

LA FLEXIBILIDAD REVISITADA: A 25 años de las reformas laborales sobre contratación temporal

CARLOS GUILLERMO MORALES⁽¹⁾

“Aunque no es fácil generalizar, so pena de incurrir en un simplismo rechazable, cabe afirmar que si el derecho del trabajo sufre modificaciones que impiden obtener el margen de beneficio normal (...) y que implican afrontar un nivel de riesgo anormal, se estarán sentando los pilares de su inoperancia y a plazo mayor o menor, tales reformas se volverán contra los que aparentemente habían sido favorecidos con ellas”⁽²⁾.

Juan Antonio Sagardoy

I. EL ESCENARIO POPULISTA: 1985-1990

A nuestro juicio, la reflexión de Sagardoy sintetiza con meridiana claridad lo que representa el Derecho del Trabajo para el logro del desarrollo económico y el progreso social. Aislar las leyes asumiendo que tienen el poder mágico de transformar la realidad sin considerar sus efectos económicos,

(1) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Laboral en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Miembro de la Junta Directiva de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ex asesor del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Ex asesor principal de la Presidencia de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso. Consultor del Banco Mundial, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo y del Programa Facilitando Comercio de Usaid. Vicepresidente de la Comisión de Asuntos Laborales de la Cámara de Comercio de Lima.

(2) Citado por: APARICIO VALDEZ, Luis. *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. AELE, Lima, 2011, p. 218.

es uno de los errores más frecuentes en que han incurrido los responsables de conducir nuestras políticas públicas.

Hace 25 años el Perú sufrió el experimento heterodoxo del primer gobierno de Alan García. Durante los dos primeros años el crecimiento del PBI superó los dos dígitos (20 %), alentado por políticas de estímulo al consumo y redistribución del ingreso que permitieron un ciclo expansivo de la economía. Como recuerda Efraín Gonzáles: “*En 1987 todos parecían haber ganado: empresarios, trabajadores y hasta los olvidados campesinos*”⁽³⁾.

Al inicio de 1988 la economía presentó serios desequilibrios macroeconómicos, lo cual motivó la aplicación de un drástico ajuste fiscal en el mes de setiembre que no se profundizó para evitar la caída en los ingresos de los trabajadores, desencadenándose la espiral hiperinflacionaria con el desplome de los principales indicadores en los dos años siguientes: PBI (-16.1 %), presión tributaria (3.5 % del PBI), déficit fiscal (4.5 % del PBI), reservas internacionales (-130 millones de dólares), contrayéndose los salarios en 42 % y los sueldos en 56 %⁽⁴⁾.

Paradójicamente, dos años atrás, y como parte de las medidas auspiciadas para el segundo año del gobierno de Alan García, se produjo una curiosa convergencia de regímenes legales de contratación laboral y de despido: por un lado, el Congreso de la República había aprobado la Ley N° 24514, nueva ley de estabilidad en el trabajo, que fijó un periodo de tres meses para adquirir la estabilidad laboral, y 40 días después, el Poder Ejecutivo al amparo de la facultad otorgada en el artículo 211, inciso 20 de la Constitución, dicta el Decreto Supremo N° 018-86-TR, creando el Programa Ocupacional de Emergencia (Proem), que permitía contratar trabajadores a plazo fijo sin cumplir los requisitos legales que exigía la normativa vigente, Decreto Ley N° 18138.

Este último decreto establecía que los contratos de trabajo a plazo fijo solo podían celebrarse “*en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar*”⁽⁵⁾, requiriéndose para su validez la forma escrita y su aprobación por la Autoridad Administrativa de Trabajo⁽⁶⁾. Caso contrario, se considera celebrado a tiempo indeterminado.

(3) GONZALES DE OLARTE, Efraín. *El péndulo peruano. Políticas económicas, gobernabilidad y subdesarrollo, 1963-1990*. IEP, Lima, 1990, pp. 34-5.

(4) *Ibidem*, p. 37.

(5) Ver artículo 1 del Decreto Ley N° 18138.

(6) Ver artículos 2 y 3 del Decreto Ley N° 18138.

Como señalaba Carlos Blancas, Ministro de Trabajo en el primer año de gestión de García: “Siguiendo una lógica tradicional, se partió de la idea que el empleo sería estimulado e incrementado mediante la ‘flexibilización’ del régimen de contratación laboral, suprimiendo la exigencia de que dicha forma de contratación está supeditada a la necesidad de labores temporales o accidentales. De esta suerte, bajo el régimen del Proem, las empresas del sector privado podían contratar trabajadores a plazo fijo sin la obligación de acreditar la naturaleza accidental o temporal de las labores a efectuar”⁽⁷⁾.

Sanguinetti, señalaba igualmente, en sentido crítico que: “el requisito de la existencia de un motivo objetivo que justifique la concertación del contrato de trabajo de duración determinada, sobre el cual sienta sus bases el derecho de estabilidad en el trabajo que nuestra Constitución consagra, es suprimido para los empleadores que se acojan al Proem (...) la norma procede, desvinculando el tipo contractual a ser adoptado de la naturaleza de la actividad a desarrollar, a autorizarlos para celebrar contratos temporales con su personal, cualquiera que fuese el carácter de la necesidad empresarial a ser atendida”⁽⁸⁾.

Para Pasco, el problema esencialmente era uno de forma, toda vez que se habría suspendido una norma legal –el Decreto Ley N° 18138– a través de un decreto de urgencia, con lo cual “el problema es superable: basta que el Parlamento lo convalide, atribuyéndole rango de ley al decreto supremo o dictando una ley de contenido similar”⁽⁹⁾.

Al margen del cuestionamiento sobre la ilegalidad del D.S. N° 018-86-TR, el tema de fondo que se planteaba era como podían coexistir dos sistemas de contratación laboral totalmente contrapuestos.

En efecto, por una parte, regía este sistema de contratación de emergencia por un plazo inicial de dos años, que permitía celebrar contratos a plazo fijo sin necesidad de acreditar una causa objetiva, que debía consistir en la necesidad a ser atendida por un tiempo determinado, y por la otra, el régimen de contratación a plazo fijo “ordinario”, regulado por el Decreto Ley N° 18138, el cual, dicho sea de paso, tenía nula aplicación práctica, al requerir de la aprobación de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

(7) BLANCAS, Carlos. *El derecho de estabilidad en el trabajo*. ADEC-ATC, Lima, 1991, p. 98.

(8) SANGUINETI, Wilfredo. *El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana*. En: *Trabajo y Constitución*. Cultural Cuzco, Lima, 1989. pp. 105-6.

(9) PASCO, Mario. “Extinción de la relación laboral en el Perú”. En: *La extinción de la relación laboral en Latinoamérica*. AELE, , Lima, 1987, pp. 264-5. También puede verse nuestro artículo “Estabilidad laboral y contratación temporal: el caso del Proem”. En: *Análisis Laboral*. Mayo de 1988.

Respecto a los objetivos del Proem, el decreto, en su artículo 1, únicamente hacía referencia a “*combatir la desocupación y mejorar el ingreso de los sectores menos favorecidos de la población*”, medida que se emparentaba con la implementación del denominado Programa de Atención al Ingreso Temporal (PAIT), orientado a los sectores de extrema pobreza, creado al inicio del gobierno de García.

Sin embargo, la mesa para la controversia estaba servida. Un sector de la doctrina nacional formuló objeciones a la coexistencia de estos regímenes de contratación, por cuanto no solo se estaría poniendo “entre paréntesis” el principio de estabilidad en el empleo, sino postulando su eliminación, al prevalecer la voluntad del empleador, respecto del dato objetivo que justificaría la duración temporal de la prestación del trabajador⁽¹⁰⁾.

El segundo aspecto cuestionado radicaba en que si se le permitía al empleador celebrar contratos Proem para necesidades permanentes u ordinarias de la empresa sin ninguna restricción, ello posibilitaría que a través del simple recurso de la no renovación del contrato, los trabajadores se vean privados de su derecho a la estabilidad, “*aunque las labores que les dieron origen persistan en el tiempo*”⁽¹¹⁾.

A nuestro modo de ver, con el Proem se plantea por primera vez el debate sobre la flexibilidad laboral, relacionándose el aspecto de la contratación laboral y el del despido, al margen de las diversas formas y modalidades que puedan adoptar estas figuras jurídicas. Lo que se discute en buena cuenta es cuán rígida o flexible puede ser la regulación “de entrada” o “de salida” del mercado de trabajo; y esta discusión no solo es jurídica, como se analiza seguidamente.

Aparicio Valdez, siempre al tanto de los acontecimientos del mundo del trabajo, señalaba: “*la crisis económica ha traído un término que ya domina los eventos internacionales y que cada vez se difunde más: es el de la ‘flexibilización laboral’*”, advirtiendo que este vocablo había sido utilizado por el Director de la OIT en la Memoria correspondiente al año 1986, en el sentido “*que*

(10) Sanguinetti señala: “*la coexistencia de ambos sistemas no es jurídicamente posible. En realidad, con el establecimiento de una modalidad contractual a través de la cual se faculta al empleador para contratar temporalmente a trabajadores que realicen labores permanentes, no se está creando una ‘excepción’ al ‘Principio de Estabilidad en el Empleo’, sino que se está suprimiendo su aplicación efectiva*”. En: *Trabajo y Constitución*. Ob. cit. pp. 105-6.

(11) Ídem.

sería posible crear un gran número de puestos de trabajo si el mercado de trabajo llegara a ser más flexible⁽¹²⁾.

En la misma línea de reflexión, Sanguinetti señalaba que: *“La creación del Proem se inscribe así dentro del proceso de cuestionamiento que, en el derecho comparado, se ha llevado a cabo de la estabilidad en el empleo, dentro del cual los autores han discutido su validez en épocas de crisis económicas (por considerar que imprime excesiva ‘rigidez’ a las plantillas de trabajadores e inhibe la creación de puestos de trabajo), y ciertos ordenamientos han adoptado sistemas excepcionales que fomentan la contratación temporal incluso para la atención de necesidades permanentes de las empresas”*⁽¹³⁾.

El Proem fue sucesivamente renovado por dos años más, en 1988 (año de fundación de la SPDTSS), y por un periodo adicional de 6 meses más, mediante Decreto Supremo N° 043-90-TR, computados desde el 31 de julio de 1990, concluiría en sus efectos el 1 de enero de 1990, último año del gobierno de Alan García, coincidiendo con la convocatoria a elecciones políticas generales, en que resultaría elegido Alberto Fujimori, luego de una reñida contienda electoral en que derrotaría al ilustre escritor y futuro premio Nobel de literatura, Mario Vargas Llosa.

II. AJUSTE ESTRUCTURAL Y REFORMA LABORAL: 1990-2000

Las condiciones en que dejó a la economía nacional el primer gobierno de Alan García fueron catastróficas. Sus principales indicadores macroeconómicos fueron señalados líneas arriba⁽¹⁴⁾.

Paradójicamente, el ganador de las elecciones, Alberto Fujimori, durante la campaña electoral había postulado un programa de corte populista y heterodoxo, en abierta contraposición al programa de gobierno de Vargas Llosa, que proponía la aplicación de un drástico programa de ajuste y estabilización para combatir la hiperinflación y la implementación de un conjunto de reformas de corte liberal, destinadas a impulsar la iniciativa privada, y a

(12) Citado en: *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. Ob. cit. p. 217.

(13) SANGUINETI. Ob. cit. p. 108.

(14) Jaime Saavedra señala que estos desequilibrios se gestaron en el año 1988. En agosto de 1990 la inflación había llegado a tasas superiores al 30 % mensual, y el PBI había caído en 1989 a casi -12 %. Ver: “Generación de empleo y evolución de los ingresos y la productividad en el Perú (1990-1998)”. En: *Apertura económica y empleo: Los países andinos en los noventa*. OIT, Lima, 2000, p. 161.

reducir la intervención estatal en la economía, a través de un agresivo programa de privatizaciones.

Sin embargo, instalado en el gobierno, Fujimori no solo recogió las líneas maestras del programa de gobierno del Fredemo, sino que las implementó en su integridad, adoptando incluso algunas de sus iniciativas legislativas en el Congreso –aún bicameral– instalado en julio de 1990, en el que no contaba con mayoría, puesto que había obtenido la segunda mayoría relativa por haber ganado las elecciones presidenciales en el denominado *ballottage* o segunda vuelta.

Durante la campaña, Vargas Llosa postuló abiertamente la necesidad de una reforma laboral que se asentara en la flexibilización del Derecho Laboral, tanto en su vertiente “de salida” (referida al despido) y a la necesidad de aplicar un régimen de estabilidad relativa, en contraposición a la Ley N° 24514 de García– como en la “de entrada”, la que de paso, perfeccionaba y profundizaba el régimen legal del Proem al darle un marco legal adecuado y la seguridad jurídica que demandaba el sector empresarial.

Por ello, los ejes del debate fueron desplazados del contexto exclusivo de la “crisis económica” al de una reforma que demandaba ajustes de carácter estructural y que apuntaban al corazón mismo del Derecho Laboral clásico, que era el principio de estabilidad en el empleo.

Recogiendo este concepto, Aparicio Valdez, hacia 1990 señalaba que “*el concepto de flexibilidad es una derivación de la terminología económica respecto al funcionamiento óptimo del mercado laboral en las condiciones ideales de la teoría liberal, que viene cobrando vigencia en estos momentos, como consecuencia de la crisis económica mundial. Mucho de lo positivo que pudiera tener, depende por lo tanto, de la existencia de relaciones económicas de mercado*”⁽¹⁵⁾.

Abonado el terreno en el plano económico, a nivel político la oportunidad de aplicar los conceptos de la flexibilidad laboral llegaría con la Ley N° 25327, mediante la cual el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar leyes en materia de promoción de acceso masivo al trabajo y creación de nuevas oportunidades de empleo, para lo cual utilizaría dos mecanismos normativos: la flexibilización de la contratación laboral y la adecuación de la normativa de la pequeña empresa, microempresa y del trabajo autónomo.

(15) En: *El pensamiento socioeconómico y jurídico de Luis Aparicio Valdez*. Ob. cit. p. 220.

Empero, la delegación de facultades que recibiría el Poder Ejecutivo tenía dos claras condiciones: las normas constitucionales de estabilidad laboral y el respeto a los derechos adquiridos de los trabajadores⁽¹⁶⁾.

Como señalaba su Exposición de Motivos, la Ley de Fomento del Empleo (en adelante, LFE), plasmada en el Decreto Legislativo N° 728 respondía a la corriente prevaleciente de flexibilización laboral:

“Se inscribe claramente dentro de las líneas de la tendencia doctrinaria dominante en el Derecho Laboral contemporáneo, surgida a inicios de la década de los ochenta en los países industrializados con economía de mercado. Los más recientes desarrollos y evoluciones del pensamiento económico coinciden en asignarle al mercado un rol fundamental en la asignación eficiente de recursos, y el mercado de trabajo tampoco constituye una excepción a esta regla general. Es así como gobiernos de corte socialista como España, Francia o Italia se han volcado a dictar medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y demanda en el mercado laboral, en especial las denominadas “frangas débiles” del mercado: jóvenes, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores mayores de edad, etc.”⁽¹⁷⁾.

El panorama tampoco era distinto a nivel regional, por cuanto:

“En Latinoamérica igualmente ya comienzan a darse los primeros pasos hacia una mayor flexibilización del mercado laboral, desde inicios de la década de los ochenta, tal como lo demuestran los casos de Panamá, México, Brasil, Colombia y recientemente Argentina, que viene formulando una Ley Nacional de Empleo al estilo de la Ley Básica de Empleo española (...) La Ley de Fomento del Empleo peruana, en definitiva recoge los principios fundamentales que consagran estos dispositivos, principalmente la iniciativa gubernamental argentina, que a su vez unifica diversas parcelas del ordenamiento español, conjugándolos y concordándolos en un dispositivo único y orgánico que por vez primera en nuestro país regule de manera integral la política nacional de empleo”⁽¹⁸⁾.

(16) Ver: Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 728, que establecía la ultraactividad de las normas de la Ley N° 24514 respecto de los trabajadores que hubieran estado laborando bajo sus alcances al momento de entrada en vigencia de la LFE; es decir, a estos trabajadores se les respetaba sus derechos adquiridos bajo la antigua norma de estabilidad en el trabajo.

(17) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, publicada en el Diario Oficial el 8 de noviembre de 1991.

(18) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 728.

Al revisar el contenido de la LFE en materia de contratación temporal, que es el objeto del presente artículo, puede comprobarse que nuevamente pone en cuestión el debate sobre la dicotomía de los sistemas de contratación laboral, por cuanto junto con la “regla de oro” de la prevalencia de la contratación por tiempo indefinido, contempla en el Título III referido a los “contratos sujetos a modalidad”, hasta nueve modalidades de contratación por tiempo indeterminado, lo que nos lleva a preguntar hasta qué punto eran compatibles estos dos sistemas de contratación que coexistían dentro de la LFE.

Paralelamente a la construcción teórica de la flexibilidad laboral, a nivel doctrinario se trabajó también la noción de trabajo atípico, siendo una de sus manifestaciones los contratos de trabajo atípicos, que se originaban por la fractura de alguno de los elementos que configuraban la noción de empleo típico, a saber: un trabajo sujeto a vínculo por tiempo indeterminado, prestado en régimen de jornada de trabajo completa y para un solo empleador, realizado en el centro de trabajo de propiedad de este último.

Así, si un trabajador prestaba servicios a través de una empresa de intermediación o tercerización, estaba sujeto a una relación de empleo atípica, puesto que su prestación la realizaba fuera del centro de trabajo de la empresa de intermediación o tercerización, sino en el centro de trabajo de la empresa a la que es destacado por esta.

Igualmente si un trabajador presta servicios en una jornada acumulativa o atípica de trabajo⁽¹⁹⁾, distinta a la jornada ordinaria de 8 horas diarias, estaría sujeto a una relación atípica de trabajo, lo mismo que el trabajador que presta servicios mediante un contrato de trabajo temporal por necesidades del mercado o por incremento de actividad.

Esta tendencia propia del Derecho Laboral de inicios de los noventa, fue también recogida en la LFE.

Como señala Pasco:

“Las normas de principios de los noventa introdujeron un variado elenco de formas o modalidades de contratación basadas en muy diversas causas. Dichas modalidades corresponden, casi exactamente, a las pre-

(19) La Constitución de 1993, en su artículo 25, referido a la jornada de trabajo, alude también a las jornadas acumulativas o atípicas de trabajo:
“La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el periodo correspondiente no puede superar dicho máximo”.

vistas por la legislación española de la década anterior, que se vio reflejada además en la legislación argentina, que es coetánea de la nuestra⁽²⁰⁾.

La pregunta que cabría formularse es cómo podría conciliarse estas modalidades de contratación temporal, cada una de ellas con una causalidad diferenciada, con la formulación de la “regla de oro” basada en la preferencia por los contratos de trabajo de duración indefinida, plasmada originalmente en el artículo 37 de la LFE:

“Artículo 37.- En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Por excepción, puede celebrarse por escrito contratos para obra o servicio determinados o sometidos a condición o sujetos a plazo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos a tiempo parcial, sin limitación alguna”.

Resumiendo este particular proceso evolutivo que experimentó el principio de estabilidad en el empleo, Baylos señala que este radica en “*la búsqueda de la llamada flexibilización de los niveles de protección asignados al Derecho del Trabajo en el interior del propio sistema, a través de la delimitación de tipos contractuales diversos (...) en contraste con el prototipo normativo o relación normal de trabajo*”⁽²¹⁾; es decir, el empleo típico.

Lo verdaderamente relevante es que la flexibilización laboral necesariamente conduce a esta encrucijada perversa entre Derecho Laboral clásico y reformas flexibilizadoras, que buscan un cauce normativo en clave promotora, por cuanto:

“Este esquema diversificado de modalidades de protección, que ha demostrado en la práctica su importancia cuantitativa y cualitativa, permite plantearse el interrogante de si se puede seguir hablando de una relación género/especie entre el contrato de trabajo típico, por tiempo indefinido y a tiempo completo y el resto de modalidades de contratación ‘atípicas’ o si, en la práctica, existe una relativa indiferencia en la elección de una u otra forma contractual en función, precisamente de la

(20) PASCO, Mario. “Contrato de trabajo típico y contratos atípicos”. En: *Balance de la Reforma Laboral peruana*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001, p. 130.

(21) BAYLOS, Antonio. *Derecho del Trabajo: Modelo para armar*. Editorial Trotta. Madrid, 1991. p. 70.

mayor o menor amplitud de la tutela otorgada. El prototipo normativo de la relación de trabajo dependiente y por cuanta ajena se habría convertido en el ‘óptimo’ de las posibles relaciones de trabajo, perdiendo por lo tanto, sus señas de identidad como ‘relación normal de trabajo’, con la consecuencia de la creación de fracturas y desigualdades en la regulación del cometido tutelar del sistema jurídico laboral”⁽²²⁾.

Recogiendo los criterios plasmados por la doctrina española, que tuvieron un notable eco en la reforma del Estatuto de los Trabajadores (ET) de 1984, se erigió un sistema de contratación paralelo, sustentado en las medidas de fomento del empleo, las cuales implicaban una intervención del Estado como parte del mandato constitucional de promover políticas de fomento del empleo, recogido en el artículo 40 de la Constitución española⁽²³⁾.

Como refiere la Exposición de Motivos de la LFE, el Título III estuvo dedicado a la regulación de las causales que justificaban la contratación a tiempo determinado, debiendo relevarse, como advierte Pasco, una tipología tres veces triple⁽²⁴⁾, pues dividía dichos contratos en tres tipos: contratos de naturaleza temporal, contratos de naturaleza accidental y contratos de obra o servicio determinados, y estos a su vez, se desagregaban en otras tres clases de contratos.

A nuestro juicio, los contratos propiamente atípicos son los pertenecientes a la primera tipología contractual, referida a los contratos por inicio o incremento de actividad, por necesidades del mercado y los contratos por reconversión empresarial.

Graficando el concepto, el artículo 105 de la LFE señalaba que este contrato buscaba atender las necesidades derivadas del inicio de una nueva actividad empresarial, definiendo como nueva actividad empresarial “*el inicio de una nueva actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa*”.

Una de las críticas que recibió esta causal, era que buscaba englobar varios supuestos de hecho no necesariamente equiparables, como podría ser la apertura de un nuevo negocio o emprendimiento, la instalación de una nueva línea de producción en una empresa industrial o la apertura de una agencia bancaria, o la atención de los “picos de producción”⁽²⁵⁾; todos ellos supues-

(22) BAYLOS, Antonio. Ob. cit. p. 71.

(23) Ídem.

(24) PASCO, Mario. *Contratos de trabajo típicos y contratos atípicos*. Ob. cit. p. 131.

(25) Elmer Arce cuestiona que la causal de incremento de las actividades ya existentes “se puede con-

tos diferenciados que por efecto de esta causal, terminaban siendo regulados en términos idénticos.

A nuestro modo de ver, todos estos supuestos comparten un denominador común: la aleatoriedad del emprendimiento, que antes que responder a una rigurosa y exhaustiva tipología jurídica, busca atender la necesidad temporal de contratación de trabajadores que está condicionada a la incertidumbre propia de todo nuevo negocio o actividad empresarial, para lo cual el legislador de la LFE le otorga a este nuevo empresario la franquicia de contratar personal temporal durante los tres primeros años de su actividad empresarial.

Coincide con esta apreciación Alfonso de los Heros:

“(...) la intención del legislador ha sido facilitar este tipo de contratación que no tiene un carácter indefinido, durante una etapa inicial del negocio que reviste cierta incertidumbre y que no asegura la continuación del mismo mientras no se consolide o tenga éxito (...) aunque podría argumentarse que la relación laboral es una relación de ajenidad y que el riesgo del negocio corresponde al empleador”⁽²⁶⁾.

Respecto de la segunda causal, la polémica fue más intensa, puesto que la causal por necesidades del mercado ha sido la causal emblemática de la LFE, por cuanto la intención del legislador era clara: debía aplicar también para necesidades ordinarias y permanentes de la empresa, tradicionalmente asumidas por personal estable, mas nunca por trabajadores eventuales o temporales.

De ahí que esta causal haya sido regulada en forma exhaustiva, en orden a perfilar con claridad la causa objetiva que la justifica y sustenta, como establece el artículo 101 de la LFE:

“Artículo 101º.- El contrato temporal por necesidades del mercado es aquel que se celebra entre un empleador y un trabajador con el objeto de atender incrementos coyunturales de la producción originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente”.

fundir con el incremento coyuntural por variaciones sustanciales de la demanda del contrato por necesidades del mercado”. En: *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*. Palestra Editores. Lima, 2008. p. 191.

(26) DE LOS HEROS, Alfonso. “Los contratos de duración determinada: ¿Regla o excepción?”. En: *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho peruano*. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. SPDTSS. Lima, 2009. p. 300-1.

Precisando más el concepto, el segundo párrafo señala que en estos contratos “deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal”, agregando que “deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades de carácter estacional”.

Para Elmer Arce los confines de la figura de la contratación por necesidades del mercado adolece de límites “bastante indeterminados por lo que una interpretación amplia puede incentivar su utilización en actividades permanentes de las empresas, y se pregunta:

“¿Quién determina cuándo existen necesidades coyunturales del mercado? ¿El empleador?, ¿Y si la empresa no se abastece con su propio personal por circunstancias relacionadas a decisiones equivocadas del empleador? ¿Es fácil detectar ello?, ¿Cómo saber si un incremento coyuntural de la producción afecta un establecimiento, una sección o un simple puesto de trabajo?, ¿Es necesario que las circunstancias que afectan el mercado se produzcan o se pueden prever?, etc. Como se ve, no es fácil definir la silueta del artículo (...)”⁽²⁷⁾.

La respuesta para este último autor, estaría en sustentar la causa objetiva insertando el documento que justifica los hechos que motivan la variación de la demanda en el mercado y sus efectos concretos para la empresa contratante⁽²⁸⁾.

Esto nos parece un exceso, por cuanto la norma no especifica ninguna exigencia formal al respecto, rigiendo la regla general de la acreditación *ex post*, a solicitud de la Autoridad Administrativa de Trabajo, en cuya oportunidad el empleador sí deberá documentar en forma apropiada en qué consiste la necesidad del mercado invocada por el empleador; es decir: (i) el incremento coyuntural de la producción (“pico de la producción”), (ii) que su origen resida en una variación sustancial de la demanda, (iii) debe tratarse de un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, y, (iv) deben excluirse las variaciones de carácter cíclico o de temporada, por tratarse de trabajos fijos de carácter discontinuo.

En más de un caso hemos tomado conocimiento de contratos temporales que se han sustentado en incrementos de la demanda derivados de actividades económicas que han venido creciendo sostenidamente, como el caso de la industria de la construcción, pero que su flujo de crecimiento no es uniforme

(27) ARCE, Elmer. *Derecho individual del trabajo ...*, Ob. cit., p. 175.

(28) *Ibíd.*, p. 179.

en el tiempo, si bien en los últimos años puede apreciarse una tendencia expansiva, debido al crecimiento de la demanda inmobiliaria en nuestro país.

Motiva esta preocupación el hecho de que en más de una oportunidad la autoridad administrativa de trabajo ha acotado estos contratos e iniciado procedimientos sancionadores contra las empresas fabricantes de acabados de la industria de la construcción, alegando no estar suficientemente sustentada la causal, no obstante que la empresa exhibió reportes de producción e incluso la propia estadística oficial que evidenciaba el carácter imprevisible de la duración de esta variación coyuntural de la demanda de materiales.

¿Ello querría decir que las empresas que fabrican por ejemplo, materiales o acabados para la industria de la construcción no podrían celebrar contratos por necesidades del mercado, dado que en esta rama de actividad, los picos de producción son bastante frecuentes y por periodos variados de duración?

A nuestro juicio, el criterio a aplicarse deberá atender necesariamente a hechos demostrables no solo documental sino empíricamente, para lo cual los funcionarios encargados de resolver estas denuncias deben solicitar el concurso del sector involucrado, a fin de poder contar con los elementos de juicio para determinar si las verificaciones efectuadas por los inspectores tienen sustento en la realidad, no debiendo conformarse con remitirse a consideraciones abstractas sin haber revisado detenidamente los datos de la realidad implicada.

Finalmente, por su naturaleza, los contratos por reconversión empresarial tienen una doble lógica flexibilizadora; por una parte, buscan responder a los cambios en la organización del trabajo, y por la otra, a los cambios tecnológicos en la empresa, las cuales justificarían la contratación de nuevos trabajadores en la empresa, pero mediante un vínculo contractual de carácter determinado, que duraría como máximo dos años, a diferencia del contrato por necesidades del mercado, que originalmente se fijó en seis meses al año, para pasar al tope legal máximo de 5 años, que es el que rige actualmente.

III. CONTRARREFORMA LABORAL: RECONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO LABORAL Y PROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO (2001-2013)

Hemos querido pasar directamente al análisis de los contratos temporales hasta esta etapa, debido a que desde las modificaciones dictadas a la LFE en los años 1995 y 1997, en que adopta su fisonomía jurídica actual, con la LPCL, la regulación se ha mantenido en los aspectos que hemos analizado, con excepción de modificaciones puntuales, tendientes a profundizar el proceso

de flexibilización de la contratación temporal⁽²⁹⁾, como la extensión generalizada de los “contratos en cadena” hasta el plazo máximo de cinco años, plasmada en el artículo 74 de la LPCL⁽³⁰⁾.

A partir del Gobierno de Transición, si bien no se emprendió una reforma integral en materia laboral, con el restablecimiento del Consejo Nacional del Trabajo se reabrió la posibilidad de contar con espacios de diálogo y de concertación entre los interlocutores sociales, bajo los auspicios del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, a cargo del Doctor Jaime Zavala Costa.

Paralelamente sectores académicos comenzaron a impulsar iniciativas tendientes a reformar la Constitución de 1993, aprobada por el Congreso Constituyente Democrático impulsado por el gobierno de Alberto Fujimori luego del autogolpe del 5 de abril de 1992, bajo presión de la comunidad internacional.

Los cuestionamientos a nivel del sector laboralista, venían de una doble vertiente; una política, que cuestionaba el origen de la Constitución de 1993, y otro ideológico, que hacía lo propio con el modelo económico adoptado por la misma, de orientación liberal⁽³¹⁾.

Para Sanguinetti, cualquier valoración del contenido laboral de la Constitución debe *“tener en cuenta la singular función jurídico-política que es posible atribuir a este instrumento (...) una función que, como resulta difícilmente rebatible a estas alturas, no es otra que la de operar como mecanismo de legitimación democrática de un régimen autoritario en lo político y neoliberal en lo económico, que había iniciado poco tiempo atrás una profunda reforma de la legislación laboral, tanto individual como colectiva, inspirada en dichos postulados”*⁽³²⁾.

(29) Este es uno de los aspectos más criticados de las modificaciones efectuadas con la Ley N° 26513 en el año 1995. Ver: ARCE, Elmer. Derecho individual ... Ob. cit. pp. 178-9. Este autor califica esta extensión del plazo como un *“mecanismo burdo para promover la contratación temporal en desmedro de la contratación a tiempo indefinido. Más aún, si se tiene en cuenta que el contrato por necesidades del mercado opera en el terreno de las labores del giro de la actividad empresarial”*. Precisamente este plazo será objeto de un drástico recorte por parte de la Comisión de Expertos encargada de elaborar el proyecto de Ley General del Trabajo, como se analiza seguidamente.

(30) “Artículo 74.- Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función a las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco años”.

(31) Ver: SANGUINETI, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, 2007, p. 21.

(32) Ídem.

En igual sentido, Neves señalaba que *“las transformaciones se efectuaron, primero, a nivel legislativo y, luego, fueron convalidadas a nivel constitucional. En efecto, entre 1991 y 1992 se dictaron una docena de decretos legislativos para regular las relaciones individuales y un decreto ley sobre las relaciones colectivas, en la perspectiva expuesta. De un lado, se mantuvo teóricamente la estabilidad de entrada (sic.), pero se diseñó un elevado número de contratos temporales, algunos perfilados para permitir el encubrimiento de vínculos permanentes, y se reemplazó la reparación del despido injustificado mediante la reposición por una indemnización (...)”*⁽³³⁾.

El cuestionamiento a nivel constitucional estaba dado. Se partía de una valoración cualitativa de los alcances de la Constitución de 1979, relevándose el rol preeminente que le asignaba al trabajo, respecto de la supuesta relegación de la que fuera objeto por la Constitución de 1993, disminuido en sus alcances y contenidos esenciales. Se ha señalado: *“el trabajo pierde de este modo centralidad, tanto respecto del modelo socioeconómico como de la forma del Estado”*⁽³⁴⁾.

En relación con el cuestionamiento al origen de las transformaciones legislativas del año 1991, cabe precisar que éstas, entre las que se encontraba la LFE, fueron objeto de un consenso en el Congreso elegido democráticamente, plasmado en la Ley N° 25327, que expresamente autorizó al Ejecutivo a legislar sobre fomento del empleo, entendiéndose como tal *“medidas que potencien las posibilidades de encuentro entre la oferta y la demanda laboral, flexibilizando las modalidades y mecanismos de acceso al trabajo, en especial el caso de jóvenes desempleados, mujeres con responsabilidades familiares, trabajadores con limitaciones físicas, intelectuales o sensoriales y sectores similares, asimismo, la generación masiva de empleo en las franjas más débiles de la sociedad”*⁽³⁵⁾.

Por ello, subsumir la primera etapa de la reforma laboral, emanada de una delegación de facultades democráticamente incuestionable, incluso a la luz de la venerable Constitución de 1979, con la etapa posterior al autogolpe del 5 de abril de 1992, no solo es una imprecisión histórica, sino un intento de poner en el mismo punto de cuestionamiento normas que responden a coyunturas claramente diferenciables, y por ello, no susceptibles de equiparación, a pesar del fervoroso entusiasmo de los partidarios de esta posición ideológica.

(33) NEVES, Javier. *Derecho del Trabajo. Cuestiones controversiales*. ARA Editores. Lima, 2010, p. 18.

(34) SANGUINETI. *Derecho Constitucional ...* Ob. cit. p. 23.

(35) Ver parte considerativa del Decreto Legislativo N° 728, párrafo cuarto.

Con la caída del régimen de Fujimori, a partir del año 2001, estas posiciones asumen como objetivo la tarea de reconstitucionalizar el contenido laboral de la Constitución de 1993, correspondiéndole al Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete de la Constitución, desarrollar una producción jurisprudencial que recoja estos criterios “progresistas” en materia laboral⁽³⁶⁾.

Dentro de este contexto se crea la Comisión de Expertos encargada de elaborar el proyecto de Ley General del Trabajo, que en caso de convertirse en Ley, fijaría los parámetros normativos del sistema de relaciones laborales peruano, que reiteramos, se mantiene subsistente en sus alcances delimitados por la LPCL, que han sido materia de análisis precedentemente.

El antecedente más cercano al último proyecto de LGT, que ha estado a cargo de la Comisión de Expertos integrada por los Doctores Carlos Blancas, Javier Neves, Alfredo Villavicencio, Alfonso de los Heros, Mario Pasco y Jaime Zavala, fue el proyecto elaborado en el año 2006 dentro del Consejo Nacional del Trabajo que fuera consensuado en un 85 % de su articulado.

La Comisión comienza sus funciones en el mes de setiembre de 2011, asumiendo la tarea de revisión del contenido del articulado consensuado, y concordarlo, cumpliendo con entregar su informe el 19 de enero de 2012 al señor ministro de Trabajo y Promoción del Empleo, doctor José Villena, acompañando el proyecto de LGT “testead” para que el Ministerio proceda a darle trámite conforme a sus atribuciones constitucionales.

A pesar del interés inicial que suscitó el proyecto de LGT, particularmente en los sectores académicos ligados al movimiento de Contrarreforma Laboral, no ha merecido el apoyo necesario por parte de los interlocutores sociales, empresarios y trabajadores, ni sus organizaciones representativas, lo cual resulta sorprendente a la luz de los consensos que se había logrado dentro del Consejo Nacional del Trabajo en el año 2006 (85 % del articulado).

El problema a nuestro juicio no es la cantidad de artículos consensuados, sino de la trascendencia que tienen para los interlocutores sociales instituciones clave para el desenvolvimiento de sus intereses, como: la estabilidad en el trabajo, dentro de la cual se incluye la libertad de contratación temporal

(36) Para profundizar el análisis sobre este proceso de reconstitucionalización del Derecho Laboral, desde una perspectiva crítica, ver: SANGUINETI. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ob. cit. p. 41 y ss. También: La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993, Ponencia Oficial presentada en el II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, p. 53 y ss.

y los niveles de la negociación colectiva, a través de las que se define las complejas relaciones de poder dentro del mundo del trabajo.

Bajo esta perspectiva, el tema de la contratación temporal se liga directamente a la demanda empresarial por contar con un sistema de contratación laboral que se adecue rápidamente a las variaciones de la demanda en el mercado, especialmente dentro de un contexto de franco endurecimiento de los mecanismos legales de despido, debido a la puesta entre paréntesis del artículo 34 de la LPCL, que permite el despido sin expresión de causa previo pago de una indemnización, como ocurre en la mayor parte de países de la región.

A partir de la jurisprudencia emanada del TC en materia de despidos incausados, nulos y fraudulentos, así como atentatorios contra derechos fundamentales del trabajador, el despido ha pasado a ser contingente en todos los casos, razón por la cual resulta necesario flexibilizar la contratación temporal a fin de dotar a las empresas de las facilidades para adecuar su personal a las fluctuaciones de la demanda en el mercado, potenciando las posibilidades de contratación laboral, como era el objetivo inicial de la LFE.

De la revisión del articulado referido a la contratación temporal, regulado en el Capítulo IV del Título I (“De la relación individual del trabajo”), subcapítulo II, referido a los contratos de duración determinada, podemos apreciar que la LGT virtualmente recoge los subtipos de contratos regulados en la LPCL, que son: el contrato por inicio de actividad, el contrato por necesidades coyunturales del mercado, contrato ocasional, contrato de suplencia, contrato por obra determinada o para servicio específico (art. 19).

Adicionalmente, recoge en la línea de la normativa española del ET, el contrato expresamente autorizado por ley, que ciertamente es un aporte interesante que permitiría engarzar los contratos temporales con las políticas públicas de fomento del empleo.

El problema surge al revisar la duración que la LGT ha previsto para cada subtipo contractual, lo cual evidencia un sesgo restrictivo para su utilización intensiva, puesto que han sido sustancialmente recortados los plazos previstos en la LPCL, con lo cual la contratación temporal estaría acusando una rigidez extrema.

En el caso de los contratos por inicio de actividad (art. 20), si bien se recoge la definición de la LPCL, se circunscribe su aplicación al único supuesto de inicio de actividad empresarial, eliminándose los de incremento de actividades, apertura de establecimiento y otros, recortándose adicionalmente el plazo de duración de 3 años a 18 meses; es decir, a la mitad.

En igual sentido, el contrato por necesidades del mercado, contrato flexible por excelencia, ha sido recortado a un año, cuando el plazo vigente es de 5 años, por aplicación directa del artículo 74 de la LPCL anteriormente citado⁽³⁷⁾.

La demostración palmaria de este sesgo restrictivo se ve plasmada en el artículo 28 de la LGT, que regula el plazo máximo aplicable a los contratos de duración determinada, que de 5 años en la LPCL ha sido drásticamente reducido a solo 2 años, lo cual va a desincentivar no solo la contratación temporal sino la contratación laboral en general.

A nuestro modo de ver, la única porción de flexibilidad con que podrían contar los empresarios bajo este rígido esquema sería la modalidad de contratación expresamente autorizada por ley, que sin lugar a dudas, su viabilidad dependerá de la correlación de fuerzas resultante en el Congreso de la República.

En otras palabras, en un gobierno de corte populista esta posibilidad estaría vedada, y el régimen general sería el propuesto en la LGT, que califica claramente como una regulación de entrada “rígida”.

IV. A MANERA DE COLOFÓN Y REFLEXIÓN FINAL

Largo ha sido el tránsito de un régimen legal de contratación a otro. Asimismo, ha ido surcando aguas con corrientes en diversas direcciones, muchas veces contrapuestas, vaivén que ha sido adecuadamente caracterizado como el “péndulo peruano”, expresión de nuestras contradicciones y porqué no decirlo, necesidad de afirmar posiciones en los espacios democráticos y académicos.

El balance que podemos obtener de estos 25 años y poco más de agitado movimiento en el mundo del trabajo, es que las expectativas muchas veces son depositadas en instituciones que carecen de la capacidad de respuesta a las demandas sociales de la población, y a falta de instituciones sólidas, afloran los males ya conocidos, como el populismo, cuya receta –vale la pena recordar– ya la hemos experimentado en el periodo 1985-1990, por citar el más reciente.

En este periodo, como se puede apreciar en el cuadro que se acompaña al final del presente artículo, fue necesario dictar una normativa de emergencia para incentivar la contratación laboral, puesto que se había dictado una rígida normativa de estabilidad en el trabajo que reconocía la estabilidad a los

(37) Ver Nota 30 del presente artículo.

tres meses de ingresado el trabajador, y su derecho a reposición en caso de despido injustificado.

Instaurada la Reforma Laboral con los decretos legislativos de 1991, en especial la LFE, se da inicio a la flexibilización de la contratación laboral y el despido, aplicándose una regulación flexible tanto en la vertiente de entrada como de salida.

No hemos tenido a la vista estudios que hayan confirmado de manera concluyente si la flexibilidad laboral y la Reforma Laboral de los 90 contribuyó o desincentivó la generación de empleo formal, y si en su conjunto, generó una mayor protección social y mejores ingresos para los trabajadores.

Lo cierto es que tampoco se ha logrado incorporar a un segmento mayoritario de la fuerza laboral, que ha optado por permanecer en el sector informal, en el que los trabajadores –y conductores del negocio– carecen de toda protección social⁽³⁸⁾.

Sin embargo, queda claro que la mejor política de empleo es una buena política económica, y una señal saludable que el Gobierno habría asimilado esta máxima, es el hecho de que el Ministerio de Trabajo conjuntamente con el informe remitido por la Comisión de Expertos haya determinado solicitar un análisis de los efectos que tendría la normativa propuesta, designando una comisión revisora integrada por funcionarios del sector y expertos económicos.

Ciertamente este filtro no es nuevo. En el Congreso cada iniciativa legislativa debe estar sustentada en un análisis costo-beneficio. Caso contrario, el proyecto de ley no es tramitado ante el pleno ni a comisiones.

Por ello, trajimos a colación la reflexión que antecedía el presente artículo de Juan Antonio Sagardoy, referido precisamente a los riesgos de la inoperancia del Derecho Laboral contemporáneo. Y el Perú no es la excepción: tengamos siempre en cuenta los efectos económicos de las normas que dictamos. Así de simple.

(38) Esta problemática es analizada con mayor detalle en nuestros trabajos: Regímenes Laborales Especiales en el Perú: El caso de los regímenes laborales de pequeña y microempresa, agrario y la contratación administrativa de servicios en el Sector Público, Ponencia Oficial al IV Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cuzco, 2010. También: Ley General del Trabajo: una ley para todos y para nadie, en Revista de Economía y Derecho, Verano de 2012, Vol. 9, N° 33, Sociedad de Economía y Derecho, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

CUADRO COMPARATIVO FLEXIBILIDAD Y RIGIDEZ EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL Y EN EL RÉGIMEN LEGAL DE DESPIDO			
ETAPA HISTÓRICA/ MODELO IDEOLÓGICO	SISTEMA DE CONTRATACIÓN TEMPORAL	RÉGIMEN LEGAL DEL DESPIDO	BALANCE NORMATIVO
Régimen del General Velasco (1970) Populista	Decreto Ley N° 18138 Autorización previa Forma escrita bajo sanción	Decreto Ley N° 18471 Estabilidad absoluta a los tres meses	Rigidez/Rigidez
Régimen del General Morales Bermúdez (1978) Transición	Decreto Ley N° 18138 Autorización previa Forma escrita	Decreto Ley N° 22126 Estabilidad absoluta a los tres años	Rigidez/Semiflexible
Gobierno de Alan García (1986) Heterodoxo Populista	Proem Contratación a plazo sin acreditar causa	Ley N° 24514 Estabilidad absoluta a los tres meses	Flexibilidad/Rigidez
Gobierno de Alberto Fujimori (1991) Liberal	Ley de Fomento del Empleo Modalidades flexibles de contratación	Ley de Fomento del Empleo Estabilidad relativa	Flexibilidad/ Flexibilidad
Gobierno de Ollanta Humala (2013) (?)	Proyecto de Ley General del Trabajo Se restringen plazos máximos	Proyecto de Ley Ge- neral del Trabajo Estabilidad absoluta	Rigidez/Rigidez