (2015) los principios son criterios o directrices que cumplen una función inspiradora de las normas, con cierta proyección normativa de los valores que el legislador ha querido transmitir.

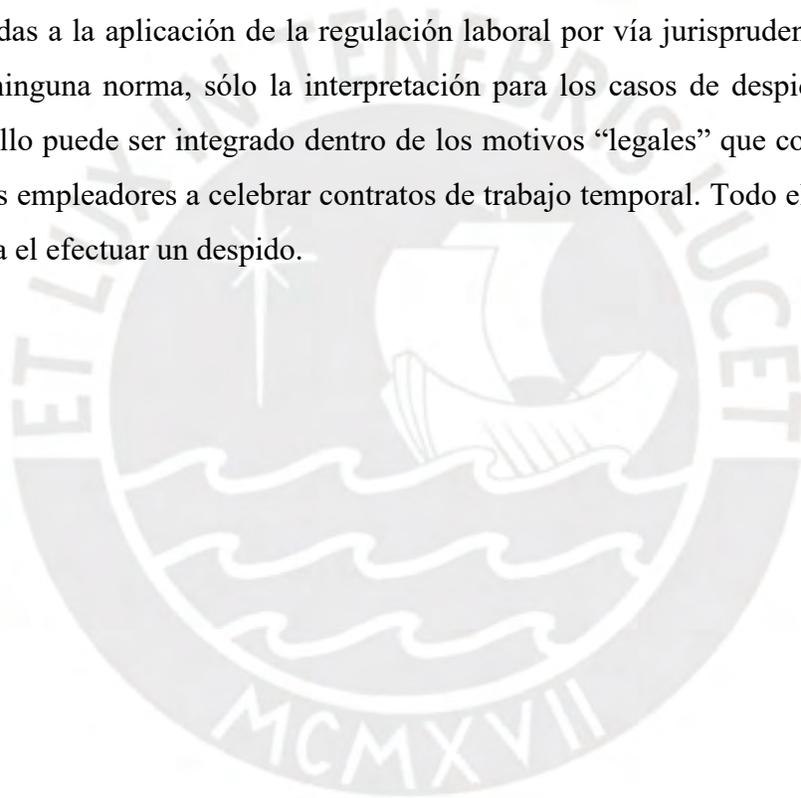
Asimismo, los principios -constitucionales- tienen en muchos casos la función de cubrir deficiencias normativas y resolver discusiones en la interpretación de las normas, así como servir incluso de marco de actuación del legislador para la emisión de normas (GARCIA TOMA. Pág. 194).

Aplicando este razonamiento a los principios de continuidad y causalidad, podemos interpretar que, si bien son principios rectores en materia de contratación laboral peruana, su rol no es actuar a nivel de mercado, sino, principalmente, a nivel normativo -siendo considerado para la emisión de normas que se ajusten a ellos y además cubriendo las deficiencias o vacíos legislativos-, así como interpretativo e integrador en la solución de conflictos. Lo mismo podemos señalar respecto del principio de primacía de la realidad, con la particularidad que representaría a nuestra opinión un *mecanismo detector* para poder concluir si se cumple o no con la causalidad o la continuidad, en la medida que, si vía primacía de la realidad se determina que una relación laboral permanente se oculta bajo un contrato temporal, se estaría infringiendo dichos principios. Ahora bien, resulta absolutamente necesario entender además que, los principios de continuidad y causalidad son manifestación de un principio con un alcance mayor dentro del derecho laboral, como lo es el de la *estabilidad en el empleo*, por el cual la relación laboral se mantiene en tanto la fuente de trabajo se mantenga y el trabajador desarrolle adecuadamente sus funciones, no pudiendo ser cesado más que por causa justa contemplada en la ley (SANGUINETTI, pág. 16).

En esa línea, considerando que la Constitución es la norma superior en el ordenamiento jurídico nacional y que el Tribunal Constitucional es el encargado de mantener la vigencia de los derechos constitucionales, como lo es el derecho al trabajo, en tanto jurisprudencialmente sean acogidos y preferidos los principios de continuidad y causalidad dentro de las causas puestas a conocimiento del Tribunal, la vigencia de estos principios estaría ratificada. Lo mismo se aplica a la jurisdicción ordinaria laboral en tanto reafirme la vigencia de los referidos principios al momento de resolver las causas sometidas a su jurisdicción.

Integrando los puntos y conceptos desarrollados en este extremo, podemos indicar a modo de síntesis que, si bien la contratación laboral en el Perú se encuentra regida por los principios de continuidad y causalidad, los mismos no encontrarían un correlato en la realidad del mercado laboral peruano en el plano de la contratación laboral, ello por cuanto el porcentaje mayoritario de contratos laborales celebrados son contratos de trabajo temporal, contrariamente a la preferencia- y protección especial- que tiene la normativa por las relaciones laborales a plazo indeterminado. Sin embargo, ello no determina la pérdida de vigencia de los principios de continuidad y causalidad pues la problemática anotada es a nivel del mercado laboral, lugar en el que los principios no cumplen necesariamente sus funciones, las cuales son normativa inspiradora e interpretativa.

Las causas para esta masificación vienen entonces de los tres principales elementos mencionados, discutiéndose la preponderancia de cada una de ellas. En esa línea, estos tres elementos (flexibilización regulatoria, fiscalización laxa y sentencia Caso Fetratel) son elementos que guardan una relación que puede explicarse como interacción por un lado y complementariedad por otro. Ello, de un lado por cuanto la flexibilización regulatoria, si bien abre el abanico de posibilidades de contratos temporales, no puede garantizar el debido cumplimiento de la normativa por parte de los empleadores (utilizando contratos temporales sólo cuando corresponda legalmente) si es que no va de la mano de una fiscalización eficiente. Por otro lado, con relación a la flexibilización normativa y la sentencia del Caso Fetratel, la misma forma además parte de las reformas efectuadas a la aplicación de la regulación laboral por vía jurisprudencial (recordemos que no cambió ninguna norma, sólo la interpretación para los casos de despidos incausados o fraudulentos) y ello puede ser integrado dentro de los motivos “legales” que conlleven la mayor orientación de los empleadores a celebrar contratos de trabajo temporal. Todo ello para evitar los costos que genera el efectuar un despido.



CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Para estructurar nuestro problema de investigación, lo haremos en base a las siguientes ideas centrales, que se desprenden de los puntos abordados anteriormente, y que son como se indica a continuación:

- Primero, que existe una masificación de los contratos temporales de trabajo en las relaciones laborales en el Perú.
- Asimismo, que esta masificación de contratos temporales se produce a raíz de tres motivos principales, como lo son la flexibilización normativa en materia laboral de los años noventa, el cambio en las formas de protección frente al despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la fiscalización laxa en materia laboral que impide la detección y sanción del uso indebido de los contratos temporales de trabajo para ocultar relaciones laborales de carácter permanente.
- Que la mencionada masificación de contratos temporales ha generado efectos no deseados en el mercado laboral -económicos y relacionados al ejercicio de otros derechos de los trabajadores- que pueden considerarse contradictorios a la protección que las normas laborales y la jurisprudencia buscan otorgar a los trabajadores; y, además genera cuestionamientos sobre la eficacia práctica de los principios de continuidad y causalidad que rigen la contratación laboral en Perú.

Para poder consolidar los conceptos que integran esta problemática, deberemos analizarlos de forma amplia, a fin de que posteriormente podamos construir una postura concreta sobre el tema-problema. En ese sentido, iniciaremos abordando la masificación de contratos temporales de trabajo en el Perú y sus motivos.

3.1.Sobre la masificación de los contratos de trabajo temporales.

Con relación a la situación concreta de la masificación de contratos de trabajo temporales en el sector privado, y sin entrar a señalar aún cuál o cuáles serían los motivos principales para dicha realidad, sí podemos afirmar que a la fecha nos encontramos ante un predominio de las relaciones temporales de trabajo, frente a las de plazo indeterminado, contrariamente a lo que nuestro ordenamiento laboral busca promover y proteger.

En esa línea, según data de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAH) correspondiente a los periodos 1998-2001 y 2005-2015, analizada por CUADROS LUQUE (2018. Pág. 11) el porcentaje de contratos de trabajo a plazo fijo habría escalado de 50.3%, en el año 2001, hasta 78% en el año 2015. Es decir, que tres de cada cuatro relaciones laborales privadas formales serían relaciones laborales a plazo fijo. Cabe señalar que este aspecto específico las opiniones se encuentran alineadas, dado que tanto CUADROS LUQUE (2018), JARAMILLO (2019) y SANCHEZ REYES (2021. Pág. 109), expresan este mismo hecho (que tres cuartas partes de los trabajadores privados formales son temporales), y quienes son los que a mi parecer han abordado en mayor proporción este tema. Ello lleva a reflexionar seriamente sobre la situación de nuestra contratación laboral: ¿Somos todos “temporales”?

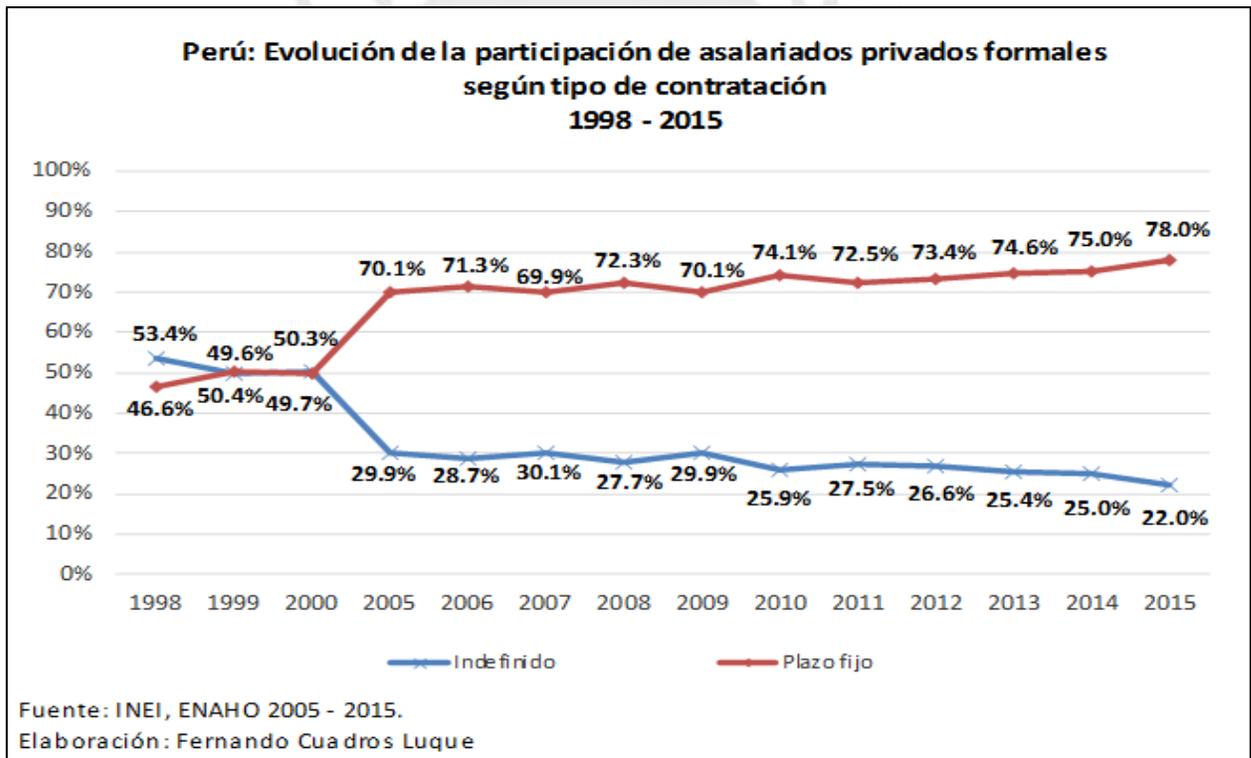


Figura 3. Evolución de participación de los asalariados privados formales según tipo de contrato 1998-2015. Fuente: CUADROS LUQUE, 2018.

Asimismo, con relación a periodos anteriores al señalado, existen estudios que sugieren que gran parte del crecimiento del empleo en la década de los noventa se generó principalmente por el uso intensivo de contratos de trabajo temporales (SAAVEDRA, Pág. 24. 2000) y además por una gran informalización de las relaciones de trabajo, ello a raíz de las reformas normativas de aquella época. Al respecto afirma SAAVEDRA (2000) que ya en 1997, al reducirse las restricciones para celebrar contratos de trabajo temporales, el porcentaje de relaciones de trabajo a plazo fijo ascendió a 44%, habiendo sido en 1992 sólo de 19.2%. Es decir, ascendió a más del doble.

En buena cuenta, si bien ya en la década de los noventa este porcentaje era ya considerable, en la segunda década de los dos miles llama muchísimo la atención, considerando que es la propia normativa laboral la que busca proteger y prefiere además a las relaciones laborales a plazo indeterminado. Buscaremos entender las razones que generaron esta realidad y la interacción de las mismas cuando abordemos los motivos de la masificación de los contratos temporales de trabajo.

3.2.Motivos de la masificación de los contratos temporales.

Se explicaría por las siguientes causas

3.2.1. **La flexibilización normativa operada a raíz de las reformas laborales de la década de los noventa**, particularmente el D.S. 003-97-TR (T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), que contempla once formas de contratos temporales frente a un solo tipo de contrato a plazo indeterminado, ofreciendo mayores opciones para los empleadores de acogerse a esta forma de contratación. En ese sentido, puede señalarse que la reforma flexibilizadora de los noventa en materia laboral incentivó la utilización de contratos a plazo fijo eliminando el requisito de aprobación previa por el Ministerio de Trabajo, ampliando el periodo de duración máxima, e incrementando sus modalidades (once en total), siendo que algunas de ellas son a la luz de algunas opiniones ya referidas, jurídicamente cuestionables como justificación de una contratación de trabajo temporal.

Ahora más allá de señalar que dichas reformas incentivaron y permitieron un mayor uso de la contratación de trabajo temporal, la información obrante, así como la literatura sobre este punto, reitera que el crecimiento en el empleo a raíz de las reformas laborales de los noventa, se debió en gran medida al uso intensivo de los contratos de trabajo a plazo fijo, con un crecimiento casi

paralelo entre los porcentajes de contratos temporales de trabajo y los trabajadores en planilla (CUADROS LUQUE; SÁNCHEZ REYES. 2007, Pág. 3). Ello puede apreciarse en el siguiente cuadro elaborado por los mencionados autores, además del decrecimiento de la contratación laboral a plazo indeterminado.

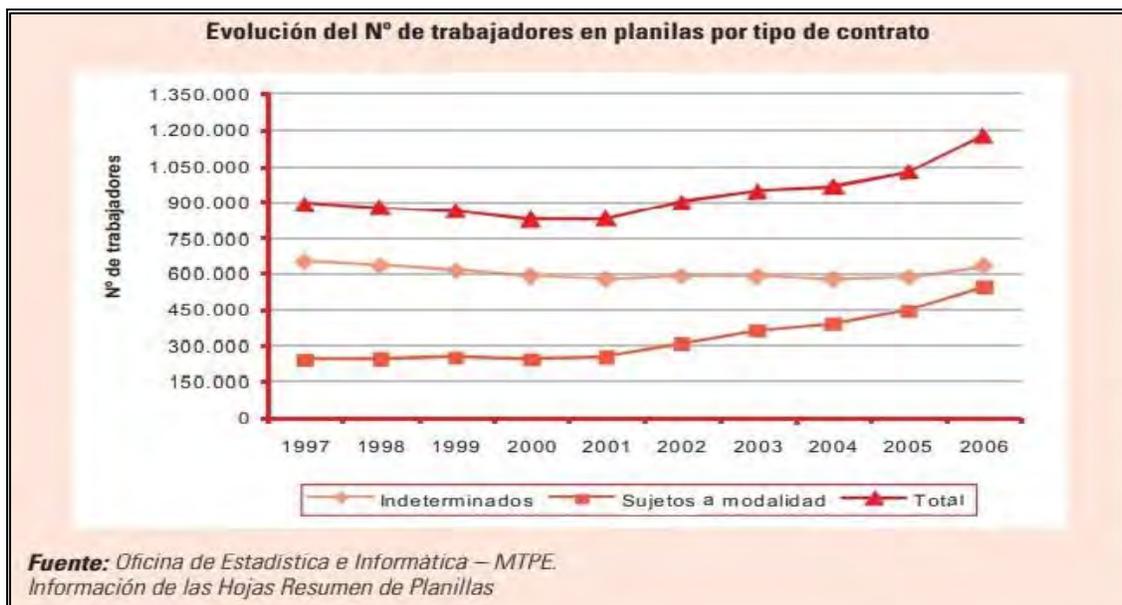


Figura 4. Evolución del número de trabajadores en planillas por tipo de contrato en el periodo 1997-2006. Fuente: CUADROS LUQUE, SANCHEZ REYES. 2007.

Conforme se desprende del cuadro anterior, puede verse claramente que, durante el periodo 1997 – 2006, a medida que aumenta el empleo (trabajadores en planilla), el incremento es prácticamente idéntico al del uso de los contratos temporales de trabajo, y de manera contraria, la contratación laboral a plazo indeterminado disminuye.

3.2.2. La modificación en las formas de protección frente al despido a raíz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en el Expediente 1124-2001-AA/TC (Caso Fetratel vs. Telefónica del Perú). Se atribuye a dicho pronunciamiento haber aumentado los costos de despido para los empleadores a raíz de haber variado las formas de protección del mismo, por lo que habría aumentado el uso de la contratación de trabajo temporal.

El criterio esbozado en la referida sentencia es ratificado y aclarado en sus alcances en posteriores pronunciamientos (Caso *Llanos Huasco*, 2003), en los que el Tribunal señala -en

relación a la protección contra el despido- que “(...) *el régimen de protección adecuada enunciado en el artículo 27° de la Constitución y que se confió diseñarlo al legislador ordinario, no puede entenderse, para el caso de los trabajadores sometidos al régimen privado, únicamente circunscrito al Decreto Legislativo 728° (LPCL), sino de cara a todo el ordenamiento jurídico, pues este (el ordenamiento) no es una agregación caótica de disposiciones legales, sino uno basado en las características de coherencia y completud. (...)*”. En mérito a todo lo expuesto el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso (f.j. 14-16).

En relación con la sentencia referida, la misma ha irradiado sus efectos a posteriores pronunciamientos del Tribunal Constitucional, incluso a controversias no referidas directamente a la protección contra el despido arbitrario, pero sí al derecho al trabajo en su contenido constitucional, señalando como hemos indicado, que el contenido del mismo ha sido delimitado por el Tribunal a través de la sentencia expedida en el Caso *Fetratel vs. Telefónica del Perú*, inclusive por los órganos de la justicia ordinaria laboral.

Ahora bien, en lo que al problema jurídico que resuelve, ha generado ciertamente controversia en tanto reformó a través de la interpretación jurisprudencial las formas de protección contra el despido injustificado, considerando la reposición como una vía de protección restitutoria del derecho al trabajo, interpretando que no podría considerarse acorde a la Constitución el entender la indemnización legal como la única vía para reparar la afectación del derecho constitucional al trabajo. Ello ha generado de un lado -como en todos los casos- opiniones a favor, en contra y también algunas que, sin calificar negativamente la decisión del Tribunal, si consideran que podría evaluarse una nueva configuración de las formas de protección contra el despido, siempre bajo una mirada prudente y buscando no afectar derechos de los trabajadores considerando además el principio de progresividad de derechos del derecho laboral.

En esa línea, podemos tomar como referencia la opinión de NEVES (2015), quien opina que el Tribunal pudo acudir a la interpretación conjunta de la Constitución con otros instrumentos normativos internacionales que contemplan la indemnización como opción reparadora ante el despido injustificado, manifestando que la interpretación del Tribunal fue una de la Constitución

a partir de sí misma, alineada con una interpretación desde la óptica *neoconstitucionalista*, más garantista, y más enraizada con el núcleo duro del derecho.

Ahora, en la línea de un reexamen de la posición del Tribunal, se pronuncia FIGUEROA GUTARRA (2018), quien tomando como referencia los hallazgos de JARAMILLO (2017), plantea la necesidad de que dicho criterio -sobre las formas de protección frente al despido arbitrario- sea reformulado, no volviendo al estado anterior de las cosas que contemplaba la indemnización legal para los despidos arbitrarios y no la reposición, pero sí asumiendo una variación del mismo que tenga presente el principio de progresividad de los derechos laborales, y que además se convierta efectivamente en una forma de tutela de los derechos de los trabajadores (2018. Pág. 39), variable muy difícil de encontrar y que no podrá inclusive tenerse definida si es que no es con la participación del propio Tribunal, máximo intérprete de la Constitución. En pocas palabras nos dice que el TC tendría que esbozar un nuevo criterio, variando el adoptado en el caso FETRATEL, con las reservas antes mencionadas.

3.2.3. **La falta de un adecuado sistema de fiscalización laboral** que supervise adecuadamente a los empleadores e impida y sancione el uso indebido de los contratos temporales de trabajo con el fin de ocultar bajo un contrato temporal relaciones de trabajo de naturaleza permanentes. En este punto debemos señalar que la fiscalización laboral es una de las principales herramientas para enfrentar una muy difundida “cultura del incumplimiento” en el mercado laboral, conformada tanto por el sector informal -sin ningún derecho ni beneficios sociales- sino también “a la informalidad dentro de la formalidad” (ULLOA, 2018. Pág. 7). En dicho sentido, el enfoque las fiscalizaciones laborales y del ente fiscalizador nacional -SUNAFIL- debe estar enfocado en donde exista mayor informalidad, que a opinión de ULLOA resulta ser el gran número de microempresas, aunque sin dejar de lado a aquellas empresas formales que podrían incumplir además la normativa laboral. A efectos de mejorar el impacto del sistema de fiscalización laboral se propone, por ejemplo, aumentar el presupuesto de la SUNAFIL, así como las facultades de los inspectores y fortalecer las existentes, considerando al sistema de inspección laboral como una forma de tutela de derechos y solución de conflictos más rápida que la justicia ordinaria, motivo por el cual el mejorar el performance del sistema de fiscalización laboral resultaría en un mayor beneficio en tanto se habla de más conflictos laborales resueltos, y más rápidamente.

Cabe precisar asimismo que la fiscalización en materia de contratación temporal es un tema vigente y altamente relevante para el ente fiscalizador (SUNAFIL) habiéndose elaborado un Protocolo de Fiscalización de Contratos de Trabajo Sujetos a Modalidad (Protocolo 003-2016-SUNAFIL/INII), en el cual se precisa cuáles son los aspectos, documentos, y hechos que deberá verificar el ente fiscalizador en el contexto de un procedimiento de fiscalización sobre el uso de contratos temporales, o sancionador de ser el caso, ante el uso indebido de los mismos. En ese aspecto, podemos indicar además que el protocolo indicado contempla además los supuestos de desnaturalización de dichos contratos, en general y en cada modalidad particular, precisando además que la consecuencia por el uso fraudulento de los mismos equivale a infracción muy grave según el artículo 25” del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo. Principalmente a lo que apunta el mencionado protocolo es que la autoridad administrativa de trabajo pueda verificar -además de los aspectos formales- la causa objetiva que sustenta la contratación temporal y su correspondencia con los hechos y circunstancias en las que preste servicios el trabajador, en aplicación de la primacía de la realidad. Sin embargo, muy a pesar de ello, pareciera que la contratación temporal (desnaturalizada, es decir para ocultar relaciones de trabajo permanentes) no disminuye y, por el contrario, aumentaría.

3.3.Efectos de la masificación de los contratos temporales.

Al momento de abordar este extremo, resulta necesario y pertinente resaltar de modo previo las consideraciones de SÁNCHEZ REYES y CUADROS LUQUE en tanto se habría producido en el Perú el fomento de una *contratación temporal* coyuntural. Esto es, se buscó específicamente fomentar el empleo (y principalmente el crecimiento económico) introduciendo normativamente una serie de contratos temporales “desvirtuados”. Es decir, contratos exonerados de observar el *principio de causalidad* y pudiendo celebrarse incluso para actividades permanentes de la empresa. A esto se alude con la calidad de *coyuntural*. Sin embargo, esta medida de fomento de la contratación temporal, en general debe estar sujeta a ciertas restricciones en tanto representa la flexibilización de derechos del trabajador tales como la estabilidad en el empleo, debe ser temporal, y debe estar sujeta a intereses primordiales para el Estado y más que eso, al logro de objetivos constitucionales socialmente relevantes que el legislador busque fomentar (p.e. acceso al empleo para ciertos grupos con mayor desempleo) y además sujeta a evaluación permanente. Sin embargo, según refieren, aparentemente lo que se habría generado en nuestro país habría sido el paso de una

contratación temporal *coyuntural* hacia una contratación temporal *estructural* de modo permanente, de forma similar a como se presentó respecto de las reformas operadas en la legislación española en los años ochenta (2007, Pág. 13).

Ese sentido, ya en el año 2007 manifiestan que, si bien la reforma regulatoria de los años noventa incrementó el empleo, este aumento se dio principalmente bajo relaciones temporales de trabajo, lo cual tuvo entre otros efectos la generación de una tendencia decreciente respecto de la contratación laboral a plazo indeterminado. Es decir, que con el transcurso del tiempo las posibilidades de acceder a un puesto de trabajo a plazo indeterminado se reducían. Podemos ver dicha tendencia, con relación a Lima Metropolitana en el siguiente cuadro.

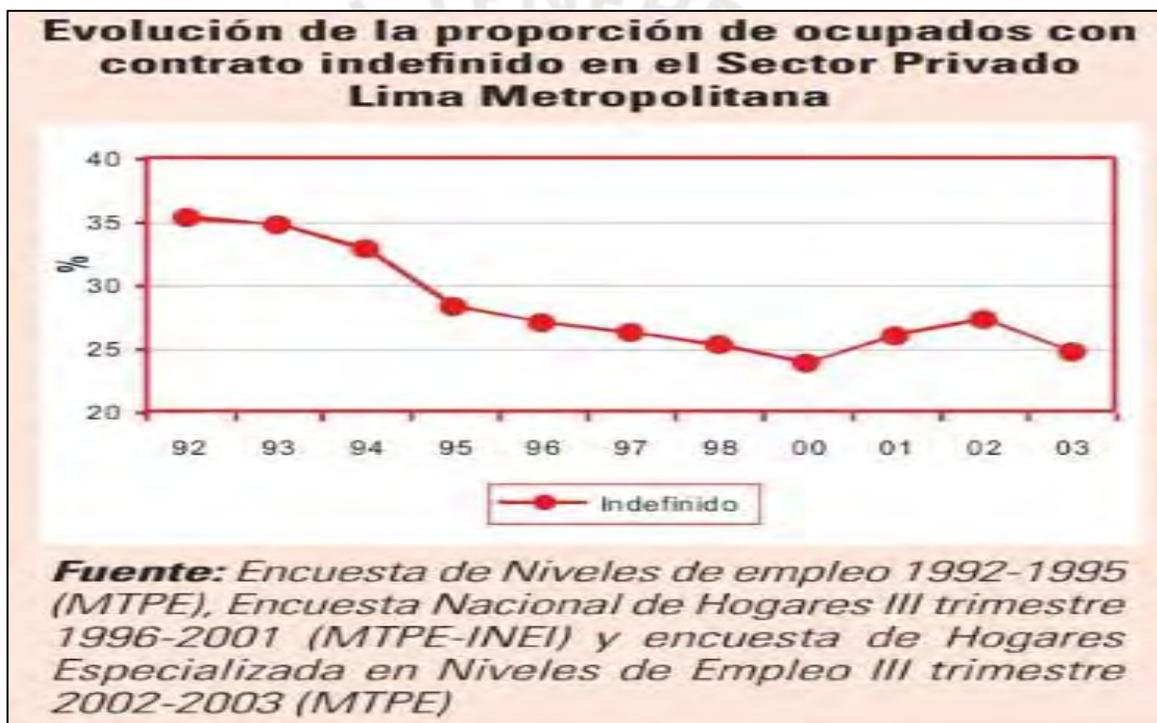


Figura 5. Evolución de la proporción de ocupados con contrato indefinido en el Sector Privado – Lima Metropolitana. Fuente: CUADROS LUQUE, SANCHEZ REYES. 2007.

Sobre el mismo efecto se pronuncia JARAMILLO (2017. Pág. 40) señalando que “la probabilidad de tener un contrato a plazo indeterminado se ha reducido a un quinto de lo que era antes de la reforma”. Debemos hacer la salvedad que, si bien JARAMILLO coincide en la circunstancia de la masificación de los contratos temporales y el efecto de la tendencia decreciente

de la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo a plazo indeterminado, éste difiere respecto de la causa principal de la masificación de los contratos temporales, atribuyéndole enteramente este rol a la sentencia del Caso *Fetratel vs Telefónica* (2001).

Otro efecto importante que puede atribuirse a la masificación de los contratos de trabajo temporales es la probable utilización de los mismos para reforzar el poder de negociación de los empleadores frente a los trabajadores, restringiendo el ejercicio de derechos colectivos y así poder bloquear incrementos remunerativos. En ese sentido, cabe resaltar que, en Lima Metropolitana, por ejemplo, durante el periodo 1990-2000, en el que se intensificaba el uso de contratos temporales, la tasa de afiliación sindical se redujo notoriamente en Lima, pasando de 22 a 3 por ciento, para luego mantenerse en niveles entre 4 a 5 por ciento durante el periodo 2000 – 2011. (CUADROS LUQUE. 2018, Pág. 12). Asimismo, se redujeron aproximadamente a la cuarta parte los convenios colectivos registrados entre los años 1985 al 2015, circunstancias que pueden apreciarse en los cuadros siguientes:

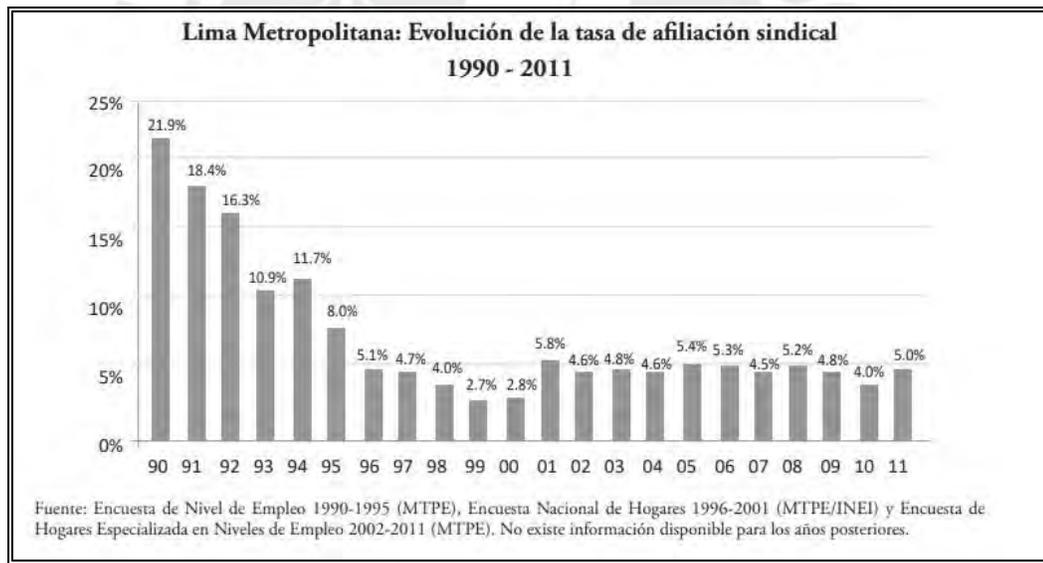


Figura 6. Evolución de la tasa de afiliación sindical en Lima Metropolitana (1990-2011).
Fuente: CUADROS LUQUE, 2018.

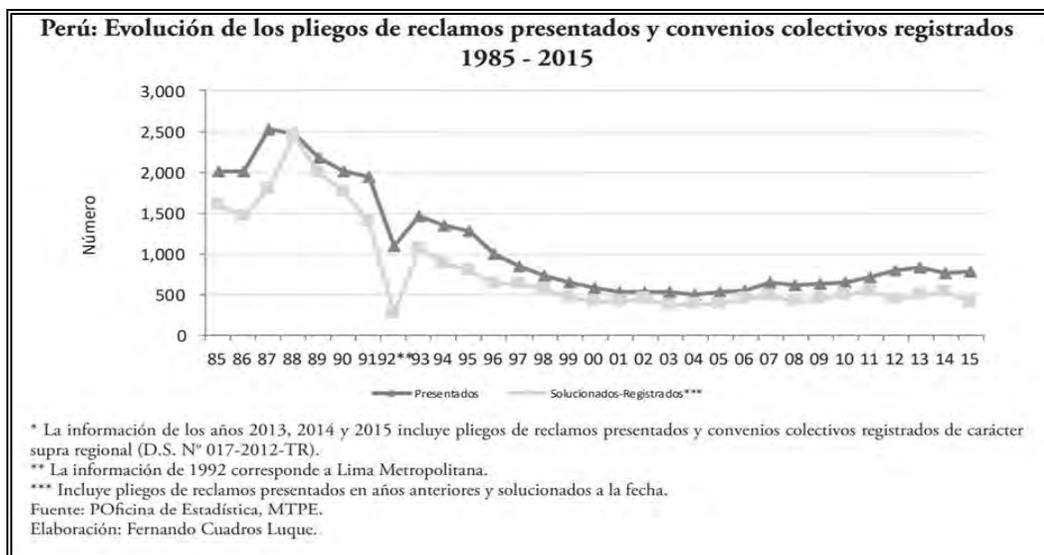


Figura 7. Evolución de pliegos de reclamos presentados y convenios colectivos registrados.
Fuente: CUADROS LUQUE, 2018.

Esto habría tenido un efecto de estancamiento de las remuneraciones en el sector privado formal, las cuales habrían registrado un aumento máximo del 1% al año, por debajo del crecimiento promedio anual de la productividad media del trabajo (4% en general).

Asimismo, JARAMILLO alude a una brecha remunerativa notoria entre trabajadores por tipo de contrato señalando que, a nivel general, un trabajador con contrato por tiempo indeterminado ganaba el doble que uno a plazo fijo (2017, Pág. 54)

En ese sentido, habiendo revisado los tres principales factores a saber, de la masificación de los contratos temporales, contradictoriamente al sistema de contratación a plazo indeterminado preferido y protegido por nuestro ordenamiento laboral, podríamos resumir los efectos en el mercado laboral en los siguientes:

- Afectación en la productividad en tanto no existe estabilidad en el puesto ni continuidad en el cargo, lo que desfavorece la especialización en las labores por parte del trabajador.
- Consecuencias en la productividad de las empresas al afectarse el rendimiento de los trabajadores en relación con la alta rotación de personal.
- Afectación indirecta de otros derechos laborales:

- Estancamiento de las remuneraciones
- Dificultad de acceso a beneficios previsionales
- Dificil acceso al sistema bancario en tanto no se cuenta con una regularidad de ingresos por remuneraciones estables y permanentes.
- Reducción de inversión en capacitación de los trabajadores
- Afectación indirecta al derecho de negociación colectiva, en tanto la no renovación del contrato temporal representa una forma de desvincular a los trabajadores que busquen ejercer dicho derecho, entre otros (CUADROS LUQUE, 2017. Pág. 13-14).

3.4.Consecuencia: ¿Menoscabo de la vigencia de los principios de continuidad y causalidad o respuesta del mercado laboral?

En efecto, la masificación de los contratos temporales puede poner en entredicho la vigencia práctica de los principios de continuidad y causalidad en la contratación laboral, toda vez que al representar el contrato de trabajo temporal la forma de contratación predominante en atención a ser la más celebrada, evidencia que el mercado laboral no se encuentra alineado con el criterio de considerar la contratación laboral a plazo indeterminado el sistema “preferido” por el ordenamiento, ni tampoco que la protección de estas relaciones laborales (a plazo indeterminado) esté siendo efectiva, en atención a las deficiencias anotadas respecto de la fiscalización sobre el uso indebido de los contratos de trabajo temporales (esto es, para ocultar relaciones de trabajo permanentes).

Ello, en atención a que nos encontraríamos frente a muchísimos casos de relaciones laborales permanentes, pero disfrazadas bajo la apariencia de contratos temporales, siendo que dichos contratos no resultan cuestionados y/o impugnados (por decisión del trabajador) ni tampoco fiscalizados en atención a las deficiencias en el sistema de fiscalización de las normas laborales ya considerados previamente.

Lo anotado anteriormente, debe ser conjugado con las características de la nueva realidad productiva de la empresa, en donde la estructura o proceso productivo se ha fragmentado y donde ahora existen figuras de contratación laboral indirecta, tales como la intermediación y la tercerización laboral, referidas a partes específicas del proceso productivo y que válidamente

pueden tener una duración determinada -plazo fijo- sin que esto represente un revés a estos principios a través de las nuevas estructuras empresariales, sino como ya hemos anotado, un cambio en la estructura del proceso productivo válidamente implementada.

Ahora bien, la postura indicada (con relación a los principios anotados) no determina *per se*, que los mismos hayan perdido su vigencia y han perdido aplicabilidad alguna, desde un punto de vista netamente jurídico. Ello teniendo en consideración que estos principios regulan un derecho constitucional como lo es el derecho al trabajo, y que la interpretación de los mismos es realizada por el Tribunal Constitucional en atención a lo dispuesto por el artículo 201° de la Constitución; y, en la medida que estos principios (continuidad y causalidad) sean los que prevalezcan en los pronunciamientos de esta instancia (y de instancias inferiores) relativos a este derecho, la vigencia de los mismos se encuentra ratificada, toda vez que es en el campo jurisdiccional y a través de estas decisiones donde se verifica su prevalencia frente a situaciones puestas a su conocimiento.

Lo aquí indicado puede complementarse con la postura esbozada en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional expedida a raíz de la Demanda de Inconstitucionalidad presentada por Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra la Ley 28175 (Pleno del Tribunal Constitucional, 2005), en la que delimita los *principios constitucionales laborales*, como “aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la solución de conflictos, sea mediante la interpretación, aplicación o integración(...)”. En ese sentido, para encuadrar el análisis sobre una supuesta pérdida de vigencia práctica de los principios de continuidad y causalidad, frente a la masificación de contratos temporales -hecho que generó inicialmente el interés por esta investigación- podríamos señalar que, en tanto los referidos principios mantengan su rol informativo, inspirador, y resolutor de conflictos laborales, su vigencia quedaría ratificada pues en esos ámbitos (normativos y resolución de conflictos, principalmente) en donde cumplen dicho rol.

Lo expresado no busca restar de modo alguno que, a nivel del mercado laboral el mismo haya encontrado una “salida más eficiente” en atención a los costos que generaría un despido, reflejada en la masiva contratación laboral temporal en el Perú -considerando los porcentajes y estadísticas anotadas-, aunque inicialmente me atreveré a decir que dicho vuelco se explica por la interacción de un contexto normativo permisivo o flexible de la contratación temporal, sumado al sistema de fiscalización laboral peruano que no estaría logrando sus objetivos en tanto se busque evitar el uso

indebido de los contratos de trabajo temporales. Es decir, hay un incentivo (en tanto hay norma que lo permite) para el uso de contratos temporales en función a los menores costos que representa (para el empleador) y una baja probabilidad de ser detectado o sancionado en su posible uso indebido, en atención a la problemática y carencias del sistema de fiscalización laboral.

Todo ello tiene como resultado la realidad descrita, la masificación de los contratos temporales, que presenta inicialmente una aparente pérdida de vigencia de los principios de continuidad y causalidad, en el plano de la contratación laboral. Sin embargo, los mismos mantienen su vigencia en tanto cumplen su rol donde deben actuar, entiéndase en la formulación de normas y su interpretación, así como la resolución de conflictos, principalmente. Considerando asimismo que los principios laborales, ya sea constitucionales o legales, sirven para lograr una respuesta jurídica a situaciones no previstas normativamente, como lo ha señalado la Corte Suprema de la República en la Casación Laboral No. 5749-2013-TACNA, al referirse al plazo de caducidad para las demandas de reposición en casos de despido incausado.

Ahora bien, corresponde reiterar que esta postura viene estrictamente desde un enfoque laboral y no necesariamente constitucional puro, pues no debemos dejar de reconocer que la amplitud de ámbitos de la vida de un Estado sobre los cuales debería aplicarse la Constitución hace que esta sea de aplicación transversal y por ende vincule a los individuos en múltiples ámbitos de su vida social, no sólo la jurídica, incluyéndose obviamente la actuación de los agentes en el mercado, y específicamente la contratación laboral.

CAPITULO 4: DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES FINALES

4.1. Ideas base: La realidad actual.

De las ideas y circunstancias referidas a lo largo de la presente investigación, podemos extraer ciertas ideas fundamentales para poder estructurar una discusión al respecto:

- La primera de ellas es que, a nivel de contratación laboral formal en el sector privado es predominante la contratación temporal, siendo que tres de cada cuatro trabajadores privados formales son, efectivamente, temporales.
- También hemos podido advertir que existiría una situación de afectación de derechos laborales distintos a la estabilidad laboral (sindicación, negociación colectiva, remuneraciones) sobre la cual se refiere, según las conclusiones del estado del arte, existe una correlación con esta “epidemia” (que se ha convertido en estructural) de contratación temporal.
- Ello nos genera el cuestionamiento, evidente, de que algo no estaría alineado entre la realidad (el mercado de contratación laboral) y a lo que apuntan las normas laborales, esto es, a preferir y proteger las relaciones laborales a plazo indeterminado, no sólo por el tipo de contratación (temporal o permanente) sino que además estaría generando esta situación de afectación o desprotección de los trabajadores, contrariamente a lo que se apunta con los estándares de protección de la normativa laboral peruana.

4.2. ¿Por qué se genera esto?

Más allá de la indicación expresa de una causa específica, a nuestro criterio, esta masificación de los contratos temporales es consecuencia de un proceso de interacción entre varias causas, con una explicación económica y legal.

En esa línea tenemos todas las opciones legales generadas a raíz de las reformas laborales de los noventa (LPCL principalmente, con el antecedente del PROEM en el primer gobierno de Alan García) a efectos de posibilitar la contratación temporal de trabajadores, opciones que, desde un punto de vista económico – empresarial representan una opción válida en tanto representan menores costos por el mismo recurso, significando en específico menos costos a consecuencia del cese de la relación laboral. Ello no requiere mayor desarrollo en tanto la economía funciona a nivel

de incentivos. Es decir, en un plano económico, un agente adoptará determinada acción si tiene o no los incentivos para hacerlo.

Sumado a las opciones normativas para la contratación temporal, no podemos negar que su aumento no ha sido de la noche a la mañana, sino que ha transcurrido un tiempo considerable, tomando como punto de referencia las reformas normativas de los noventa, esto es, un periodo aproximado de veinte a treinta años.

En este punto aludimos al elemento de “proceso”, un proceso de recambio de la fuerza laboral, pasando de relaciones de trabajo permanentes a temporales en atención a la salida progresiva de trabajadores del mercado laboral formal (por causas como renuncias, despido, jubilación, etc.) y cuyos puestos de trabajo eran cubiertos por trabajadores a plazo fijo dado que al momento del recambio era una opción válida contemplada en la norma y que representa menores costos para el empleador.

Ahora bien, en el devenir de este proceso y la adopción por parte de los empleadores de la contratación de trabajo temporal como su instrumento de contratación “de cabecera”, hay un actor que debería poder fiscalizar y sancionar el uso indebido de contratos temporales para disfrazar las relaciones de trabajo permanente, como lo es la autoridad administrativa de trabajo, la misma que no estaría logrando los fines contemplados (en su rol fiscalizador), esto es, proteger las relaciones de trabajo permanente como el sistema “preferido” por el legislador, evitando el uso fraudulento de los contratos temporales de trabajo. Ello por cuanto se encuentra inmersa en una serie de circunstancias que afectan su correcto funcionamiento, como lo es la carencia de los recursos necesarios para poder ejercer sus funciones adecuadamente y en la extensión que se requiere, sobre todo en el caso específico de los contratos temporales. Al respecto, se ha mencionado ya la falta de recursos (material y humano) y además podría tenerse presente la extensión de la contratación temporal en el sector privado. Sobre este último punto, me atrevo a decir que, probablemente estemos hablando de una realidad tan grande que sobrepasa las capacidades de fiscalización de la SUNAFIL. Esto último podría haber sido un factor que coadyuve a la masificación de los contratos temporales, en relación con los desnaturalizados sobre todo (aquellos usados para disfrazar relaciones de trabajo permanentes).

Con relación a la sentencia del Caso *Fetratel* (2001) considero que no necesariamente habría sido un factor determinante en el vuelco de los empleadores hacia la contratación temporal, por varios motivos. El primero de ellos es que, como revela la literatura obrante de modo previo a dicho caso, principalmente SAAVEDRA (2000) y CHACALTANA (2000) este crecimiento de la contratación temporal se viene produciendo con anterioridad a la mencionada sentencia, y en porcentajes considerables como se ha podido apreciar, no pudiendo apreciarse la variación o efecto marginal en la contratación laboral. Este último extremo se verifica además con las conclusiones de CUADROS LUQUE (2018). Y otro punto para no considerarla como el elemento determinante para esta “epidemia de temporales” viene del propio mercado. En este aspecto coincido con JARAMILLO (2019, Pag.20) en cuanto en sistemas contractuales duales (temporales y permanentes), si los costos de la contratación a plazo indeterminado son mayores, se exacerbará la contratación temporal, situación que puede incrementarse a medida que aumenta la brecha de protección entre uno y otro. Cabe señalar que, además en el caso peruano existe incluso una tercera vía que es la plena informalidad, esto es, no registrando siquiera al trabajador y sin contrato de por medio.

Ahora bien, no toda flexibilización en materia de fortaleza del vínculo, estabilidad laboral o incluso beneficios económicos, pues debemos reconocer que la naturaleza de las relaciones laborales (más aún en un contexto *post pandemia*) se encuentra en un proceso de redefinición en la cual se ve a los trabajadores más como contratistas independientes, pues así están estructuradas a partir de su modelo de negocio (Uber, Lyft y otras plataformas de servicios), así como encontrarnos además en una era en la cual la presencia de la intermediación y tercerización laboral en los procesos productivos es cada vez mayor (actividades con fuerte porcentaje de contratación temporal). Por ello, más allá de cuestionar el porcentaje de contratación temporal y cuanta de esta resulta válida o, por el contrario, fraudulenta, no podemos omitir la reflexión referida a si, en el momento y concepto actual de las relaciones laborales, el concepto de temporalidad como elemento inherente a muchas actividades va cobrando más fuerza.

4.3. ¿Qué problemática ha generado la masificación de los contratos temporales en las relaciones de trabajo formal?

Ya hemos mencionado situaciones específicas que se generan a consecuencia de la masificación de los contratos temporales, esto es, el estancamiento de las remuneraciones, la disminución del

derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, la alta rotación de los trabajadores, la falta de inversión en la capacitación de los trabajadores y la consecuente afectación a los niveles de productividad, las estadísticas han sido presentadas a lo largo de esta investigación. Sin embargo, lo que habría supuestamente ocurrido -más allá de un entorno que puede ser considerado como “pérdida de bienestar”- es el de un cuestionamiento en tanto las normas laborales que establecen una considerable protección al trabajador están logrando el efecto deseado por el legislador, o por el contrario, hay una respuesta del mercado laboral que -en base a opciones legales válidas previstas en la normatividad- ha generado el efecto contrario, esto es, afectar o desproteger a los trabajadores al adoptar esas opciones normativas.

Este entorno se agrava en tanto que para las situaciones en las que los empleadores que adopten la contratación de trabajo temporal no lo hagan de una forma válida (esto es, a fin de ocultar relaciones de trabajo permanentes), la fiscalización y sanción de dichas conductas es un supuesto remoto, ya sea por las carencias que pueda estar sufriendo el sistema de fiscalización de las normas laborales o, de ser el caso, en un posible sesgo de falso optimismo de los empleadores amparados en su mayor poder de negociación frente a los trabajadores, así como de la posibilidad de ser denunciados ante la autoridad administrativa de trabajo considerando la alta demanda de puestos de trabajo.

Este último punto se ve acrecentado en la coyuntura actual dentro del contexto de la crisis sanitaria causada a raíz del COVID-19, donde ya es evidente una situación de desaceleración de la economía a nivel mundial, disminuyendo las proyecciones de crecimiento mundial. En ese aspecto específico, presumimos que el porcentaje de contratación temporal a nivel formal podría haber aumentado, considerando que la función económica básica de los contratos temporales de trabajo (respecto de los empleadores) es brindar a la empresa la flexibilidad necesaria frente a mercados cambiantes o a épocas de shock o recesión económica, como lo es la generada por la emergencia sanitaria vigente en la actualidad en el Perú, así como a nivel mundial. Sin embargo, no se cuenta con data – al menos a nivel Perú-para afirmarlo expresamente por cuanto no existen datos oficiales al respecto.

4.4.¿Posibles soluciones?

A primera vista, no me parece que la solución a esta problemática (masificación de contratos temporales que genera un entorno de “pérdida de bienestar”) pueda solucionarse a raíz de una reforma normativa, al menos no al grado de eliminar las contrataciones temporales o reducir las en número. Inicialmente considero que son opciones válidas del legislador, alineadas con la lógica del mercado y del sistema económico y que existe cada una de ellas por tener la funcionalidad que la ley ha pretendido asignarle.

Si bien, desde el lado de magistrados con posturas académicas se ha propuesto una posibilidad de reexamen del despido arbitrario (FIGUEROA GUTARRA, 2018), en cuanto a las formas de protección del trabajador frente a éste, este tipo de propuestas incluye de hecho la participación del Tribunal Constitucional, y modificando además su criterio al respecto (caso *Fetratel* específicamente), lo cual me parece por el momento una posibilidad remota considerando el contexto actual y en atención además al principio de progresividad de derechos en el derecho laboral, por lo que en este punto hay que “hilar fino”. Me parece que no es el momento. Además, como ya lo he señalado, la sentencia del Caso *Fetratel* no me parece el factor determinante para el vuelco de los empleadores a la contratación temporal, por lo que algún cambio en este extremo me parece que, de igual modo, no sería determinante para solucionar la problemática.

Ahora bien, dado que ya se ha manifestado una postura de “interacción” entre dos de las causas principalmente consideradas generadoras de la masificación de los contratos temporales, como lo es la reforma normativa laboral ocurrida a partir de los años noventa, conjuntamente con las carencias que aquejan al sistema de fiscalización laboral, pienso que cualquier solución va por ese camino. Esto es, que el uso indebido de contratos temporales (esto es, desnaturalizados) pueda ser objeto de mayor fiscalización. Ello no necesariamente para sancionar específicamente, sino con el objeto de que esas fiscalizaciones y sanciones cumplan un efecto preventivo y disuasivo además al hacer latente la posibilidad de sanción para aquellos empleadores que utilicen fraudulentamente los contratos temporales, así como incentivos de algún tipo (tributario o reducción de multas) para aquellos empleadores que presenten ante la autoridad administrativa de trabajo un comportamiento libre de infracciones. En esa línea entraríamos ya a mecanismos dentro del esquema de “la zanahoria y el garrote” a modo de castigo para evitar la realización de algunas conductas e

incentivar otras a modo de “alivio”. Pienso que por ese lado podríamos encontrar algún tipo de incentivo.

A nivel normativo, dudo que reducir las posibilidades de contratación temporal tenga un efecto positivo. Por el contrario, dado el contexto nacional con altas tasas de informalidad laboral es probable que la informalidad aumente, llevando a los empleadores a colocarse bajo esta “tercera pata” de la mesa que es la informalidad plena, la misma que se genera justamente por la percepción de los empleadores de la posibilidad remota de una fiscalización y sanción por parte de la autoridad administrativa de trabajo.

En ese sentido, ya JARAMILLO (2019) así como otros autores consideran que el incremento en la protección a los trabajadores a plazo indeterminado, y a los formales en general con relación a los costos de despido, lleva a los empleadores a adoptar en mayor medida formas de contratación laboral a plazo fijo. Si bien en teoría, ante la desnaturalización de un contrato temporal y un posterior despido injustificado correspondería la indemnización o reposición, dependiendo del caso, lo cierto es que para el trabajador demandante esto resulta una situación muy difícil de afrontar, en específico, a los prolongados plazos que se requieren atravesar para ello. Al respecto, bajo la vigencia de la Ley Procesal del Trabajo – Ley No. 26636 – la duración promedio de los procesos laborales iba de cuatro a seis años (RPP, 2012), y se esperaba reducir a un tercio esos plazos con la expedición de la Nueva Ley Procesal del Trabajo – Ley 24947 -, sin embargo, esto no habría ocurrido. Por el contrario, ya a diez años de vigencia de la mencionada norma, se mantienen miles de procesos tramitados aún bajo las normas de la antigua Ley Procesal del Trabajo, y en lo que respecta a los procesos tramitados bajo la Ley No. 24947 la duración es casi la misma, o incluso mayor en algunos casos (ENFOQUE DERECHO, 2020). Ello sin contar que, sea materia laboral o cualquier otra, existen costos de asesoría legal y patrocinio judicial que pueden constituir un obstáculo para los trabajadores en buscar tutela efectiva ante la afectación de sus derechos. Estas circunstancias podrían haber generado una “conciencia extendida” entre los empleadores, en el sentido que, si bien la reposición y/o indemnización son consecuencias que contempla la ley, representan contingencias remotas para los empleadores ante una utilización inadecuada de los contratos de trabajo temporal, esto es, para disfrazar relaciones de trabajo permanentes con la intención de reducir los costos de cese de la relación laboral.

Esta circunstancia, aplicada a nuestro país se traduce en más contratos temporales para disfrazar relaciones permanentes, más relaciones de trabajo disfrazadas de relación civil bajo locación de servicios, y más relaciones de trabajo informal, efecto que se aleja de lo buscado por el legislador, que en general y de forma simple es proteger al trabajador frente a los desequilibrios o desigualdades que pueden aparecer en las relaciones laborales.

Ahora bien, quedan en el tintero otras razones para la masificación de los contratos temporales de trabajo, distintas a los costos de despido, como lo es por ejemplo, una estrategia difundida entre empleadores que apuntan a neutralizar la gestión sindical, en la medida que no renueva los contratos de aquellos trabajadores que busquen afiliarse a un sindicato, como señala SAAVEDRA (2000, pág.39), sin embargo no contamos a la fecha con data sistemática que permita verificar plenamente este hecho.

Lo expresado nos lleva a agrupar las conclusiones indicadas en los siguientes grupos:

4.5. Conclusiones teóricas:

- En el ordenamiento laboral peruano (así como en la actividad estatal) existe una preferencia por las relaciones laborales a plazo indeterminado, frente a las relaciones de trabajo temporales.
- Que la contratación de trabajo temporal es considerada válida de modo excepcional frente a la de plazo indeterminado, debiendo ajustarse a los principios de causalidad, continuidad y de primacía de la realidad, anotados a lo largo de la presente investigación.
- Que las opciones de contratación temporal se originan en las reformas laborales flexibilizadoras de los noventa, principalmente el D.L. No. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral (gobierno de Fujimori), así como el antecedente del Programa Ocupacional de Emergencia -PROEM, en el primer gobierno de Alan García.
- La contratación de trabajo temporal representa, en cuanto al cese de la relación laboral, menores costos de despido para los empleadores en tanto una extinción de contrato laboral por vencimiento del plazo no está sujeta al pago de indemnización alguna, como si lo estaría un despido arbitrario. Si bien en la actualidad existiría estadísticamente un mayor porcentaje de reclamos judiciales en materia laboral, consecuencia de la mayor difusión de información, y fomento de la tutela de derechos laborales a través de la administración pública como lo son el Ministerio de Trabajo y la SUNAFIL, que habrían convertido a la materia laboral en la segunda materia más reclamada a nivel judicial (GESTIÓN, 2019), es cierto también que, como hemos

dicho, la demora en el transcurso de un proceso judicial en donde se pueda ordenar una reposición y/o pago de indemnización, generarían la decisión de parte de los empleadores de adoptar la contratación a plazo determinado, a pesar de las consecuencias legales que pudiera acarrear, pues serían vistas como de remota ocurrencia.

4.6. Conclusiones descriptivas:

- Que, contrariamente a lo propugnado por la legislación laboral peruana, así como la actuación estatal a nivel judicial y administrativo, las relaciones laborales temporales son la mayoría en el sector privado formal, siendo de tres de cada cuatro relaciones laborales en el sector privado formal, serían bajo contratos de trabajo a plazo fijo.

- Que esta realidad de masificación de los contratos temporales se habría dado por la interacción de un proceso de recambio de la fuerza laboral a través de los años, bajo la normativa laboral flexibilizadora, a consecuencia del cese de relaciones a plazo indeterminado (renuncia, despido, jubilación, etc.) y el ingreso al mercado laboral de nueva fuerza de trabajo bajo contratos de trabajo temporales, al ser una opción legal y válida, que representa además menos costos de despido para el empleador. Este proceso de recambio de la fuerza laboral e incremento de la contratación temporal va de la mano con un sistema de fiscalización laboral que no logra fiscalizar de forma suficiente las desviaciones en materia de contratación laboral, y en específico, el uso fraudulento de la contratación laboral temporal para ocultar relaciones laborales permanentes, así como un entorno general que no permite el ejercicio de los derechos laborales con la efectividad necesaria, tales como la larga duración de los procesos judiciales en materia laboral, cuya duración puede ser de varios años, dependiendo de la complejidad del caso, así como de la carga procesal.

- Que, existiría una correlación entre el aumento de la contratación de trabajo temporal y la disminución del ejercicio de derechos laborales fundamentales como la afiliación sindical y la negociación colectiva, en tanto se evidencia que, a mayor contratación temporal, menor número de trabajadores afiliados a sindicatos y menor número de convenios colectivos o pliegos de reclamos registrados. Ello va ligado incluso al ejercicio de otros derechos laborales, considerando que los medios de acción colectiva resultan ser los que podrían conseguir mejores resultados en el contexto de un reclamo laboral. En ese sentido, a medida que ha aumentado la contratación de trabajo temporal, se aprecia un estancamiento de las remuneraciones en el sector privado formal, por ejemplo.

4.7. Conclusiones propositivas:

- En relación con el tema específico de la contratación temporal y evitar su uso de forma fraudulenta, la propuesta directa es reforzar el sistema de fiscalización laboral a fin poder lograr el efecto disuasivo de la fiscalización y sanción a los empleadores que utilicen esta forma de contratación para disfrazar relaciones laborales de carácter permanente.

- Pueden establecerse mecanismos de incentivos para los empleadores a efectos de no incurrir en el uso fraudulento de los contratos temporales de trabajo, en la medida que se incentiva el cumplimiento de la normativa laboral en su integridad. En ese sentido, se sugiere, inicialmente, el promover el empleo formal mediante incentivos a la contratación laboral. En este caso, puede generarse incentivos en forma de subsidios a la planilla de los trabajadores, siendo un porcentaje específico el referido al subsidio para las contrataciones temporales, y un porcentaje mayor de subsidio en la planilla cuando se trate de contrataciones a plazo indeterminado. Como ejemplo directo tenemos ya el Decreto de Urgencia No. 127-2020, de noviembre de 2020, que establece el otorgamiento de subsidios para incentivar la contratación laboral en el sector privado, dictado con fines de reactivación del empleo nacional ante el impacto del coronavirus en la actividad económica nacional. El mismo establece un subsidio de 35% de la planilla de los trabajadores contratados a plazo fijo, y 45% respecto de la planilla de los trabajadores contratados a plazo indeterminado, lo cual es un claro incentivo a esta forma de contratación.

- Puede considerarse, además, un reexamen constitucional del despido arbitrario, en atención a que ha sido uno de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (Caso Fetratel) un elemento que, a opinión de algunos autores, habría impulsado a los empleadores a adoptar en mayor proporción a la contratación de trabajo temporal como su forma *standard* de contratación laboral. En específico nos referimos a una posible reforma sobre la interpretación del criterio del Tribunal por el cual se asigna como reparación por el despido arbitrario a la reposición, volviendo a la formula “Indemnización – arbitrario/ Nulo – reposición) o una forma similar, considerando la figura del despido incausado. Sin embargo, esté punto pasa por un cambio en los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional (por cuanto cualquier interpretación o aplicación a nivel judicial tendría que alinearse con éste), los que, según opinión de TOYAMA (GESTIÓN, 2019), no podrían ser modificados por el momento, por cuanto no se aprecia en este momento la voluntad política para ello, ya sea como reforma legal o cambio en los criterios de interpretación.

5. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS.

1. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FETRATEL. Exp. 1124-2001-AA/TC. 11.07.2002. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.pdf>
2. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Eusebio Llanos Huasco vs. Telefónica del Perú. EXP. N.º 976-2001-AA/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00976-2001-AA.pdf>
3. Corte Suprema del Perú. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema Casación No. 2009-2006-Ucayali. Diario Oficial El Peruano 01.09.2008. Recuperado de: [Cas-2009-2006-q-8.pdf](http://www.nomos.pe/Cas-2009-2006-q-8.pdf) (nomos.pe)
4. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Ricardo Napoleón Peralta Maceda. Exp. 04389-2009-PA/TC. 04.04.2010. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-04389-2009-PA-TC.pdf>
5. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Angel Juan Espichán Agapito. Exp. 1874-2002-AA/TC. 19.12.2003. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-1874-2002-AA-TC.pdf>
6. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Félix Guillermo Portocarrero Calle. Expediente No. 03628-2012-PA/TC. Diario El Peruano 09.07.2015. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-03628-2012-PA-TC.pdf>
7. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Victor Hugo Calvo Duran y otros, Exp. 10777-2006. Diario El Peruano 08.08.2008. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-10777-2006-PA-TC.pdf>
8. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Ludesminio Loja Mori, Exp. 330-2004. Tribunal Constitucional del Perú. 11.07.2005. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-3330-2004-AA-TC.pdf>
9. Tribunal Constitucional del Perú. Caso De La Cruz Pomasoncco y otros. Exp. No. 1397-2001-AA-TC. 09.10.2015. Recuperado de: <http://www.nomos.pe/laboral/Exp-1397-2001-AA-TC.pdf>
10. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Sindicato de Trabajadores de Petróleos del Perú, Exp. 3330-2003-AA-TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03330-2003-AA.pdf>
11. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Cynthia Caballero Muñoz. Exp. 3925-2007-PA-TC. 15.10.2007. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/03925-2007-AA.pdf>
12. Tribunal Constitucional del Perú. Caso Aníbar Santiago Huaranga Romero. Exp. No. 998-2002-AA/TC. Recuperado de: [Exp-998-2002-AA-TC.pdf](http://www.nomos.pe/Exp-998-2002-AA-TC.pdf) (nomos.pe)
13. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 21.03.1997. Diario Oficial El Peruano, 27.03.1997.

14. Decreto de Urgencia No. 127-2020. Decreto De Urgencia Que Establece El Otorgamiento De Subsidios Para La Recuperación Del Empleo Formal En El Sector Privado Y Establece Otras Disposiciones. Diario Oficial El Peruano, 1.11.2020.
15. Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano 30.12.1993.
16. ARCE, Elmer. Derecho individual del Trabajo. Palestra Editores. Lima 2008.
17. MORALES, Carlos Guillermo. “LA FLEXIBILIDAD REVISITADA: A 25 años de las reformas laborales sobre contratación temporal” En: HOMENAJE ANIVERSARIO DE LA SPDTSS. Primera Edición. Lima. 2013. Pág. 133 – 152. Recuperado de: https://www.spdtss.org.pe/sites/default/files/libros/archivos_14591866960.pdf
18. FERRO DELGADO, Víctor. “Derecho Individual del Trabajo”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima 2019.
19. OBANDO GARRIDO, José María. DERECHO LABORAL. 2da. Edición. Editorial TEMIS. Bogotá 2016.
20. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. “Los principios del Derecho del Trabajo”. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2015.
21. FIGUEROA GUTARRA, Edwin. “¿Reexamen constitucional del despido arbitrario?” En: Revista Análisis Laboral. Vol. XLII. No. 489. Marzo 2018. Pág. 38-41.
22. CUADROS LUQUE, Fernando. “Rigidez Laboral y Contratación Temporal en el Perú: Entre el mito y la falacia. En: Revista Análisis Laboral. Vol. XLII. No. 487. Enero 2018.
23. GARCÍA TOMA, Víctor. Valores, principios, fines e Interpretación Constitucional. En: Revista Derecho & Sociedad. No. 21. Pág. 190-209.
24. JARAMILLO, Miguel. CAMPOS, Daniela. ¿Son los contratos temporales un peldaño hacia un contrato por tiempo indeterminado?. Grupo de Análisis para el Desarrollo – GRADE. Lima 2019. Recuperado de: <https://www.grade.org.pe/wp-content/uploads/GRADEdi93.pdf>. Consultado el 24.07.2020.
25. JARAMILLO, Miguel. ALMONACID, Julio. DE LA FLOR, Luciana. “Los efectos desprotectores de la protección del empleo: el impacto de la reforma del contrato laboral de 2001.” GRADE – Grupo de Análisis para el Desarrollo. Lima 2018.
26. KU YANASUPO, Lily. “La filosofía de la causalidad de los contratos temporales y de la estabilidad en el empleo”. Recuperado de: <http://trabajodigno.pe/la-filosofia-de-la-causalidad-de-los-contratos-temporales-y-de-la-estabilidad-en-el-empleo/>.
27. KU YANASUPO, Lily. “Debilidades Institucionales Para La Protección Del Empleo En El Perú: Contratación Temporal E Inspección Del Trabajo” En: LABOREM - Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social N.º 23-2020. Pág 113-124. Recuperado de: laborem23.pdf (spdtss.org.pe). Lima 2020.

28. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. (2012). Los contratos temporales: exposición y crítica. Derecho PUCP, (68), 495-511. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2844>
29. PARISI, Francesco y LUPPI, Barbara. “Más allá de la Responsabilidad: Corrigiendo el sesgo de optimismo a través de la responsabilidad extracontractual” En: IUS ET VERITAS 40. Pág. 30-43. Julio 2010.
30. SAAVEDRA CHANDUVÍ, Jaime y MARUYAMA, Eduardo. “Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos del despido sobre el mercado laboral peruano”. Grupo de Análisis para el Desarrollo -GRADE-. Lima. 2000.
31. PEREZ TREMP, Pablo. “Criterios de interpretación de los derechos fundamentales”. Recuperado de: <http://repositorio.amag.edu.pe/bitstream/handle/123456789/314/criterios-interpretacion-derechos-fundamentales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
32. KAHNEMAN, Daniel. “Pensar rápido, pensar despacio” Penguin Random House. México 2018.
33. NEVES MUJICA, Javier. “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”. En: THĒMIS-Revista de Derecho 67. 2015. pp. 227-232.
34. MEZA HURTADO, Artemio. El denominado bloque de constitucionalidad como parámetro de interpretación constitucional, ¿Es necesario en el Perú? Recuperado de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8/8.+Meza+Hurtado.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=7527560047544a48bec9ff6da8fa37d8>
35. PLAN DE REACTIVACIÓN ECONÓMICA – Gobierno de Chile. Recuperado de: [Gob.cl](http://www.gob.cl) - Plan de Reactivación Económica (www.gob.cl)
36. SANGUINETTI, Wilfredo. El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana. En: Trabajo y Constitución. Cultural Cuzco, Lima, 1989.
37. SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. “Los contratos de trabajo de duración determinada”. 2da Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima. 2008
38. SÁNCHEZ REYES, Christian y CUADROS LUQUE, Fernando. “La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida”. En: Asesoría Laboral. Diciembre 2007. Recuperado de: [La-contratacion-temporal-en-el-Peru-la-informalidad-escondida.pdf](http://www.trabajodigno.pe/La-contratacion-temporal-en-el-Peru-la-informalidad-escondida.pdf) (trabajodigno.pe)
39. SÁNCHEZ REYES, Christian. “Análisis crítico de las medidas adoptadas por el Estado y las empresas frente a los impactos del COVID-19 en relación a los derechos laborales y la salud de los trabajadores”. En: FLEXIBILIZACIÓN LABORAL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL: Análisis Socioeconómico, antecedentes y contexto en COVID-19”. Palestra Editores, Lima. 2021.
40. Diario El Comercio. (11 de diciembre de 2017). “¿Por qué hay una epidemia de contratos temporales en el Perú?”. Recuperado de: <https://elcomercio.pe/economia/peru/existen-contratos-temporales-peru-noticia-480467-noticia/?ref=ecr>

41. SULMONT, Denis. La conquista de la dignidad de trabajo. En: Palestra: Portal de Asuntos Públicos de la PUCP. Recuperado de: http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/11843/conquista_dignidad_Sulmont.pdf?sequence=1&isAllowed=y
42. Saco Alva, M., & Campos Skamperle, D. (2013). En búsqueda de un sistema de fiscalización y supervisión laboral adecuado: a propósito de la creación de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral. IUS ET VERITAS, 23(46), 450-465. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11983>
43. ULLOA MINARES, Daniel. “Panorama Laboral” En: Análisis Laboral No. 487. Enero 2018. Pág.6–10.
44. Diario El Comercio. (11 de diciembre de 2017). El Comercio Perú. Obtenido de <https://elcomercio.pe/economia/peru/existen-contratos-temporales-peru-noticia-480467-noticia/>
45. ENFOQUE DERECHO. (3 de junio de 2020). ENFOQUE DERECHO. Obtenido de <https://www.enfoquederecho.com/2020/06/03/10-anos-de-vigencia-de-la-nueva-ley-procesal-del-trabajo-feliz-aniversario/>
46. GESTIÓN. (21 de marzo de 2019). GESTIÓN. Obtenido de <https://gestion.pe/peru/politica/demandas-laborales-suben-cuarto-segundo-lugar-total-reclamos-judiciales-261995-noticia/>
47. RPP. (11 de OCTUBRE de 2012). RPP NOTICIAS. Obtenido de <https://rpp.pe/economia/economia/se-reduciran-los-plazos-de-juicios-laborales-desde-noviembre-en-lima-noticia-530105?ref=rpp>