



FACULTAD DE DERECHO

UNIDAD DE POSGRADO

**LA INDEFENSIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS
CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL ANTE EL DESPIDO
ARBITRARIO**

**PRESENTADO POR
JORGE LUIS GODENZI ALEGRE**

**ASESOR
MARCOS ALBERTO SUCLUPE MENDOZA**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO
EN DERECHO DEL TRABAJO**

LIMA – PERÚ

2022



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



**FACULTAD DE DERECHO
UNIDAD DE POSGRADO**

**LA INDEFENSIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS
CONTRATOS A TIEMPO PARCIAL ANTE EL DESPIDO
ARBITRARIO**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO DEL TRABAJO**

**PRESENTADA POR:
JORGE LUIS GODENZI ALEGRE**

**ASESOR:
MG. MARCOS ALBERTO SUCLUPE MENDOZA**

**LIMA – PERÚ
2022**

**LA INDEFENSIÓN DEL TRABAJADOR EN LOS CONTRATOS A TIEMPO
PARCIAL ANTE EL DESPIDO ARBITRARIO**

INDICE

INDICE	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	8
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I	12
MARCO TEÓRICO.....	12
1.1 Los antecedentes de la Investigación.....	12
1.2 Contextualización en el ámbito de la historia.....	13
1.3 Marco Filosófico.....	14
1.4 Los fundamentos teóricos.....	25
1.4.1 El Contrato de Trabajo.....	25
1.4.1.1 En relación al Contrato de Trabajo y al Contrato a Tiempo Parcial ...	25
1.4.1.2 Defensa y Protección contra el despido del trabajador	29
1.4.1.3 La indemnización por despido arbitrario.....	30
1.5 La formulación de hipótesis	30
1.5.1 La Hipótesis general.....	30
1.5.2 La Hipótesis específica.....	30
1.5.3 Las Variables.....	31
1.6 Precisiones y “Definiciones de Términos Básicos” El “Contrato de Trabajo”	31
CAPÍTULO II	35
METODOLOGIA.....	35
2.1. Planteamiento de la actividad investigativa	35
2.2 Población y Muestra Población	35
2.3 Funcionalidad de las “variables”	36
2.4 Técnicas para la recolección de datos. Técnicas	36
2.5 Procedimientos para el tratamiento, observación y análisis de los documentos y datos relevantes	37
2.6 Aspectos éticos.....	37
CAPÍTULO III	38
LOS CONTRATOS DE TRABAJO	38
3.1 Generalidades del contrato de trabajo.....	38

3.2	Los contratos de naturaleza parcial	40
3.3	Los negocios jurídicos contractuales de carácter temporal que se emplea con mayor uso en el mercado laboral	42
3.4	El negocio contractual laboral que promueve la exporta no tradicional .	44
3.5	Negocio contractual laboral para una obra determinada o para un servicio específico.....	45
3.6	Nuestro país y el empleo parcial.....	47
3.6.1	La definición legal en sentido negativo: El contrato a tiempo parcial.	50
3.6.2	La definición de la contratación a tiempo parcial	52
3.7.	Los efectos perjudiciales de la política de fomento del empleo parcial.	59
3.7.1	Efectos y cambios en la regulación	59
CAPÍTULO IV		67
EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL TRABAJADOR.....		67
4.1	Conjunto y universalidades del despido.....	67
4.2	El procedimiento del despido.....	72
4.3	Procedimiento regular del despido	77
4.4	Ocasional jurisprudencia en la que se funda que el despido no está sujeto a la modalidad de contrato.....	79
4.5	Nota sobre indemnización laboral por despido arbitrario	84
4.5.1	Los fundamentos	85
4.5.2	La indemnización por despido arbitrario	87
4.5.3	El soporte remunerative para la fijación del cálculo de la indemnización por despido arbitrario	93
4.6.	La modalidad jurídica de la opinable flagrancia y su implicancia en el ámbito laboral al momento de accionar un despido.....	95
4.7.	Configuración del concepto de flagrancia y sus rasgos e implicancias jurídico – legales.....	97
4.8.	Los derechos constitucionales amparados y protegidos ante a la utilización de la figura de la flagrancia en materia laboral	98
4.9	Los saludables resultados de la Defensa Constitucional del despido arbitrario.....	103
CAPÍTULO V		107
RESULTADOS, ANÁLISIS DE DATOS Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS		107

5.1. Resultados.....	107
5.2. Análisis de datos.....	111
5.2.1 Análisis del primer objetivo específico.....	111
5.2.2 Análisis del segundo objetivo específico.....	114
5.2.3 Análisis del tercer objetivo específico	116
CONCLUSIONES.....	120
SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES	121
VÍAS Y FUENTES BÁSICAS DE LA INFORMACIÓN.....	122
Referencias bibliográficas	122
ANEXOS	125
FUNDAMENTOS.....	128

RESUMEN

El principal objetivo que se ha trazado en el presente trabajo investigativo es diagnosticar y determinar el impacto de cómo es posible que esta modalidad de negocio contractual de contrato laboral o denominado también de trabajo sujeto a tiempo parcial, perjudica ostensiblemente el legítimo derecho a la tutela y protección jurisdiccional contra el despido arbitrario que pueda eventualmente padecer el trabajador.

Los instrumentos y los métodos de investigación que se emplean en esta ocasión es el estudio práctico descriptivo, además se ha empleado idóneo material bibliográfico, puntual jurisprudencia y dictámenes enjundiosos de especialistas en esta materia de estudio.

El producto y desenlace de esta investigación estriba en que la sana doctrina puntualiza que esta modalidad de contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial indudablemente perjudica el fundamental derecho contra la defensa que le asiste al trabajador contra el despido arbitrario que pueda ocasionalmente padecer. En consecuencia, la vulneración del derecho laboral se enmarca directa y concluyentemente en un iuris caso de derecho constitucional, por la lisa y llana razón de que se afecta y vulnera contra uno de los derechos fundamentales que le asiste a la persona humana. La inestabilidad e inseguridad de la modalidad de este contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial es lo que ha coadyuvado para que esta modalidad contractual sea una de las más empleadas en el ordenamiento jurídico nacional. Como se pusiera de manifiesto a dar comienzo a esta investigación, el modelo de contrato a tiempo parcial pactados por abajo de las cuatro horas diarias en promedio ha sido discriminados y descartados de determinados

beneficios sociales que ampliamente contempla la legislación laboral a favor de todos los trabajadores, sin que la ley establezca distingos de clase alguna. Al rechazárseles el goce de vacaciones (pertinente artículo 12.a del Decreto Legislativo N° 713), el derecho de CTS (artículo 4 del TUO de la Ley de CTS) y la debida protección legal contra el despido arbitrario (artículo 22° de la LPCL), el despegue y ascenso de los contratos a tiempo parcial de 3 horas 45 minutos realmente ha sido imponente y extraordinario.

Como colofón y conclusión final y a través del minucioso análisis doctrinal realizado es incontestable que en la actualidad se vienen afectando y vulnerando el derecho que le asiste al trabajador cuando es víctima de un despido arbitrario. La durabilidad y vigencia del contrato de trabajo mantiene una univoca relación con la que ver con la cimentación en la seguridad que se debe de proyectar para el trabajador (un propósito básico del derecho del trabajo) como estimación para el cabal y regular ejercicio de derechos de contenido y rango estrictamente constitucional (sindicalización, negociación colectiva, derecho a una remuneración digna, entre otros derechos de este jaez). Esta garantía y seguridad en la duración o durabilidad de la relación de índole laboral compromete e implica que el vigor y vigencia del contrato de trabajo bajo esta modalidad no puede estar expuesta a la acrecentada prudencia o del criterio discrecional del propio empleador, sino que debe estar puesta a consideración de aquellas inmanejables causas de naturaleza objetivas que además resulten llamativamente razonables.

Palabras claves: Contrato laboral – despido arbitrario – derechos del trabajador tiempo parcial – Modalidad contractual.

ABSTRACT

The main objective that has been outlined in this investigative work is to diagnose and determine the impact of how it is possible that this type of contractual business of labor contract or also called part-time work, ostensibly harms the legitimate right to guardianship and jurisdictional protection against arbitrary dismissal that the worker may eventually suffer.

The instruments and research methods used on this occasion is the descriptive practical study, in addition, suitable bibliographic material, specific jurisprudence and substantial opinions of specialists in this matter of study have been used.

The product and outcome of this investigation is that sound doctrine points out that this type of work contract subject to part-time undoubtedly harms the fundamental right against the defense that assists the worker against arbitrary dismissal that he may occasionally suffer. Consequently, the violation of labor law is directly and conclusively framed in a case of constitutional law, for the plain and simple reason that it affects and violates one of the fundamental rights of the human person". The instability and insecurity of the modality of this work contract subject to part-time is what has contributed to making this contractual modality one of the most widely used in the national legal system. As it was revealed at the beginning of this investigation, the model of part-time contract agreed for less than four hours a day on average has been discriminated against and discarded from certain social benefits that are widely contemplated in labor legislation in favor of all employees. workers, without the law establishing any class distinctions. When they were denied the enjoyment of vacations (pertinent article 12.a of Legislative Decree No. 713),

the right of CTS (article 4 of the TUO of the CTS Law) and the due legal protection against arbitrary dismissal (article 22 of the LPCL), the takeoff and promotion of part-time contracts of 3 hours 45 minutes has really been impressive and extraordinary.

As a culmination and final conclusion and through the meticulous doctrinal analysis carried out, it is incontestable that at present they are affecting and violating the right of the worker when he is the victim of an arbitrary dismissal. The durability and validity of the employment contract maintains a unique relationship with which to do with the foundation in safety that must be projected for the worker (a basic purpose of labor law) as an estimate for the full and regular exercise of rights. strictly constitutional content and rank (unionization, collective bargaining, right to a decent remuneration, among other rights of this kind). This guarantee and security in the duration or durability of the labor relationship commits and implies that the force and validity of the employment contract under this modality cannot be exposed to the increased prudence or the discretionary criterion of the employer himself, but must be put to consideration of those unmanageable causes of an objective nature that are also remarkably reasonable.

Key words: Labor contract - arbitrary dismissal - worker rights - part time
- Contractual modality.

INTRODUCCIÓN

Esta tesis se aproxima y aborda un asunto de palpitante actualidad al cual hemos intitulado: **La indefensión del trabajador en los contratos a tiempo parcial ante el despido arbitrario**, el mismo que se ha sido desplegado acorde con la docta doctrina, prolija legislación y fecunda jurisprudencia vigentes.

El tema que vamos a emprender y abordar con soltura investigativa es el de los contratos de trabajo y es tan relevante tan luego iniciarse la relación laboral y por supuesto la arista de la inconstitucionalidad del derecho de las personas, por lo que toda esa implicancia precisa la impostergable e ineludible retahíla de derechos y obligaciones para las partes contractuales, según sea la modalidad contractual elegida.

Adentrarse al interior de la clasificación de las formas o modalidades en la extinción de la relación de trabajo perfectamente advertidas y reguladas por el ordenamiento jurídico nacional, la siempre sugestiva doctrina jurisprudencial en sus variadas dimensiones ha desempeñado indudablemente una actuación y una guía deslumbrante en lo que concierne a este tema, puesto que no solo ha asumido la función de demarcar las puntuales características de cada una de las modalidades o formas en que se extingue la relación laboral, así como los detalles de su estructura, sino que inclusive en los presupuestos de despidos ha concebido sendas clasificaciones desde el interesante y siempre prolífica interpretación de la normativa constitucional que taxativamente prescribe que el derecho al trabajo trae como correlato – entre otras cosas – una defensa y protección adecuada y razonable contra el despido arbitrario.

Precisamente para su mejor estudio, análisis y perfeccionamiento hemos considerado la siguiente estructura. A saber: En el capítulo I se trata el marco teórico, encarando directamente el relevante asunto de los contratos de trabajo y el despido arbitrario; luego en el capítulo II se delinea puntualmente la metodología de la investigación; después en el capítulo III se aborda respecto a la demostración de la hipótesis; y, finalmente en el capítulo IV se exteriorizan los resultados y la contrastación de la hipótesis.

Desde una óptica muy panorámica, se denomina *in genere* contrato a tiempo parcial cuando la prestación de servicios se despliega en una jornada de trabajo que sea inferior a la ordinaria del centro de labores, pudiéndose llevar a cabo en señaladas horas del día, en ciertos días de la semana, en definidas semanas del mes o en algunos meses al año. Sin embargo, la seria y docta doctrina nacional estima como contrato a tiempo parcial cuando se desempeña una jornada de trabajo inferior a las cuatro horas diarias.

La tendencia de nuestra legislación nos muestra que pueden celebrarse por escrito contratos de trabajo en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna. En consecuencia, el trabajador a tiempo parcial no tiene derecho a la Compensación por Tiempo de Servicio, defensa alguna contra el despido arbitrario y otros beneficios adicionales para cuya percepción se exige trabajar por lo menos 4 horas diarias.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1.1 Los antecedentes de la Investigación

Desde el punto de vista de un rastreo de índole histórico no preexiste algún antecedente vinculado al tema que es objeto de la presente investigación por lo que la información hallada es exigua y por tanto es una investigación que estimo es original en nuestra patria.

El referido contrato de trabajo a tiempo parcial se encuentra regulado en el D.S. N°003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 4° permite la contratación a tiempo parcial al referir en su último párrafo lo siguiente: También puede celebrarse por escrito, contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

En ese mismo sentido, el Decreto Supremo N° 001-96-TR-RLFE – Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo en el artículo 11° prescribe que: Los trabajadores contratados a tiempo parcial tiene derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro horas diarias de labor. En tanto que el artículo 12° del mismo Reglamento expresa con rotundidad que: se considera cumplido este requisito en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre 6 o 5, según corresponda, resulte en promedio no menor de 4 horas diarias.}

En la Charta Magna, es decir en la Constitución Política del Perú el artículo 25° establece que: la jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Las específicas normas legales que circunscriben a la Organización Internacional de Trabajo (OIT) no delimita y detalla una cantidad de horas promedio que debe laborar todo trabajador a efecto de considerar que su contrato es a tiempo parcial. Así, podemos descubrir en el Convenio de la OIT N° 175, relativo al trabajo a tiempo parcial, el mismo que expresa nítidamente en el correspondiente artículo 2º que: la expresión trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable.

1.2 Contextualización en el ámbito de la historia

Esta modalidad de contrato laboral o contrato de trabajo, como casi todos los contratos trascendentes, tienen un origen y explicación en las instituciones romanísticas: la *locatio conductio operis* y la *locatio conductio operarum*.

La *Locatio conductio operis* o contrato de obra encuentra su génesis y clara explicación en las duras e inflexibles jornadas laborales que desempeñaba el artesano libre de Roma que se conceptualiza como un contrato meramente consensual mediante el cual una de las partes es obligada a llevar a cabo una determinada prestación que en este caso era realizar una obra determinada, por encargo de otra, y la contraparte en la necesidad de ejecutar una contraprestación que consistía en el pagar una pecunia por ella (Machicado, 2010, pág. 13).

La *Locatio conductio operarum* o Contrato de prestación de servicios procede del derecho romano y se constituía básicamente con los negocios y transacciones comerciales que se hacían en torno a los esclavos, que en esa época eran considerados y tratados como cosas o mercancías, a quienes

se les entregaba vía alquiler a fin de que ejecutaran algún trabajo o servicio especial para lo cual le abonaban una pensión o pecunia al propietario del esclavo, por eso, sostienen algunos autores, se les llamaba *Locatio conductio operarum* como una suerte de contrato consensual que tiene lugar cuando una de las partes se obliga a prestar un servicio y la otra a pagarle por éste un precio en dinero. (Machicado, 2010, pág. 15).

1.3 Marco Filosófico

Como cualquier otro logro del devenir jurídico nacional, el asunto que es materia de esta tesis revela en sus perfiles las cuestiones filosóficas que la hacen posible. Por ello, el empeño de pretender justificarlo metafísicamente es mucho menos urgente que el defender y cumplir con eficacia y responsabilidad los propios derechos del trabajador ante un intempestivo despido arbitrario.

Artículo 53° del Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N° 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) D.S. N° 003-97- acota lo siguiente: 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.

El propio reglamento en su artículo 75° prescribe lo siguiente: Podrán celebrar contratos de trabajo sujetos a modalidad, las empresas o entidades privadas, así como las empresas del Estado, Instituciones Públicas, cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada observando en este último caso las condiciones o limitaciones que por disposiciones

específicas se establezcan.

Todo ello en rigurosas concordancias con “la Constitución Política del Perú: artículos 22° y 27° LPCL: artículos 4°, 54°, 55°, 56°, 77° y 82°”.

Según los sucesivos informes de varios años de vigencia de normas destinadas a regular regímenes de excepción, dirigidas, claro está, a incentivar y promover la integración al mercado de trabajo a flamantes y nuevos trabajadores mediante el reconocimiento a favor de las empresas para que tengan la magnífica oportunidad de poder contratarlos de manera temporal, incluso cuando las labores que tengan que realizar tuviesen carácter permanente y/o parcial; la fijación de la condición respecto de la durabilidad del contrato de trabajo transitó nuevamente a estar regida y regulada en el ordenamiento jurídico del país, como producto de la aprobación y promulgación del Decreto Legislativo N° 728, por la adaptación y aplicación del principio de causalidad de la contratación, de cuyo adecuación y reconocimiento a nivel legislativo lo aborda en la actualidad los artículos 4° y 53° de la Ley de la Productividad y Competitividad Laboral.

De hecho, la aplicación del eficaz principio de causalidad de la contratación no es otra cosa que la manifestación y aplicación de un principio benigno que indudablemente tiene un mayor alcance, como es el de la tan ansiada estabilidad en el empleo. La finalidad última de este principio es garantizar plenamente que el vínculo laboral durará tanto como la fuente que es la que le dio origen, siempre y cuando el trabajador cumpla adecuada y responsablemente con sus obligaciones laborales, claro está.

Pero todo ello se obtiene de dos formas. Por un lado, fijando una clarísima y razonable preferencia por los contratos de trabajo por tiempo

indefinido (que indudablemente da pie a una relación estable o duradera entre las partes) que se superpone a los de duración determinada (que consagra entre ellas una vinculación meramente eventual o transitoria).

Es lo que briosamente se le conoce como estabilidad de entrada. Pero también, del otro lado, precisando reglas claras que defiendan al trabajador frente al despido sin causa. Es lo que también se denomina estabilidad de salida¹. Esto significa darle preferencia a los contratos por tiempo indefinido en los que se cristaliza la estabilidad de entrada” que se instrumenta mediante la adaptación, para la fijación y el vigor de la duración de la relación laboral, de criterios estrictamente objetivos que vinculan y comprometen el tipo contractual a emplear con la naturaleza y el tipo de labores que habrá de desarrollar el trabajador, los mismos que están orillados en el otro margen y en suplencia de la voluntad de las partes contratantes.

De acuerdo a estas pautas, lo que ha de definir la elección por un contrato por tiempo indefinido o de duración determinada no son las predilecciones a que se inclinen las partes, sino la esencia o naturaleza permanente o temporal del trabajo que es objeto mismo de la relación contractual.

Vale decir, que es el tipo de exigencia empresarial a través del cual el contrato habrá de prestar atención. De esta manera entonces podrá alzarse y recurrir a los contratos de duración determinada cuando el trabajo a desenvolver sea de magnitud limitado en el tiempo. En un presupuesto contrario, lo admisible y procedente será celebrar un contrato de trabajo por tiempo indefinido.

¹“Vid. ampliamente, SANGUINETI RAYMOND, W. El derecho de estabilidad en el trabajo en la Constitución peruana, en: J. NEVES MUJICA (Director), Trabajo y Constitución, Cultural Cuzco, Lima, 1989, pp. 90-100”.

Todo ello supone, como resulta evidente, que todos aquellos contratos laborales sujetos por tiempo indefinido se constituyen como la regla, mientras que aquellos contratos de duración determinada serían la excepción, las que resultarían siendo funcionales en tanto la tarea a desplegar así lo justifique. Por esta consideración es que esta denominada regla se le atribuye la precisa calificación de principio de causalidad de la contratación temporal.

Por lo demás, internándonos ya en el plano del concienzudo análisis de la forma como emerge este principio que se encuentra plenamente consagrado dentro de nuestra legislación ordinaria, debe principiarse por señalar que la preferencia o inclinación de nuestro ordenamiento jurídico por los contratos de trabajo por tiempo indefinido se halla expresa y nítidamente acopiada y establecida por medio del artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral con arreglo a través de cual en toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Con toda esta magnífica presunción genera un primer desenlace en el terreno de la integración cuando se produce el silencio de los contratantes: si estas partes contratantes no se han pronunciado expresa y claramente respecto de la duración y vigencia del contrato, la legislación y concretamente la ley presume que la voluntad ha sido la de contratar por tiempo indefinido.

Pero el derecho nos plantea que todo ello no significa que baste cualquier declaración de las partes contratantes sobre la temporalidad del vínculo para demoler la presunción, puesto que el carácter muy excepcional de la contratación por tiempo determinado viene siendo identificado a continuación por el segundo párrafo del mismo artículo en cuestión, cuando se asevera y se establece que el

contrato de trabajo bajo esta modalidad solo podrá celebrarse siempre, sujeto a modalidad, que ha sido la opción o preferencia en el que se ha inclinado el legislador por designar a los contratos temporales², en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece³. Todas estas consideraciones suponen que, para los efectos de eludir la presunción mediante la prueba en sentido contrario de haber celebrado un contrato de duración determinada, no bastará y tampoco es suficiente con expresarlo en esos términos, sino que será preciso y necesario acoplarse a alguno de los supuestos de temporalidad que se encuentran previstos por la ley y cumplir necesariamente con los requisitos establecidos al efecto.

Lo más llamativo en este caso, es que el sentido último de la presunción que se analiza es el de atribuirle al contrato de trabajo el carácter indefinido, a no ser que las partes contratantes recurran válida y eficazmente a cualquiera de las formas de este contrato temporal que se encuentren aceptadas legalmente. Aquellos contratos que no objeten o repliquen a una de estas modalidades adquirirán de esta manera y por disposición del legislador, la condición de contratos sujetos por tiempo indefinido. Los supuestos en que esta presunción es capaz de ejercitar serían los siguientes: a) En el presupuesto de que no exista declaración de voluntad expresa de los contratantes sobre la duración del vínculo

² “Al parecer, esta denominación ha sido adoptada en atención a que para la fijación preventiva de la duración de estos contratos ha de recurrirse a las modalidades del acto jurídico: el plazo y la condición”.

³ “A la luz de esta expresa observación, pierde todo sentido tratar de vincular la indicación del mismo precepto en el sentido de que el contrato de trabajo podrá celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad a un posible retroceso del principio de causalidad. Para ello, evidentemente, sería preciso, de forma adicional, que los casos en que la ley admite la contratación temporal hayan dejado igualmente de responder a dicha exigencia, lo que no sucede, como se podrá constatar a continuación. Por ello, dicha indicación debe entenderse vinculada, si acaso, a la supresión del sistema de autorización administrativa de los contratos temporales, de la que se tratará más adelante”.

laboral; b) En el supuesto de que las partes contratantes no se hayan sometido a algunas de las consideraciones legales de contratación temporal; y c) Es aquel presupuesto en el que las partes contratantes aun acogándose en estos, no necesariamente cumplan con los requisitos exigidos para ese propósito. El principio que subyace de manera latente a toda esta construcción no es, finalmente, otro que el siguiente. A saber: Todos los contratos por tiempo indefinido se presumen, en tanto y en cuanto los de duración determinada habrán de probarse, y además de la manera procedimental claramente establecida por la ley.

La importancia de todo esto es que en concomitancia con las líneas precedentes, los alcances y objetivos dentro de los cuales se encuentra admitida la contratación temporal aparecen claramente delimitados por el artículo objeto de comentario mediante la siguiente indicación: “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.

Pero lo único que la norma sanciona de manera indubitable y taxativa es el requerimiento de causalidad en la contratación temporal, importándose en ese propósito de una cláusula general, capaz de amoldarse fluidamente y con una mayor acomodación a las circunstancias de cada caso específico pueda plantear. La necesidad y la fijación original de esta cláusula especial ha cambiado, empero, a partir de la vigencia de la Ley N° 26513, que dispuso por incorporar a la naciente referencia del mandato sujeto a la temporalidad o accidentalidad de la obra o prestación de servicio a desarrollar, una confusa

referencia directa a las necesidades del mercado y a la mayor producción de la empresa como elementos explicativos adicionales del índole siempre eventual y limitado en el tiempo de los contratos. Ciertamente, habiéndose observado de manera aislada esta mención pudiera acaso inducir a plantear dudas respecto del mantenimiento y sostenimiento de la necesaria exigencia general de causalidad, puesto que ninguna de las aludidas circunstancias es por sí misma determinante y, en todos los casos acusa de la presencia de requerimientos o exigencias meramente transitorios de carácter personal. Así en vez de plagarse, en sentido contrario tanto a las necesidades del mercado como a los incrementos de producción pueden también dar pie a múltiples necesidades permanentes de personal y, en consecuencia, demandar la asistencia perene de trabajadores para su atención y satisfacción. Ocurre que estas alusiones no deben ser arrancadas o descontextualizadas del propio ámbito en el que son elaboradas. En este orden de ideas, lo que precisa e indica con nitidez el artículo 53° no es que los contratos que estén sujetos a modalidad puedan llevarse a cabo cada vez que existan exigencias del mercado o se proyecte una mayor producción y productividad de la empresa, sino que únicamente cuando dichas circunstancias o coyunturas así lo requieran, es decir, cuando la perspicaz atención de estas exigencias precise de la contratación de trabajadores a modo transitorio. De esta manera lo que prescribe la norma legal es referirse a los incrementos en alza constante de la producción y las variaciones o fluctuaciones de la demanda como sucesos que ordinariamente se encuentran en el fundamento de la generación de necesidades temporales de personal, a revestir o cubrir por medio de contratos como los que en este título se regulan, y no como en situaciones excepcionales que resulten idóneas para justificar

en cualquier caso la celebración de estos tipos de contratos.

A resultas y como es lógico y natural suponer, la solución escogida, además de enmarañada, es ineficaz e imperfecto desde el ángulo técnico jurídico, en la medida en que elige por hacer alusión a especiales circunstancias que solo sujeta a ciertas condiciones o consideraciones pueden actuar como criterios justificativos o explicativos de la contratación temporal, pero sin mencionar puntualmente cuáles son tales condiciones. Resulta más enmarañada e imperfecta aún si se tiene en consideración que, luego inmediatamente, la propia norma legal procede después a reconocer de forma independiente estas últimas, al agregar que la contratación temporal igualmente procede: cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar. Como consecuencia, a través de la aplicación de esta modesta fórmula, cuyo tenor literal no ha variado un ápice nada menos y nada más que desde los tiempos de vigencia del Decreto Ley N° 18138 del año de 1970, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no emprende otra cosa que registrar y pormenorizar los dos módulos a través de los que es posible determinar la duración y vigencia del contrato de trabajo (pactar la prestación de un servicio por un plazo determinado o hasta que se cumpla cierta condición; y estipular en detalle la participación en la ejecución de una obra durante el tiempo de vigencia o durabilidad que se invierta en ella) y ponerlos en vinculación con las dos hipótesis en las que es posible atribuir o asignar un alcance limitado en el tiempo a las labores a ejecutar por el trabajador (el carácter temporal o accidental de éstas).

Bajo este plano, en la primera situación, la pauta que determina la

temporalidad no es la naturaleza de las tareas a ejecutar, que pueden ser las ordinarias o normales que desarrolla la empresa, sino el carácter estrictamente coyuntural con que se las requiere.

Sin embargo, en el segundo caso lo decisivo o determinante es, precisamente, su naturaleza no ordinaria (diferente de la actividad que la empresa desarrolla habitualmente para cumplir con su objeto empresarial). De modo que obviamente se tratan de aspectos o planos que no solo no se oponen o que se configuran con independencia de las anteriores, como la norma legal parece dar a entender, sino que encuentran su génesis y entroncamiento en ellas. Vale decir, para que la obra o la prestación de servicio a desplegar a cargo del trabajador tengan necesariamente el carácter temporal o accidental exigido por la norma legal, puesto que deberá estar fundada precisamente en la palmaria existencia de contingencias como la existencia en la demanda de acrecentamiento de la producción o variaciones que pueda sufrir la propia demanda del mercado que naturalmente determinen un incremento pasajero de las necesidades de fuerza de trabajo de la empresa.

Como ya alertamos, la ley amalgama así, de forma por demás innecesaria, tres caras de la misma situación: el de las formas y modalidades de predeterminación de la temporalidad (contrato de obra o contrato de servicio), el de la naturaleza de las necesidades del mercado a satisfacer en estos casos (temporal o accidental) y el de los posibles orígenes fluctuantes de éstas (incrementos de la producción o variaciones de la demanda). Puesta en orden lógico, el proceso sería el siguiente: los contratos de duración determinada podrán celebrarse cuando la prestación de obra o la prestación de servicio al que se vincule el trabajador sea de naturaleza estrictamente temporal o accidental, por

orientarse a la consideración de circunstancias como los necesarios incrementos de la producción o las variaciones de la demanda a los que hace referencia expresamente la norma legal con evidente empeño pedagógico.

Poco antes de finalizar con el comentario analítico de esta norma legal, es pertinente agregar que el requerimiento del elemento de causalidad para el empleo de los contratos de trabajo de duración limitada y que por medio de este contrato se reconoce válidamente no solo se erige sobre una apoyatura legal, sino que encuentra un sólido soporte en el conjunto sistémico y ordenado de derechos consagrados y garantizados por la Constitución Política del país, teniendo, por todo ello, el rango y la fuerza imperativa de constitucional.

Para ser fieles a ese imperativo constitucional es menester subrayar que nuestra actual Constitución Política, en disconformidad con la Constitución Política del año de 1979, no contiene una referencia explícita y diáfana al derecho de estabilidad en el trabajo que sea eficaz e idónea en brindar un directo blindaje al mencionado principio tuitivo. No obstante, a poco de que se repare, modifique o cambie en la estructura de los preceptos constitucionales sobre la materia hoy vigentes, es muy posible encontrar algunos elementos de juicio, en el plano hermenéutico, más que persuasivos para sobreentender, que está comprendida dentro de la norma básica y fundamental de contenido y fuerza constitucional, que es la garantía del principio de estabilidad, no solo en el momento en que se produce la extinción de la relación laboral, sino desde el momento de su constitución. Para demostrar modestamente este aserto basta comprobar a llevar a cabo una lectura integrada de sus artículos 22° y 27°.

Así como de acuerdo a este esquema establecido, está plenamente reconocido que el derecho al trabajo, ungido por el primero de dichos preceptos

legales, ampara y defiende, como se ha encargado de expresar oportunamente la sana y docta doctrina en varias oportunidades, no sólo el legítimo y válido derecho a poder acceder a un puesto de empleo en condiciones de igualdad, sino también a conservarlo mientras no existan circunstancias que obstaculicen o entorpezcan su continuidad⁴. Entonces, “la garantía del derecho al trabajo nos plantea una clara exigencia, que es el de implantar límites, tanto a las formas de declive del vínculo laboral sin justa causa, así como al uso indiscriminado de los contratos de duración determinada.

Vaya por delante mi consideración de que debe tenerse en cuenta el hecho de lo que la Constitución Política de nuestro país le impone al legislador a través del artículo 27° cuando se trata de la obligación de brindarle al trabajador una adecuada defensa o protección frente al despido arbitrario lo cual nos permite colegir que refuerza esta convicción. Como es evidente, la subsistencia o presencia de un régimen de protección contra el despido sin causa, por más estricto que pudiese parecer, no sería capaz suficientemente de garantizar ese objetivo si las partes contractuales tuviesen la alternativa de fijar libremente la duración del contrato de trabajo. En consecuencia, esa protección podría ser rehuida o sorteada por el propio empleador mediante el sencillo y pragmático expediente de concordar con el trabajador uno o varios contratos de duración determinada sucesivos. Entonces la protección y defensa frente al despido arbitrario no sería entonces tal, en razón de que lo que se quiere evitar, limitando ostensiblemente la facultad de despedir sería en todo caso posible accediendo a la contratación temporal. Por consiguiente, no nos

⁴ “Vid. especialmente MARTÍN VALVERDE, A. “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en: Revista de Política Social, N° 137, 1983, pp. 137-139; y SASTRE IBARRECHE, R. El derecho al trabajo, Ed. Trotta, Madrid, 1996, pp. 231-233”.

encontramos ante aspectos o situaciones del régimen jurídico del contrato de trabajo que puedan ser separados o autonómicos, sino enfrente de instituciones jurídicas que han de ir necesaria y obligatoriamente unidas, puesto que la presencia de una sin la otra carece de todo sentido, validez y eficacia. De allí que, una vez superadas los titubeos iniciales, la doctrina sistemáticamente venga inclinándose por entender que la norma constitucional ofrece su amparo a través de los artículos 22° y 27° tanto a la estabilidad de entrada como a la de salida⁵.

1.4 Los fundamentos teóricos

1.4.1 El Contrato de Trabajo

1.4.1.1 En relación al Contrato de Trabajo y al Contrato a Tiempo Parcial

El planteamiento básico de la cuestión respecto de las fuentes más utilizadas del Derecho se pueden encontrar heterogéneos enfoques acerca de la composición del contrato de trabajo y los elementos constitutivos que integran este negocio contractual

Y como no hay en este sentido precisión alguna la ley, concreta y puntualmente en los artículos 4° y 5° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se establece, meridianamente, que: En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, y que los servicios

⁵ “Vid. en este sentido, tempranamente NEVES MUJICA, J. La estabilidad laboral en la Constitución de 1993, en: Lecturas sobre temas constitucionales, N° 11, 1995, p. 48; y, más recientemente, TOYAMA MIYAGUSUKU, J., Derechos fundamentales de los trabajadores y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en: SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2006, p. 184”.

para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa, solo por el trabajador como persona natural (...).

Empero, para nosotros modestamente el contrato de trabajo puede ser entendido como el acto jurídico en virtud del cual una persona denominada trabajador enajena voluntariamente su fuerza y don de trabajo de manera indefinida o a plazo fijo con el objeto de que un tercero denominado empleador se beneficie u obtenga ventajas de sus servicios, los mismos que deberán ser ofrecidos de manera personalísima y sujeto a una subordinación, a cambio del cual recibe una contraprestación cuantitativa que traduce en una justa remuneración y que se encuentra además sometida a definidos parámetros mínimos de índole legal.

A este respecto, si bien es cierto que desde la perspectiva legislativa el contrato de trabajo no tiene una definición exacta o precisa, también ha procurado con mucho empeño la doctrina, así como la jurisprudencia de asumir la responsabilidad de otorgarle precisión y claridad y ambas fuentes del derecho han coadyuvado con incuestionable certeza en darle un marco conceptual el referido contrato, inclusive, en algunas ocasiones, extendiendo sus propias competencias y han sido muy enfáticos y rotundos en delinear sus características, elementos y algunos de los rasgos que lo distinguen.

De igual manera, en estos tiempos que corren y tal como están orientadas las ejecutorías materia del presente comentario, el contrato de trabajo se caracteriza notablemente por su configuración real no así en lo formal, vale decir, este contrato existe y prospera por la forma en que es ejecutada la prestación del servicio, no por lo que se deduzcan o infieran de los documentos que dieron origen a la relación contractual. Y todo ello tiene que ver, como es

lógico y razonable, con el atendible principio de primacía de la realidad, principio que regular y ordinariamente, en apreciación y advertencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo, se desprende en el reconocimiento de un contrato de trabajo precisamente por la valoración real que se consigna en el contrato y no por lo que otros elementos de juicio pudiesen referir de ocasión.

Probado que a nadie parecen importarles los hechos, no debe perderse la perspectiva de que este contrato no es ajeno o diferente al esquema de los elementos que le otorgan plena validez al acto jurídico, las que se encuentran contenidos y estipulados en el artículo 140º del Código Civil, así como todas las demás disposiciones pertinentes contenidas en el Libro II de la aludida norma sustantiva.

Sobre la valorización respecto del asunto de la contratación a tiempo parcial, se ha engendrado la sutil creencia muy generalizada por cierto que el cumplimiento de la jornada superior a las cuatro horas exigibles como requisito mínimo de la normativa laboral para acceder a determinados beneficios, es similar mismo que un contrato de trabajo a tiempo parcial.

Es evidente, como ha de suponerse, que el desarrollo jurisprudencial – al menos en sede del Órgano Jurisdiccional, singularmente el de la Corte Suprema de Justicia de la República- sobre dicho tema ha sido demasiado lacónico y avaro. Muy distinto es el caso del Tribunal Constitucional, importante órgano del Estado que, si se ha pronunciado en reiteradas y oportunas ocasiones sobre esta forma de contratación, empero, sus análisis no se han compadecido con la profundidad y precisión que el caso amerita.

En una sociedad global cuyo funcionamiento es cada vez más complejo

y difícil de comprender es conveniente y oportuno destacar y subrayar la relevancia del contrato a tiempo parcial en nuestro ordenamiento jurídico laboral, puesto que, en esta modalidad contractual, como ya se ha manifestado en líneas precedentes, confluyen varios aspectos: flexibilidad y fluctuación en el trabajo, políticas institucionales de empleo, mecanismos de ajustes idóneos, control de horarios, entre otros asuntos. Pero el aspecto que deseamos poner de relieve es la cabal importancia del contrato a tiempo parcial en la necesaria reducción de la jornada de trabajo.

Es necesario afilar la lógica para tener en cuenta, conforme a la sana y fecunda praxis interpretativa, que ciertamente un contrato de trabajo a tiempo parcial es aquel contrato mediante el cual se presta labores en una jornada menor a las cuatro horas diarias en promedio. Por la lisa y llana razón a que esta interpretación ya se ha generalizado ampliamente, y se proyecta a los propios actuantes laborales (empleadores, trabajadores), como sucede con el propio Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

En lo que se refiere al aspecto de la formalidad de la contratación con jornada a tiempo parcial, el artículo 13º del RLFE” prescribe lo siguiente: el contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito. Dicho contrato será puesto en conocimiento, para su registro ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término de 15 días naturales de su suscripción.

Se requiere perentoriamente que, para darle un uso equitativo, correcto y justo al contrato a tiempo parcial, éste debe estar suscrito obligatoriamente por escrito y presentado a la correspondiente Autoridad Administrativa de Trabajo. No tendrá eficacia y validez, tratándose del caso, de un contrato a tiempo parcial pactado de manera verbal, ni tampoco podrá pretenderse darle viabilidad

ni existencia a un contrato a tiempo parcial cuando se verifica o se constata que el prestador del servicio trabaja menos de cuatro horas diarias en promedio. Todo ello, porque en esos presupuestos no nos encontramos ante la existencia de una modalidad de contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial.

1.4.1.2 Defensa y Protección contra el despido del trabajador

Reproduciendo y sedimentando la protección y defensa contra el despido del trabajador ésta se encuentra regulada en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. A saber: Artículo 22°.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

Ahora bien, la causa justa puede estar vinculada con la capacidad o también con la conducta que despliega el trabajador en su centro de labores.

Será por esto que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, establece con meridiana claridad que: la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, es una disposición constitucional que no hace distinción ni discriminación alguna, y por ende, toda norma legal de carácter infra constitucional como la pergeñada en el artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, resultaría contraria a espíritu del mandato constitucional. Sin embargo, advertimos que la indefensión del trabajador contratado sujeto a tiempo parcial carece de esta protección mínima a la estabilidad laboral, y en consecuencia, su descarte o exclusión al pago de montos indemnizatorios, todo lo cual colisionaría flagrantemente con lo dispuesto por la norma constitucional.

1.4.1.3 La indemnización por despido arbitrario

De allí en más, el trabajador sujeto a un contrato a tiempo parcial carece de derechos a la defensa y protección contra el despido arbitrario del que puede ser víctima, con lo cual a resultas si un empleador toma la decisión de poner fin al vínculo laboral con un trabajador a tiempo parcial éste podrá hacerlo discrecionalmente de manera escrita o verbal, sin reconocérsele al trabajador al pago de una indemnización.

Es menester detallar que los artículos 38º y 76º del “Decreto Supremo Nº 003-97-TR., solo prescribe el derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, solo para aquellos trabajadores que laboran en la jornada ordinaria.

1.5 La formulación de hipótesis

1.5.1 La Hipótesis general

El contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial perjudica y vulnera el derecho de defensa y protección de los trabajadores contra el despido arbitrario del que pueden ser víctimas.

1.5.2 La Hipótesis específica

- a. Los contratos de trabajo sujeto a tiempo parcial, Si perjudica y vulnera directamente el derecho a la defensa y protección contra el despido arbitrario que pueda ocasionalmente sufrir.
- b. Los empleadores, en su condición de tal, Si interpretan y aplican sesgada e indebidamente la normativa existente para su exclusivo y único beneficio.
- c. El vínculo laboral obtenida que emerge del contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial, Si perjudica y contraviene de modo palmario el derecho a la defensa y protección contra el despido arbitrario que pueda sufrir.

1.5.3 Las Variables

La Variable independiente:

X: Las modalidades de contratos de trabajo subordinados al régimen de tiempo parcial.

Los Indicadores:

X1: Pautas y criterios para la adaptación y aplicación de la norma legal vigente y aplicable sobre el régimen de contratación de trabajo sujeto a tiempo parcial.

La Variable dependiente:

Y: Afectación y contravención del derecho de defensa contra el despido arbitrario del trabajador que pueda eventualmente sufrir el trabajador.

Los Indicadores:

Y1: Pautas y métodos instaurados por el Tribunal Constitucional en relación directa a la vulneración del derecho en la defensa y protección contra el despido arbitrario que sufre el trabajador.

Y2: Pautas y criterios instaurados por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de justicia en relación directa a la vulneración y contravención del derecho en la defensa y protección contra el despido arbitrario que sufre el trabajador.

1.6 Precisiones y “Definiciones de Términos

Básicos” El “Contrato de Trabajo”

Es aquel por el cual una persona se obliga a trabajar por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra o a estar simplemente a sus órdenes, recibiendo como compensación una retribución en dinero. (De Ferrari. 1969:73).

El “Contrato a Tiempo Parcial”

No son ajenos a las exigencias de justicia y equidad que delimita el MYPE el Contrato sujeto a Tiempo Parcial como un negocio jurídico de índole laboral que pueden celebrar los propios empleadores a fin de poder contratar a trabajadores. El rasgo básico estriba en la prestación de servicio de una jornada menor al 50% de la jornada máxima legal (menos de 4 horas diarias o en promedio semanal). Como una prestación regular o permanente de servicios, pero con una dedicación sensible inferior a una jornada ordinaria de trabajo... (Toyama Miyagusuku, Jorge. Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral. Gaceta Jurídica. Lima, 2008. Pág. 62).

Esa alteración de la funcionalidad de este contrato, Fernando García lo expresa en los siguientes términos: La idea de un contrato a tiempo parcial consiste en un contrato de trabajo con un pacto de jornada inferior a la que rige para el trabajo a tiempo completo, que pueda ser comparable... (García Granara, Fernando. El contrato a tiempo parcial en el anteproyecto de ley general del trabajo en *Laboren*, SPDTSS, No 3, Lima, 2003, pág. 146).

La Jornada Máxima Legal

Nuestra Constitución Política nos advierte de un llamativo enfoque respecto de la jornada máxima legal prevista en la misma Charta Magna que es imperativa y claramente de ocho (08) horas diarias o de cuarenta y ocho (48) horas semanales. Todo esto se entiende perfectamente como las horas semanales, solo aquellas entendidas en un período de siete (07) días, sin embargo, se puede constituir por Ley, por un Convenio o también por decisión unilateral del empleador, con una jornada menor a la máxima legal.

La Desnaturalización

Ha sido entendido que el contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial se

deforma o altera cuando se comprueba que el propio empleador infringe u olvida la formalidad o en no aceptar la ineludible realidad de que la jornada de trabajo es mayor a cuatro horas diarias o mayor a 24 jornadas semanales.

Ocurre que cuando se produce esta alteración o deformación pues da lugar a que ese raído contrato de trabajo sea tratado y considerado como un habitual contrato de jornada ordinaria.

El Despido

Por cuanto antecede el despido se configura como la determinación de carácter parcial o unilateral que lleva a cabo el empleador para dar por resuelto o extinguido el celebrado contrato de trabajo el que podría ser justificado o explicado (cuando se encuentra alguna causal vinculada estrechamente con la idoneidad, capacidad o la conducta que despliega el trabajador en el centro de labores) o puede ser de pronto por un repentino comportamiento arbitrario de empleador (cuando no existe motivo o razón valedera alguna que justifique el despido), o también nulo (en los eventuales casos y situaciones que la propia ley laboral los toma en cuenta como tales), y el despido denominado indirecto, cuando se consuman actos sistemáticos de hostilización hacia el trabajador.

El Principio de Continuidad

Para entender los principios fundamentales que orienta e ilumina el Derecho de Trabajo es el tan comentado Principio de Continuidad. Este funcional principio para el profesor Plá Rodríguez lo conforma y lo desarrolla en los siguientes términos: La más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos. (Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral, Tomo I, Vol. I, Editorial Acali, Montevideo, 1979, pág. 58).

La Indemnización por Despido

La orientación que orienta a nuestra actual legislación le concede un magnífico y eficaz mecanismo procedimental reparador para que el trabajador cuando se encuentre ante un despido arbitrario, se le otorgue oportuna y eficazmente una indemnización.

Las Formalidades

Ciertamente el contrato sujeto a tiempo parcial debe estar subordinado a la formalidad que prevé la ley, y por consiguiente debe ser llevado a cabo necesariamente por escrito y debe igualmente estar oportuna y debidamente registrado ante la correspondiente Autoridad Administrativa de Trabajo, en el término perentorio de los quince días naturales de su suscripción.

CAPÍTULO II

METODOLOGIA

2.1. Planteamiento de la actividad investigativa

Clase de actividad investigativa

Es relevante, la clase de actividad investigativa a desplegar en razón de que ha sido el resultado de un conocimiento de carácter científico que ha requerido de una exhaustiva revisión de la parte teórica y del estudio riguroso y profundo de la doctrina, logrando para ese fin recoger veraz información partiendo de un análisis de campo, con el propósito de determinar la realidad del planteamiento del problema que se sustenta en posturas teóricas actuales.

Nivel de investigación

Es descriptivo explicativo el nivel de la investigación en razón de que permitirá explicar cada variable propuesta demostrando una relación entre ellas de causa a consecuencia.

Método

Deductivo, en razón de que comenzaré con el planteamiento de posturas teóricas las mismas que serán expuestas y se relacionarán con la naturaleza y esencia del contrato de trabajo.

2.2 Población y Muestra Población

En cuanto a la población se recogerá casuística, así como fallos y sentencias uniformes que tengan vinculación con la temática.

Muestra

Son las sentencias uniformes de nuestros tribunales, esto es, de la Corte Suprema de la República del Perú y sentencias del Tribunal Constitucional.

2.3 Funcionalidad de las “variables”

VARIABLE	Conceptualización de la Variable	Indicador
Variable Independiente: X: Está constituida por “los contratos de trabajo, regulados en un régimen a tiempo parcial”.	Hemos expresado que la nuestra normatividad no ha recogido y menos plasmado una definición completa y restrictiva del contrato de trabajo sujetos a tiempo parcial, sin embargo, esta situación no es óbice para estudiar sus notas distintivas. En ese orden de ideas se procederá a efectuar un estudio de carácter jurídico de dicho contrato, debido a que la falta de una conceptualización restringida impide claridad y precisión de sus notas distintivas y de su naturaleza jurídica.	Jurisprudencias y sus respectivos análisis. Información bibliográfica
Variable dependiente Y: Está constituido por la circunstancia de brindar protección al trabajador de un despido realizado en forma arbitraria.	La ausencia de una delimitación conceptual desde el punto de vista jurídico no ha sido obstáculo para que se emplee este contrato de temporalidad parcial transformando este contrato en el más empleado de nuestro ordenamiento y por eso se requiere que sea regulado y que surta efectos jurídicos eficaces.	Jurisprudencias y sus respectivos análisis. Información bibliográfica

2.4 Técnicas para la recolección de datos. Técnicas

La legislación, jurisprudencia, recopilación de notas y documentos, bibliografía, es decir todas estas técnicas recopilatorias.

En definitiva, se empleará las fichas, análisis exhaustivo de documentos.

Fuentes

Constituyen los textos, manuales, libros, ensayos, tratados, libros, revistas especializadas y páginas webs que cumplen la finalidad de fraguar un acervo a fin de extraer los planteamientos teóricos relevantes.

2.5 Procedimientos para el tratamiento, observación y análisis de los documentos y datos relevantes

A través de los instrumentos que han proporcionado los datos, estos serán procesados con sus consecuentes análisis.

2.6 Aspectos éticos

Se desarrollará un análisis dirigido a profundizar las posturas teóricas, así como la jurisprudencia y la doctrina en lo que abarca al régimen de los contratos de trabajo en la modalidad parcial, teniendo como sustento las resoluciones y fallos uniformes emitidos de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO III

LOS CONTRATOS DE TRABAJO

3.1 Generalidades del contrato de trabajo

El contrato de trabajo se define como un acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador. Necesariamente cabe precisar que el hombre que realiza la fuerza laboral es un ser humano, el que asumirá el compromiso de ofrecer sus servicios de manera personal, percibiendo una remuneración. De otro lado tenemos al empleador que a su vez puede estar constituida por un ser humano y por una empresa la misma que se obliga a prestar una remuneración, esto es, se va a obligar a efectuar prestar una compensación económica. En, ese sentido los efectos de la prestación de los servicios que efectúa o realiza el trabajador le van a pertenecer al empleador. En base al vínculo laboral, es la otra parte, en su condición de patrón asumirá la responsabilidad de los respectivos riesgos que se puedan presentar, gozando de las atribuciones de poder ejercer una fiscalización y sanción a la prestación de los servicios prestados de parte del respectivo trabajador.

En consecuencia, el respectivo contrato constituye un acto jurídico o para decirlo en términos estrictamente jurídicos un negocio jurídico, el mismo que dará origen a una relación laboral o vínculo de carácter laboral, que va a producir derechos y sus consecuentes obligaciones para ambas partes, además de las condiciones en las que se efectuará la relación de carácter vinculante.

De otro lado en materia propiamente laboral la contratación puede ser de carácter indefinida o de otra forma o manera, constituyendo la primera la regla y constituyendo la segunda la respectiva excepción.

En razón de constituir la contratación modal la respectiva excepción se exige que para su uso o aplicación se cumpla una serie de exigencias que la podemos señalar como las siguientes:

- a) Se exige que se efectúe en forma escrita.;
- b) Ante la autoridad de trabajo se debe presentar el contrato.
- c) En el contrato se exige que tiene que haber una causa debidamente especificada y que se clara.
- d) La duración de señalarse expresamente.

Cómo no puede haber un negocio jurídico sin que esté expresamente la causa, porque en sustancia es la que define el mismo en cuanto a su contenido, podemos sostener que, de los requisitos mencionados antes señalados, es en esencia la causal el requisito prioritario, en razón de que no existirá un contrato sin la existencia de la casusa. Entonces en los negocios contractuales de otra manera es la causa constituye sustancial, necesaria y relevante ya que sin este elemento no existiría el contrato de trabajo modales.

Eso está señalado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), que dice:

Los contratos de trabajo [modales] necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral.

Significa que no sólo es necesario:

invocar la causal respectiva de contratación (es el único contrato de trabajo que requiere de una causa de contratación) sino que dicha causa debe realmente haberse configurado para que proceda la contratación temporal. (...) [De este modo,] cabe anotar que, en rigor,

si no se aprecia una causa temporal de contratación, estaremos ante un contrato a plazo indeterminado⁶.

Cabe hacer una precisión en el sentido que en la jurisprudencia se ha planteado la relevancia de la obligación que las partes asumen en un contrato modal. De ese modo (Toyama, 2005) señala que este tipo de contratación procede únicamente cuando su objeto constituye el desarrollo de labores con un alcance limitado en el tiempo, sea por la concurrencia de determinadas circunstancias o por la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar; como resultado de este carácter excepcional, la ley les establece formalidades, requisitos, condiciones, plazos especiales e, incluso, sanciones, cuando, a través de ellos, utilizando la simulación o el fraude, se pretende evadir la contratación por tiempo indeterminado.(p. 108)

3.2 Los contratos de naturaleza parcial

El principio de causalidad está contenido en nuestra legislación vigente, sobre todo en la regulación del contrato temporal, pues únicamente se aplica en contratos en los que se realicen actividades puramente transitorias, en cambio respecto a contratos a plazo determinado se puede advertir una intencionalidad de continuar con la contratación a plazo fijo, encontrándose regulada esta modalidad de negocios jurídicos contractuales ampliamente ya sea de naturaleza de carácter temporal, ello significa que se realicen con carácter transitoria o temporal aquellas actividades que tiene como fin satisfacer a su empleador.

Un sector de la doctrina nacional ha efectuado muchos cuestionamientos, pero también se ha recurrido a realzar interpretaciones con el

6

fin de conciliar los contratos temporales respectivamente con el principio de causalidad, procurando que pueda utilizar los distintos tipos de contratos temporales, de acuerdo al principio de causalidad para la realización de actividades solamente temporales.

Se ha encargado de fijar ciertos límites a la contratación temporal, remarcándonos que” está vigente en nuestro ordenamiento jurídico el principio de causalidad la jurisprudencia sobre todo de nuestro órgano autónomo reconocido en la Constitución, como es el Tribunal Constitucional. Sin embargo, el uso y la aplicación de esta modalidad de contratos ha crecido, sobre todo en los últimos años, proponiendo encontrar algunas respuestas desde la perspectiva económica y su relación con el derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico la legislación laboral respecto a los contratos temporales establece figuras contractuales con características distintas, siendo usadas muchas de ellas como un medio para generar empleo de carácter temporal.

Hay una data estadística que establece que, a nivel de todo el país, el 20,1% tienen contrato de trabajo dentro de alguna de las modalidades a plazo fijo (el 52,8% se concentra en la actividad de servicios), mientras que el 10,3% desarrolla sus labores a través de un contrato indefinido. Ahora bien, si establecemos una comparación respecto al ingreso mensual de los trabajadores a plazo fijo es de S/. 1,060.00, en cambio podemos advertir que los ingresos de los trabajadores a plazo indefinido son de S/. 2,913.00”, entonces podemos sostener que la diferencia se triplica.

De un análisis de la situación fáctica podemos sostener que el uso acentuado de este tipo de trabajo ha generado resultados o consecuencias muy

graves, como son: cambio intempestivo de mano de obra, ausencia de perfeccionamiento laboral, entiéndase capacitación, remuneración mínima, negación contundente a las organizaciones de trabajadores y daños a los regímenes de pensiones, así como regímenes de protección social en salud.

3.3 Los negocios jurídicos contractuales de carácter temporal que se emplea con mayor uso en el mercado laboral

La data obtenida por la autoridad nacional del sector laboral, esto es, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo podemos apreciar que en la provincia de Lima Metropolitana los empleadores aplican más los contratos temporales siendo el más utilizados el contrato por inicio de una nueva actividad, con un 44.2% respecto del total de contratos temporales que hayan sido registrados (artículo 57 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral –LPCL–), el contrato porque lo necesita el mercado con un 19.9% (regulado en el artículo 58 de la LPCL), seguidamente tenemos el de promoción de exportaciones no tradicionales con un 16.3% (regulado por el Decreto Ley N° 22342) y finalmente el contrato para obra determinada o servicio específico con un 13.9% (regulado en el artículo 63 de la LPCL). Cuatro tipos de contratos se concentra cuyo porcentaje asciende al 94,2% de la contratación temporal en Lima Metropolitana.

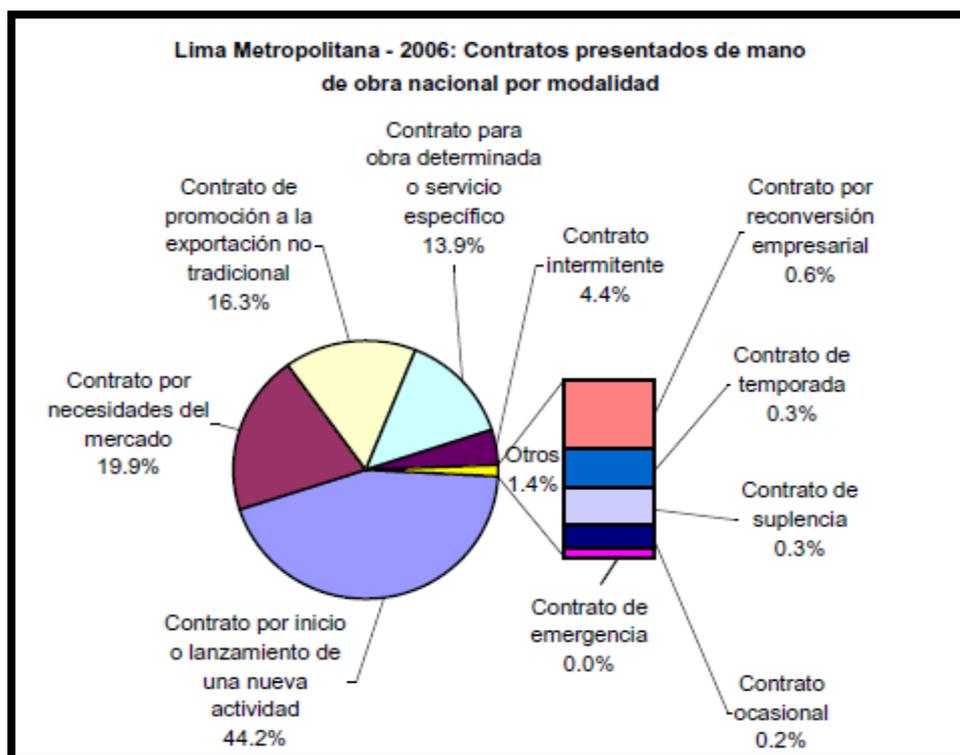


Figura 1.

Es importante referir que los más representativos son los contratos temporales que son los más cuestionados y duramente criticados ya sea por la doctrina por su dudosa naturaleza temporal (Sanguinetti, pág. 34)

Contrato a plazo determinado por inicio de actividad.

El contrato a plazo determinado por inicio de actividad se sustenta en el principio de causalidad, esto es, el objeto de la correspondiente prestación de los servicios que en esencia por su naturaleza son temporales.

En lo que atañe a la normatividad vigente del contrato por inicio de actividad no corresponde a dicho criterio porque comprende otros presupuestos que exceden el del inicio de actividades (tales como el inicio de una nueva actividad empresarial, la apertura de nuevos establecimientos y el incremento de las actividades) y en ese orden de ideas, el plazo de contratación máximo de tres años aparece como excesivo y arbitrario fijado para este tipo de contratos, no

encontrándose sujeto a razones objetivas que permitan establecer un tiempo de duración de la incertidumbre que suele acompañar el inicio de una nueva actividad empresarial⁷. La flexibilidad y los presupuestos que ampara la regulación de este contrato hacen que sea el que más se utiliza entre los contratos a plazo determinado.

Considerando que la mayoría de las nuevas empresas en el país tienen como proyecto de vida entre uno y dos años, en el debate del Anteproyecto de Ley General del Trabajo el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo planteó que se mantuviera este contrato limitando su uso para la contratación de trabajadores por empresas nuevas que inicien sus labores y actividades en el mercado, así como por la circunstancia de abrir el primer establecimiento en una zona diferente en la que se dio inició la actividad empresarial. Es el riesgo empresarial el que constituiría la causa de este tipo de contrato al inicio de las actividades en el nuevo mercado. La propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo reducía el plazo de este tipo de contratación a un año, señalando que, de continuar las actividades empresariales, y superado el riesgo empresarial, el contrato debía continuar considerándose como uno a plazo indeterminado.

3.4 El negocio contractual laboral que promueve la exportación no tradicional

El Contrato de promoción de la exportación no tradicional que se encuentra señalado por el Decreto Ley N° 22342 del año de 1978, a la fecha ha cumplido casi 50 años de vigencia en nuestra legislación. El artículo 32 de esta disposición establece que la contratación dependerá de: (1) un contrato de

⁷ *Ibíd.*, p. 34.

exportación, orden de compra o documentos que la originan y (2) Programa de Producción de Exportación para satisfacer el contrato, orden de compra o documento que origina la exportación. Ello quiere decir que las empresas en el número que necesiten podrán contratar personal eventual y que los contratos se suscribirán para una obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes, pudiendo realizarse cuantas veces lo necesiten entre las partes.

Es relevante sostener que los contratos temporales que se hayan suscrito bajo esa norma, esto es, regulados por el del Decreto Ley N° 18138 y ahora por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral-LPCL, no se encuentran vinculados por el principio de causalidad. Así ha sido sostenido por varios estudiosos en el sentido de que este tipo de contratos responden más bien a las necesidades de carácter permanente de una empresa que a las necesidades temporales justificando la fragmentación del proceso de producción, avalando la contratación de trabajadores de carácter temporal atendiendo a la cantidad de contratos de exportación que tuviera la empresa con sus clientes. Así de esa manera si un trabajador que desarrolló servicios para un lote de producción no tendrá ninguna garantía de ser contratado nuevamente para el siguiente, inclusive cuando se trate del mismo cliente de la empresa exportadora. (Arce, pag. 128)

La naturaleza jurídica de esta modalidad de contratos temporales permite explicar por sí solo su uso de modo intensivo.

3.5 Negocio contractual laboral para una obra determinada o para un servicio específico.

Los estudios teóricos afirman que la forma de regular esta modalidad de contrato deja un amplio espectro para su utilización de carácter arbitraria y absolutamente negada al principio de causalidad. La doctrina cuestiona que estos contratos tal cual, han sido normados a través del artículo 63 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en cuanto que de forma manifiesta se pone en duda y se cuestiona la vigencia del principio de causalidad. Una definición muy vaga que fija la Ley de Productividad y Competitividad Laboral de esta modalidad de contrato es lo que ha contribuido, si es que no manifestamos, que es lo que ha motivado, su uso preferente para la tercerización y la intermediación laboral para actividades especializadas y complementarias.

Así de esta manera, queda sujeta a la duración de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio a favor de la principal la duración del contrato de trabajo. Eso quiere decir que la temporalidad del contrato estará definida por la temporalidad del contrato de la obra encargada y no tanto por la naturaleza de las labores que desarrolla la tercerizadora o de intermediación, cuya actividad empresarial es de carácter permanente, sino, que el contrato quedará resuelto sin que nada garantice la posterior contratación del trabajador en el caso que se requiera una nueva obra o un nuevo servicio aun con la misma principal. Al trabajador se traslada el riesgo de la actividad, promoviendo un terreno fecundo para la rotación de personal y puede ser fraccionada la actividad permanente de la empresa en función a los contratos que esta celebre con las principales⁸.

⁸ Similares problemas han generado este tipo de contrato en la legislación española. "Sin embargo, con este criterio se desvirtúa la causalidad de esta modalidad contractual que se condiciona a un negocio externo a la relación laboral pactada. Aun cuando los trabajos, tareas o prestaciones sean las normales en la actividad- así, la prestación de servicios a terceros es la actividad normal de las denominadas empresas de servicios (por ejemplo, empresas de limpieza, de seguridad, de mantenimiento de edificios, etc.) se admite la posibilidad de celebrar un contrato para obra o servicio determinado, de tal manera que las empresas que se dedican de forma permanente a la prestación de servicios para otras pueden contar con una plantilla exclusivamente de trabajadores temporales. A nuestro juicio, si una empresa tiene como

3.6 Nuestro país y el empleo parcial

La doctrina ha denominado como el fomento del empleo temporal, a través del uso de contratos temporales desvirtuados, al uso intensivo de los tres tipos de contratos analizados en el punto anterior, o lo que la doctrina española ha denominado como contratación temporal coyuntural. Esta contratación temporal coyuntural constituye un instrumento válido de fomento del empleo de carácter temporal, en razón de incluir una excepción a la vigencia del principio de causalidad (lo significa que está permitido por la legislación el uso de contratos de modalidad temporal para aquellas actividades de carácter permanente) principio que debe justificarse por la respectiva satisfacción de intereses de la misma o de la mayor jerarquía que sobre todo de aquellos que se van a ver afectados con su uso como una decisión de carácter política de fomento del empleo.

En razón de constituir una política orientada a desequilibrar la estabilidad en el empleo (sobre todo porque forma parte constitutiva del contenido esencial del derecho fundamental y constitucional al trabajo, el mismo que está reconocido constitucionalmente), así como la potestad de ejercer otros derechos constitucionales relacionados a ese derecho, su uso deberá estar sujeta a parámetros orientados a ser una política temporal (esto quiere decir que su aplicación ya sea en el tiempo debe estar sometida a una evaluación de la medida de fomento, comprendiendo los necesarios correctivas, de cambiarse en una política de carácter permanente la que constituiría en desproporcionada y

actividad normal la prestación de servicios a terceros, el riesgo empresarial que corre derivado de la pérdida de la concesión o contrata debería ser paliado a través de los mismos mecanismos jurídicos de que gozan todas las empresas que por una u otra razón se ven obligadas a disminuir su personal y no concediéndoles el privilegio de concertar contratos para obra o servicio determinado que no responden a la finalidad para la que esta modalidad contractual ha sido creada”.

discriminatoria), debe estar orientada al logro de fines u objetivos relevantes constitucionalmente (centralizada en el fomento del empleo de aquellos trabajadores que se hayan con obstáculos complejos para insertarse en el mercado de trabajo, como por ejemplo promover el empleo de personas con discapacidad, con periodos de desempleo, entre otros criterios objetivos) y todo ello debe responder a un debate previo de los actores sociales involucrados. Es absolutamente ejemplar lo que ha sucedido con España y su ley laboral; así en la en los inicios de la década de los ochenta la contratación temporal fue usada como un instrumento de la política de fomento del empleo, siendo una política temporal destinada a promover el acceso al empleo de los trabajadores que mostraban mayores complicaciones para insertarse en el mercado de trabajo; posteriormente y con el propósito de mantener un equilibrio entre lo individual y lo colectivo, el control del uso de este tipo de contratos y en otros casos la complementariedad de la regulación de estos fue encargada a los sujetos colectivos a través de la negociación colectiva, equilibrio natural en un escenario de flexibilización.⁹

Es preciso señalar y “relievar que en esta experiencia específica los actores sociales (representantes de trabajadores y empleadores) jugaban un rol predominante ya sea en la determinación de los objetivos de la política que el Estado asumiría, asumiendo los cambios normativos y dándole al proceso de un control minucioso de la legislación. Casi poco más de una década después,

⁹ “Van a surgir así dos tipos de contratos temporales: los estructurales, que responden al principio de causalidad, y los coyunturales, que para solucionar situaciones económicas que se reputan pasajeras, permiten la contratación temporal en relación con determinados trabajadores independientemente de la naturaleza, temporal o permanente, del trabajo a desempeñar. El aumento del empleo trata de buscarse abriendo una vía ‘coyuntural’ que permite la contratación temporal de determinados trabajadores, pero sin que se flexibilicen las posibilidades de contratación temporal estructural directamente. Se trata de ‘dos sistemas paralelos, contradictorios entre sí’, pero que se han mantenido para jugar con uno u otro según la situación cambiante del empleo”.

el camino que se había adoptado en los años 80 tuvo que ser modificado partiendo de una nueva definición de las reglas de la contratación temporal, establecida por los actores sociales luego de verificar que las políticas de contratación temporal para fomentar el empleo, en principio sostenidas como coyunturales, por su aplicación constante a lo largo de los años se habían modificados en medidas estructurales, provocando un serie de perjuicios por todos conocidos en la mano de obra (diferencias en el nivel de protección de los trabajadores, distintos y desiguales salarios, calificación escasa y capacitación de carácter temporal de los trabajadores, entre otros) Así, de esta circunstancia, los actores sociales creyeron conveniente restablecer el principio de causalidad (relacionando el uso de contratos temporales con la satisfacción de necesidades empresariales de naturaleza temporal) y , así promover la contratación a plazo indefinido mediante una variedad de incentivos para la suscripción de este tipo de contratos.

En consecuencia, la ejecución de la política de fomento del empleo temporal en la experiencia peruana contrasta con la experiencia anterior en razón ha estado despojada de criterios mínimos de razonabilidad: el uso de contratos temporales lleva aproximadamente más de dos décadas, desde la reforma laboral que se efectuó desde inicios de la década de los años 90 (en el caso del empleo y uso intensivo del contrato temporal de promoción de la exportación no tradicional sucede que su vigencia se remonta a la finales de la década de los años 70) esta no ha sido aplicada para promover el ingreso al mercado de trabajo de determinados grupos de trabajadores que constituyen los menos favorecidos, sino que constituye una medida que tiene un alcance general y ha dado lugar serias dificultades, en relación a los pocos beneficios en la generación de empleo, en

el ejercicio de otros derechos de los trabajadores, como veremos más adelante (negociación colectiva, remuneración digna y suficiente, estabilidad en el empleo como parte del derecho al trabajo).

3.6.1 La definición legal en sentido negativo: El contrato a tiempo parcial.

Si los artículos del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral son de carácter ambiguos para definir el contrato a tiempo parcial, eso significa que la única referencia que nos es útil es el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Como sabemos, el último párrafo del artículo 4 señala muy tímidamente que también puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Se pretende en el artículo 4° reconocer tanto al trabajador como al empresario la posibilidad de celebrar contratos con jornadas reducidas, siempre que se realice por escrito. Podemos apreciar y advertir que la única razón de existencia de este artículo es que el contrato a tiempo parcial revista forma escrita, en la medida que el principio general de contratación civil hubiera sido suficiente para fundamentar la firma de un contrato con jornada reducida.

Ello quiere decir que en toda la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no se hace mención ni se señala al contrato en régimen de tiempo parcial, se entiende que su definición engloba a cualquier contrato de trabajo con jornada reducida. La pregunta que planteamos es: ¿Reducida respecto de qué? Reducida respecto de un contrato que tiene una jornada completa¹⁰. Debido al conciso,

¹⁰ “Esta también es la posición que adopta García Granara: “lo que origina la existencia de un modelo abierto de contratación en el que se distinguen dos tipos de contratos a tiempo parcial: aquellos con jornada inferior a cuatro horas para los cuales existen normas de restricción a determinados beneficios laborales y aquellos con una jornada superior a cuatro horas, pero inferior a la que se realiza a tiempo completo” (Fernando García Granara, op. cit., p. 154). Ver, en el mismo sentido, Jorge TOYAMA MIYAGUSUKU, Instituciones del Derecho Laboral, Gaceta Jurídica, 2004, p. 101”.

breve y escueto legal, la definición del contrato a tiempo parcial se va a elaborar por oposición a la definición del contrato a tiempo completo. Ello quiere decir, que si el número de horas que se trabaja en una empresa por todos los trabajadores es 8 horas diarias (tiempo completo), un contrato de 7 horas 45 minutos ya supone un contrato con jornada reducida (contrato a tiempo parcial). O, si todos los trabajadores de una empresa trabajan 40 horas semanales, un contrato de 30 horas semanales ya supone un contrato a tiempo parcial.

Consideramos que no puede existir distinta lectura posible “del artículo 4 porque la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es extremadamente amplia. En todo caso, si la Ley de Productividad y Competitividad Laboral hubiera señalado que el contrato a tiempo parcial sea sólo el contrato de trabajo con una jornada inferior a 4 horas diarias en promedio, entonces ese contenido estaría señalado de manera expresa y contundente.

No es extraña en el derecho comparado la “definición de contrato a tiempo parcial en relación a una mirada negativa del contrato a tiempo completo. Así podemos decir que, en España, el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores elabora una definición del contrato a tiempo parcial como el que haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo respecto a un trabajador a tiempo completo comparable. Quiere significar que la disminución de la jornada en relación al concepto de tiempo completo para que se pueda de esa forma configurar un contrato a tiempo parcial.

Es importante resaltar lo “dispuesto en el Convenio 175 de la OIT de 1994, artículo 1”. que el Perú no lo ha referente al trabajo a tiempo parcial, que asume el mismo sustento de la definición. Conforme dicha normatividad, se lee lo

siguiente: trabajador a tiempo parcial designa a todo trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable. La Recomendación 182 de la OIT de 1994, lo efectúa en los mismos términos. Quiere decir que “trabajador a tiempo parcial es aquél que tiene una jornada inferior, cualquiera sea su cuantía, en relación de un trabajador a tiempo completo.

3.6.2 La definición de la contratación a tiempo parcial

Hemos sostenido que la Ley de Productividad y Competitividad laboral no regula la definición de contrato a tiempo parcial, todo eso no releva que no permita realizar un análisis respecto a sus características. Analizaremos pormenorizadamente un análisis de la definición jurídica del contrato a tiempo parcial, debido a que la ausencia de regulación legal, hace que sea considerado un tema confuso y como dicen algunos estudiosos se convierte un tema en terreno movedizo.

La disminución de la jornada que se presenta en un contrato a tiempo completo.

Entonces podemos sostener que el primer elemento del contrato a tiempo parcial lo constituye la existencia de una jornada reducida. Se refiere a un contrato a tiempo completo de una jornada reducida. De allí que el problema principal que se debe ponderar en este aspecto será el de establecer ¿cuál es la jornada de trabajo del contrato a tiempo completo? Establecido que Ley de Productividad y Competitividad Laboral no señala nada al respecto, el universo de posibilidades es inmenso. Por dar sólo algunos ejemplos.

a) El tiempo completo puede venir indicado por la jornada máxima legal (8 horas diarias y 48 semanales).

b) El tiempo completo puede tomar la forma de la jornada ordinaria en el centro de trabajo. Si en una empresa todos los trabajadores laboran 6 horas diarias porque así lo ha dispuesto el empresario en una norma de contenido general, un pacto individual que fije en 4 horas la jornada diaria supone un contrato a tiempo parcial.

c) Por último, puede suceder que el tiempo completo sea el que cumple el trabajador o los trabajadores que realizan una labor similar. Esto es, la comparación para determinar si una jornada es reducida o no, debe hacerse respecto del conjunto de trabajadores que pertenezcan a una misma especialidad (secretarias, choferes, etc.). Así, si las secretarias de una oficina cumplen jornadas de 5 horas diarias (tiempo completo), entonces la secretaria que cumpla 3 será de tiempo parcial.

Podemos advertir que Ley de Productividad y Competitividad Laboral nos plantea un gran problema de determinación que implicará que debe ser subsanado en el futuro. Consideramos que la opción más razonable para nuestro ordenamiento puede constituir la segunda, puesto que en todo centro de trabajo siempre habrá una jornada habitual u ordinaria que se aplica a la generalidad de trabajadores¹¹. Establecemos este aspecto de generalidad en razón que el modelo productivo en nuestro país es de manera predominante taylorista. Es decir, hay una mayor tendencia en la empresa hacia la homogeneización de las condiciones laborales en nuestro país.

De otro lado, algunas veces la jornada habitual podrá coincidir con

¹¹ “La jornada ordinaria que habitualmente debe entenderse como jornada de un trabajador a tiempo completo “es la que se establece con carácter general en el marco territorial y sectorial en el que el trabajador va a prestar sus servicios; es decir, la que, con carácter general, y al margen de situaciones personales, se establece para la generalidad de los trabajadores de ese ámbito”.

la jornada máxima legal de 8 horas diarias y 48 semanales, pero no es así siempre. El empleador, ya unilateralmente, ya en acuerdo con sus trabajadores, podrá imponer una jornada inferior a la máxima en función de sus necesidades empresariales. Significando que, si la jornada máxima es sólo una probabilidad, mejor será determinar el tiempo completo teniendo en cuenta lo que suceda realmente y con carácter general en la empresa (jornada ordinaria o habitual).

Podemos apreciar de otra manera que, para que el tiempo completo sea el que cumple el trabajador que realiza una labor similar, tendría que haber una disposición expresa de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en este sentido. Soy de la consideración que para no tomar como tiempo completo la jornada ordinaria del centro de trabajo, aplicable por lo demás a todos los trabajadores del ámbito, y centrarse en otras jornadas especiales, tendría que haber una regulación precisa y específica. Y como ya hemos expresado, en el país las jornadas de trabajo usualmente son impuestas con carácter general a todos los trabajadores.

El Módulo y periodo de referencia a efectos comparativos.

Una vez que hallamos la jornada a tiempo completo que servirá de referencia para determinar el contrato a tiempo parcial, nos planteamos una pregunta nueva: ¿cómo determinar el módulo y el periodo de referencia temporal que servirá de comparación entre las jornadas? Significa que, todo dependerá de los términos temporales en los que calcule el contrato a tiempo completo, para luego deducir la jornada reducida.

Vamos a detallar; por módulo temporal se ha de entender el elemento de cálculo que me permite homogeneizar ambas jornadas para compararlas.

De un lado, la conversión se puede llevar a horas en el marco de un periodo de referencia (diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.) y, de otro, la conversión se puede llevar a días en el marco de un periodo de referencia mayor (semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.).

Fíjese que para realizar la comparación es imprescindible convertir ambas jornadas al mismo módulo temporal.

Por periodo de referencia se ha de entender la extensión de tiempo donde, tras convertir la jornada en horas o días, efectúo la comparación entre ambas jornadas. En este sentido como la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no dice absolutamente nada al respecto, los periodos de referencia pueden ser infinitos. Quiere significar que la comparación entre jornadas puede realizarse en distintas extensiones de tiempo (diario, semanal, quincenal, mensual, trimestral, semestral, anual, de año y medio, etc.).

Advertimos entonces la ausencia de regulación de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y en consecuencia las modalidades de contratos a tiempo parciales pueden ser infinitas. Desarrollamos algunos ejemplos.

a) Queda claro que si la jornada ordinaria equivale a 8 horas diarias (tiempo completo), la jornada a tiempo parcial será una de 2, 3, 6 ó 7 horas diarias.

b) Sin embargo, ¿qué pasa si cambio el módulo de comparación de horas en el día por el de días en la semana? Si la jornada ordinaria semanal equivale a 5 días de trabajo a la semana por 8 horas diarias, ello significa que, quien trabaja 8 horas diarias durante 3 días en consecuencia también sería un

trabajar a tiempo parcial. Adviértase que lo que ha cambiado es el módulo de comparación, de horas a días, sin embargo, seguimos refiriéndonos a contrato a tiempo parcial. En estos casos, estaremos ante un contrato de ejecución intermitente (sólo unos días a la semana).

c) A su vez, podría mantener el módulo de comparación por horas, pero en un periodo de referencia semanal o mensual. Esto es, podría darse el caso que la jornada a tiempo completo semanal sea de 40 horas (5 días a la semana por 8 horas diarias) o de 120 horas mensuales. Fíjese que, a diferencia del primer ejemplo, no se cambia el módulo de comparación (sigue siendo horas), sino se cambia el periodo de referencia (del diario se pasa al semanal o al mensual). Ahora bien, si un trabajador es contratado para que cumpla una labor de 30 horas semanales o de 90 mensuales, entonces también será un trabajador a tiempo parcial ya que su jornada será inferior al tiempo completo comparable.

d) El periodo de referencia también puede exceder el año de trabajo. Y realizarse la comparación o por horas o por días. Así, por ejemplo, que el cálculo del tiempo completo lo hago tomando como referencia 14 meses. En esos 14 meses determino que el tiempo completo asciende a 2000 horas y a 320 días de trabajo efectivo. Cualquier contrato que se pacte por debajo de estos números ya será un contrato a tiempo parcial. Así lo será el de 1800 horas en 14 meses o el de 300 días de trabajo en 14 meses.

e) Por último, es posible combinar distintos periodos de referencia temporal. Es decir, puede ello significar el caso que en el primer mes se trabajen los lunes, miércoles y viernes a jornada completa, y se trabajen los martes y jueves en jornada reducida; mientras que, en el segundo mes, se trabajen los lunes

y martes a jornada completa, los miércoles se descansa y los jueves y viernes se trabaje a jornada reducida, etc. En este caso, el módulo de referencia siempre será el de hora, pudiéndose determinar la existencia de un contrato a tiempo parcial tanto en el periodo semanal como en el mensual.

Tal como lo estamos apreciando, dependiendo del módulo de comparación (horas o días) y del periodo de referencia (diario, semanal, quincenal, mensual, tres meses, cuatro meses, anual, de año y medio, etc.), se podría llegar a diferentes posibilidades de comparación entre jornada a tiempo completo y su correspondiente jornada a tiempo parcial. Esto no hace otra cosa que multiplicar a la n potencia las posibilidades de firmar contratos a tiempo parcial. Considero que esta situación de caos necesita un orden que minimice la infinidad de casos de contratos a tiempo parcial, debiendo ser la Ley de Productividad y Competitividad Laboral la normatividad que debe definir taxativamente el módulo o módulos de comparación legal y los respectivos periodos de referencia temporales.

Si es que no se presenta ello y la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no regule de manera expresa y precisa el contrato a tiempo parcial, pues este carecerá de sustancia propia y continuará en cuanto a su definición dependiente de la definición de contrato a tiempo completo.

La Reducción de la remuneración

Atendiendo a la reducción de la jornada debe concurrir la respectiva disminución de la remuneración. Ello significa en términos normales que un trabajador contratado por jornada reducida definitivamente percibirá menos que un trabajador que cumple una jornada completa.

Entonces esta característica del contrato a tiempo parcial nos va a

ayudar a establecer la diferencia del verdadero contrato a tiempo parcial del contrato a tiempo completo con jornada reducida¹². Un primer ejemplo es el referido a la reducción de jornada para el caso de licencias sindicales. Ya que trabajen menos horas al día o ya que trabajen menos días al año. ¿Estaríamos frente a un caso de contratación a tiempo parcial? Es cierto que la jornada de trabajo es inferior si la comparamos con la jornada ordinaria del centro, pero el representante sindical sigue manteniendo su misma remuneración. Parece que en este caso no se puede incluir al representante sindical dentro del concepto de contrato a tiempo parcial. En otro caso se puede presentar que podría ser la reducción de una hora en la jornada de trabajo para las madres que den de lactar a sus hijos. En este caso la imposición legal de reducción de jornada que no se acompaña de la correspondiente reducción de la remuneración. Por ese motivo, el contrato de la madre trabajadora seguiría siendo uno de tiempo completo. Concluimos que el caso más difícil se presenta cuando la reducción de la jornada de trabajo viene impuesta por la voluntad de las partes. Quiere señalar otro contrato reduce la jornada del trabajador individualmente. Expreso en este caso que todo dependerá de si dicha reducción viene acompañada de una reducción de remuneración o no. Si las partes acuerdan una disminución de remuneraciones proporcional a la reducción del tiempo de trabajo efectivo, entonces el contrato se convertiría en uno de tiempo parcial. Sería diferente, si las partes mantienen la cuantía de la remuneración, entonces la voluntad de las partes apunta a mantener la condición de contrato a tiempo completo.¹³ De todas maneras, el empresario no podrá modificar de manera unilateral la remuneración del contrato, ya que ello implica una modificación sustancial de

¹² Pone especial énfasis en este dato, Carmen Ferradans Carames, op. cit, pp. 84 y ss.

¹³ "Carlos Alfonso Mellado, op. cit., p. 37".

condiciones. Y esta medida como ya hemos señalado está prohibida en nuestro ordenamiento.

La Regularidad

Otra característica del contrato a tiempo parcial es que la jornada reducida con la que se realice la comparación debe ser la regular o habitual. Al menos, la jornada reducida debe tener vocación de permanencia¹⁴.

Las suspensiones temporales basadas en una causa legal, que interrumpen la continuidad del contrato de trabajo, no pueden convertir el contrato a tiempo completo en uno de tiempo parcial. Son, pues, casos transitorios que están llamadas a desaparecer en un lapso de tiempo. En consecuencia, luego de su desaparición el contrato de trabajo va a recuperar su desarrollo normal y habitual.

3.7. Los efectos perjudiciales de la política de fomento del empleo parcial.

3.7.1 Efectos y cambios en la regulación

Las modificaciones en la regulación de la contratación temporal efectuados a inicios de la década del noventa, que incluyeron la ampliación de modalidades contractuales y de la duración máxima de las mismas, así como el relajamiento de los trámites administrativos para el uso de contratos temporales, conllevaron un conjunto de efectos negativos en el mercado de trabajo.

Ahora, en este sentido, luego de la reforma laboral se incrementó el empleo, este se dio fundamentalmente bajo modalidades de contratación temporal, tal como se desprende del gráfico N° 2, donde se puede apreciar la marcada tendencia positiva del número de trabajadores con contrato a plazo fijo en empresas de 5 a más ocupados, que contrasta con la evolución negativa

¹⁴ “Ignacio Gonzáles del Rey Rodríguez, El contrato de trabajo a tiempo parcial, Navarra, Aranzadi, 1998, p.84”

de los trabajadores con contrato indefinido.

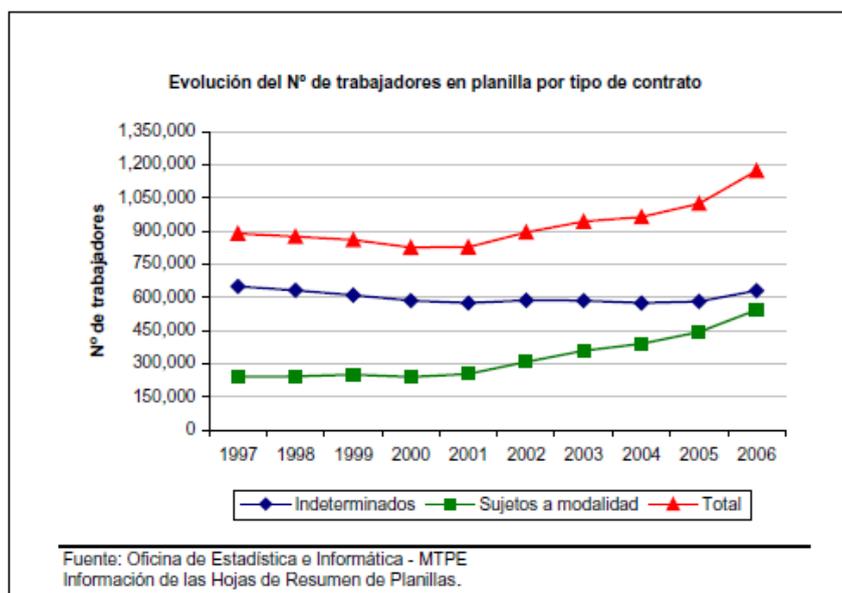


Figura 2. Evolución del N° de trabajadores en planilla por tipo de contrato

Es importante precisar que esta misma tendencia negativa en la trayectoria de la contratación indefinida se dio en Lima Metropolitana, según información de la Encuesta de Niveles de Empleo y la Encuesta Nacional de Hogares, que incluyen a los ocupados en cualquier tamaño de empresa.

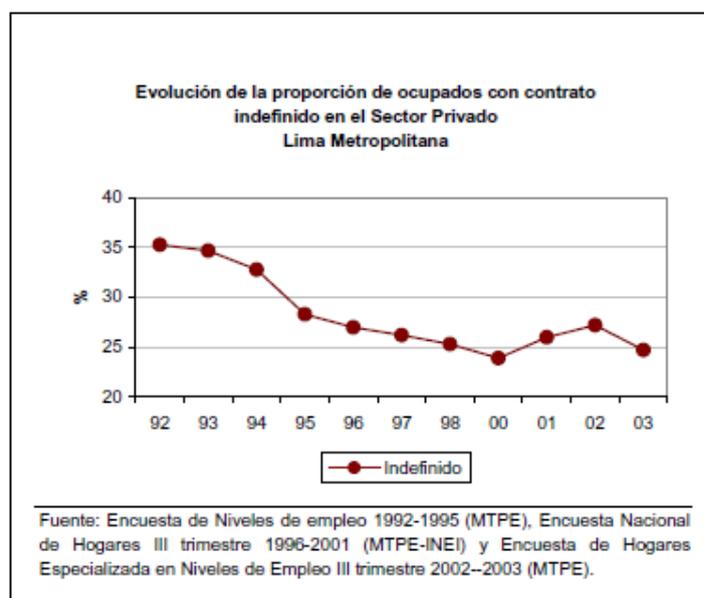


Figura 3. Evolución de la proporción de ocupados con contrato indefinido en el Sector Privado Lima Metropolitana.

Podemos sostener que las apreciaciones son congruentes con el

crecimiento observado en el número de contratos a plazo fijo registrados ante la Autoridad del Trabajo a partir de la década de los años noventa, especialmente para el caso de las modalidades temporales (inicio o lanzamiento de una nueva actividad y por necesidades de mercado), de obra o servicio (obra determinada y servicio específico) y de promoción a la exportación no tradicional.

Cabe señalar que este fenómeno tuvo una correlación negativa con el nivel de calificación de los trabajadores, esto es, la celebración de contratos a plazo fijo se presentó con mayor intensidad y énfasis con los obreros y empleados, manteniéndose de manera constante y persistente para el caso de los ejecutivos, donde prevalece la contratación indefinida.

Se observa importante diferencia de ingresos entre los trabajadores que pertenecen a un mismo grupo ocupacional pero que estos han sido contratados bajo distintas modalidades (indefinido o a plazo fijo), lo cual llevaría a pensar (en un contexto de disminución de los costos de despido y de plazos muy cortos de duración de los contratos) que los empresarios estarían usando la contratación temporal como un medio para incrementar su poder de negociación con el trabajador, al momento de renovar los contratos, a fin de: i) pudiendo fijar salarios menores con el objeto de reducir de manera rápida los costos laborales ante variaciones negativas de la demanda o, en caso suceda lo contrario, permanecer estancados los salarios; y/o ii) trasladarle el costo de posibles incrementos en los costos laborales no salariales¹⁵ mediante reducciones en las remuneraciones (considerando que actualmente existen niveles bajos de inflación)¹⁶.

En ese sentido, ante el incremento observado en la contratación temporal, a pesar de la eliminación de la estabilidad laboral absoluta y la reducción de los

¹⁵ "Incluyendo mayores costos de despido".

¹⁶ "Ver: Los costos Laborales en el Perú, 1998".

costos de despido, se podría deducir que las empresas usarían intensivamente esta modalidad como un elemento disuasivo contra la afiliación sindical de los trabajadores, debido a que la prerrogativa de renovación de contratos recae en los empleadores¹⁷. Es decir, en la época de los años noventa se apreció una caída del nivel de sindicación a nivel de todo el país, así como en el número de convenios colectivos registrados, así como en el número de huelgas, pero esa tendencia que fue revirtiéndose de manera ligera en los últimos años.

Podemos decir que observamos que debido al uso intensivo de la contratación temporal es el incremento de la tasa de rotación laboral, es decir, del flujo de entradas y salidas del mercado de trabajo, ello es lo que ha redundado por un lado en una menor duración media del empleo.¹⁸ (traducida en una mayor percepción de inseguridad laboral) y por el otro lado en un nivel muy bajo de capacitación laboral (que redundo en un menor nivel de productividad laboral), sobre todo para el caso de los trabajadores que tienen una menor calificación, ya que dada a la contratación laboral rotativa los plazos en los que la empresa debería recuperar su inversión en capacitación se reducen que la hacen prácticamente inviable¹⁹.

Entonces de esa manera, se observa que la rotación mayor corresponde a los trabajadores que han sido contratados bajo modalidades a plazo fijo y es por ello que las empresas decide u optan por invertir en capacitación solo un 3% de su gasto anual en planillas²⁰.

¹⁷ “Ver: SAAVEDRA. Estabilidad laboral e indemnización: efectos de los costos de despido sobre el funcionamiento del mercado laboral peruano, 2000”.

¹⁸ “Entre 1986 y 2006 la duración media de los empleos privados se redujo de 8 a 4 años en Lima Metropolitana, según datos de la Encuesta de Hogares y la Encuesta Nacional de Hogares”.

¹⁹ “Ver: CHACALTANA y GARCÍA, Reforma laboral, capacitación y productividad: la experiencia peruana, 2001”.

²⁰ “CHACALTANA, Capacitación laboral proporcionada por las empresas: el caso peruano, 2004”.

Finalmente, es importante mencionar que este aspecto de la contratación temporal se ha presentado en el sector de la mediana y gran empresa, donde el 73% de los trabajadores registrados en planilla se encuentran contratados a plazo fijo (más de 2/3), mientras que en el sector de la micro y pequeña empresa lo que prevalece son los trabajadores sin contrato (82%)²¹. De allí que una hipótesis de carácter alternativa para este uso extendido de la contratación temporal en el área formal de la economía, muy a pesar de la eliminación de la estabilidad laboral absoluta y de la reducción de costos de despido para la contratación indefinida, constituiría en una percepción negativa por parte de los empresarios respecto de lo que se puede decir en cuanto a la estabilidad de las reformas laborales realizadas²² o al nivel de reducción de los costos de despido, prefiriendo, de esa forma usar una modalidad que permite eludir el pago de una indemnización por despido arbitrario o posibles incrementos en esta.

Los contratos a tiempo parciales que están excluidos de algunos beneficios laborales.

Después de haber señalado lo anterior, nos queda analizar en qué consiste que se abarate la mano de obra contratada a tiempo parcial. Planteando de distinta manera, ¿qué contratos a tiempo parcial son a los que se les excluye de algunos beneficios laborales? Podemos señalar sobre este aspecto que el artículo 11° del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR, establece que los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de

²¹ ENAHO-INEI, IV trimestre 2006”.

²² Ver: SAAVEDRA, Ídem.

cuatro (4) horas diarias de labor. Por su lado establece el artículo 12° del mismo Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR que se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividido entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.

Continuando con el sentido interpretativo de este trabajo, sólo algunos contratos a tiempo parcial serán los que van a ser excluidos de la percepción de ciertos beneficios laborales: goce de vacaciones, derecho de CTS y protección contra el despido arbitrario. Ello quiere decir que hay una restricción de derechos a los trabajadores por tiempo parcial que puede aceptarse de carácter excepcional y solamente referida a los supuestos señalados en la Tal como hemos sostenido no cabe interpretación extensiva ni integración analógica de supuestos normativos que restringen derechos²³.

Muy bien entonces nos planteamos la siguiente interrogante ¿cuál es el ámbito de aplicación de los artículos 11° y 12° que restringen y limitan el acceso a ciertos beneficios laborales? Decimos entonces, que mientras el artículo 11° usa como parámetro de exclusión el día de trabajo, el siguiente artículo 12° usa semana, no el día de trabajo. Considero entonces que, en ambos artículos, el legislador hace referencia a contratos a tiempo parcial continuados, esto quiere decir, cumplidos durante todos los días laborables. En ese sentido, porque el artículo 12° se refiere solamente a semanas completas de 5 días (para empleados) y de 6 días (para obreros)²⁴. Entonces desde esa óptica, si

²³ “Marcial Rubio Correa, El sistema jurídico, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1991, p. 326. Además, Javier Neves Mujica, Introducción al Derecho Laboral, Lima, Ara editores, 1997, pp. 123 y ss.”

²⁴ “Sería ilógico que a jornadas semanales de 3 o 4 días se les divida entre 5 o 6 días como

efectuamos una interpretación sistemática de ambos artículos, comprendo que el requisito mínimo de 4 horas diarias de labor para poder acceder a todos los beneficios laborales, se exige a los trabajadores a tiempo parcial que realizan su actividad todos los días laborables (ya sean celebrados por tiempo indefinido y a plazo fijo. En ese sentido podemos señalar que, el artículo 11° se aplica a jornadas diarias simétricas (por ejemplo, todos los días se trabaja 3 horas diarias o 6 horas diarias, en tanto que el artículo 12° se aplica a jornadas asimétricas donde algunos días se trabaja más que otros (lunes, miércoles y viernes se trabaja 5 horas diarias y martes y jueves sólo 3).

Lo que podríamos sostener entonces que el legislador no consideró las jornadas no continuadas (aquellas que no se efectúan todos los días), por lo que cabe revertir este olvido a través de los métodos de integración normativa. Ahora bien, nosotros no secundamos esta apreciación, debido a que las normas excepcionales y que limitan derechos no puede aplicarse el método de integración analógica. Aunado a ello que no hay ninguna laguna que colmar, ya que simplemente el legislador lo que quiso es fomentar la contratación a tiempo parcial de los llamados trabajadores continuados. Otra interrogante ¿Y a qué se debe que no se pueda incluir también a los trabajadores con contratos a tiempo parcial no continuados (¿realizados con periodos alternados de trabajo e inactividad? La respuesta directa es, debido a que este tipo de contrato pactado por tiempo indeterminado será regulado por el contrato intermitente o el de temporada (artículos 64° y 67° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR).

Entonces de esta forma, la opción legal tiene coherencia con el modelo

señala el artículo 12, ya que implicaría un atentado contra el principio de igualdad”.

de contratación que está instaurado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR. Ahora bien. Encontramos el único supuesto aparentemente no regulado en los artículos 11° y 12° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS N° 001-96-TR es el del contrato a tiempo parcial no continuado de naturaleza temporal, pero con prestaciones discontinuas en una semana²⁵. Por ejemplo, un contrato de obra o servicio el mismo que se llevará en jornadas de tres días a la semana. Insisto entonces que no estamos ante una laguna, sino de una opción legislativa. Significando entonces que el legislador quiso fomentar la contratación de un tipo específico de contrato a tiempo parcial que coincide con los rasgos de ejecución diaria y de esa manera desalentar la contratación a tiempo parcial temporal de ejecución discontinua.

CAPÍTULO IV

EL DESPIDO ARBITRARIO EN EL TRABAJADOR

4.1 Conjunto y universalidades del despido

Ya es admisible de que existe cierta analogía o similitud entre lo que se denomina el despido (justo) y el llamado despido indirecto. En definitiva el procedimiento que casuísticamente se lleva a cabo tiene ciertos rasgos que las hacen semejantes que respalda y avala, en un Estado Democrático Constitucional de Derecho, el legítimo derecho a la defensa de manera oportuna y válida y que sin haberse observado este procedimiento entonces en la probabilidad de que el despido se justificara, sin embargo sea reconducido a un despido arbitrario o en su defecto el despido indirecto muy probablemente muy bien modelado sea, en última instancia, denegado. Hay que advertir que el despido indirecto es escasamente utilizado o de una aplicación estrictamente muy limitada en razón de que tanto los empleadores como los trabajadores lo toman como parte de sus atribuciones o facultades merced a la tipificación de determinadas conductas que se adecuan como despido indirecto o como también se le conoce en el ámbito laboral, la hostilización laboral y que denota también a la incompreensión o al fundado sobresalto que suscita su aplicación, pero que, no perdamos de vista, en cualesquier sistema lineal de dirección de personal, sin importar su dimensión, debe necesariamente dominar, porque son procedimientos complejos de carácter transversales que subsisten y recaen en cualquier tipo de régimen laboral de orden sectorial, como ocurre con los empleados de la mediana, micro y pequeña empresa, los trabajadores mineros, los trabajadores del hogar, los trabajadores extranjeros y hasta inclusive los trabajadores de construcción civil y todo aquel que aplique el régimen privado,

inclusive el Estado. (Paredes, 2014, pág. 43).

Es palmario que en el sistema legal nacional el despido no deba ser tratado desde el plano de la estrictez de la legislación laboral ordinaria puesto que – y hay que reconocérsele - el Derecho Constitucional y su enorme irradiación ha tenido una notable injerencia e influencia vía interpretación en lo que atañe a su composición y estructura a través de la copiosa jurisprudencia que el trascendente Tribunal Constitucional de la República ha difundido respecto a la figura jurídica de la lesión por parte de los agentes privados y el propio Estado en el derecho al trabajo –derecho básico y fundamental contemplado y estatuido en el artículo 22° de la Constitución²⁶ que tiene como una de sus clarísimas expresiones el derecho a custodiar o conservar el puesto del trabajo²⁷ y la adecuada y fructífera interpretación del artículo 27° de la Constitución Política que dispone la apropiada defensa y protección contra el despido arbitrario²⁸.

Con el pleno convencimiento de la contextualización en que ha desarrollado amplia y detalladamente la figura del despido laboral a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la misma que en el terreno práctico ha instaurado una suerte de sistema normativo equivalente a la defensa que le corresponde a los trabajadores en su condición de tal.

La génesis de esta fase en la defensa constitucional del despido tuvo como punto de partida la STC. Expediente N° 1124-2001-AA/TC del año 2002, ampliamente divulgada y muy conocida como el famoso caso Telefónica, que

²⁶ “Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

²⁷ “Para Javier Neves Mujica el derecho al trabajo abarca, de un lado, el derecho de la persona que no tiene un empleo a obtenerlo y, del otro, el del trabajador que ya lo tiene a conservarlo (Ver. NEVES MUJICA, Javier. “Los conceptos y los efectos de la sentencia del caso Telefónica”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. N° 49, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 45)”.

²⁸ “Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

dicho sea de paso fue objeto de una trascendental y muy comentada resolución aclaratoria. De esta manera, con estas resoluciones, se fue modificando radicalmente todo el sistema de protección de la estabilidad laboral en nuestro país, generando y extendiendo los presupuestos de reposición al centro de labores, concretamente en los supuestos de aquellos despidos sin expresión de causa o también llamados incausados, señalándose con la debida precisión que la protección contra el despido arbitrario que se establece en el artículo 27° de la Constitución Política de la República debe de tenerse en cuenta como un mandato imperativo de carácter constitucional hacia el legislador que no puede ni debe interpretarse como un cometido o encargo totalmente abierto a fin de que habilite al legislador a desarrollar una regulación en el entramado legal y que llegue al inequitativo extremo de vaciar o deformar el contenido y sustancia del núcleo duro del citado texto constitucional. También es cierto que el legislador tiene entre sus prerrogativas la atribución discrecional a la libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha atribución debe estar reglada en su ejercicio respetando de manera escrupulosa, el contenido y sentido fundamental del núcleo duro del derecho constitucional. Una alternativa opcional vía sesgada e ideologizada interpretación solo conduciría a deshargar y deformar el contenido de los sacrosantos derechos constitucionales y transfiguraría a la ley que la admitiera en constitucionalmente inadmisibles²⁹.

De ahí que, la resolución en el caso Telefónica nos plantea un contenido mucho más amplio de la defensa y protección del despido arbitrario que el establecido en el derecho común u ordinario, constriéndose a que el artículo

²⁹ Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/02, P, f. j. 12

27° de la Constitución contiene un mandato imperativo al legislador a fin de que disponga una defensa y protección ante al despido arbitrario que presupone tres aspectos o supuestos que resultan fundamentales: a) objetivamente se trata de un mandato al legislador; b) se instituye y consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; y c) de manera diáfana no determina la forma o modalidad de defensa y protección ante al despido arbitrario, sino que se cobija en la ley. Razón por la cual y en ese sentido, con este fallo se propone que la protección adecuada compromete que esta arista de la ley no debe afectar y mucho menos desafiar el contenido esencial y nuclear del derecho al trabajo, por lo que estimo que no debe considerarse al citado artículo 27° de nuestro texto constitucional como el ofrecimiento, en virtud del cual pueda entenderse que la propia Constitución Política le está brindando una facultad de despido arbitrario hacia el empleador.

Con los riesgos expuestos y con este interesante razonamiento, el Tribunal Constitucional de la República estableció que el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, el mismo que estatuye que ante un despido arbitrario corresponde una indemnización adecuada como única reparación, era antagónico con la Constitución Política porque prácticamente descargaba de contenido el derecho al trabajo que conlleva acceder a un puesto de trabajo, de una parte, y, por otra, el legítimo derecho a no ser víctima de un despido a no ser que exista una causa justa. En relación con otras fuentes del derecho nacional, tenemos la jurisprudencia constitucional que estima que la indemnización no es una vía alternativa, exclusiva y/o excluyente, sino que sería solo una forma o modo de

restitución estrictamente complementaria o sustitutoria, siempre y cuando así libremente lo determinara el trabajador, pero jamás la reparación de un acto ab initio inválido por su carácter inconstitucional”.

En ese sentido, el Tribunal considera que:

“(…) cualquier decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral, solo podría sustentarse en una causa justa establecida por la ley y debidamente comprobada, de lo contrario se configuraría un despido arbitrario”³⁰.

Así, el Tribunal establece que la extinción unilateral de la relación laboral, que se encuentre fundada única y exclusivamente a través de la voluntad del empleador se encuentra afectada de nulidad y, en consecuencia, el despido, por ese carácter, no surtirá efecto legal cuando se produce abiertamente una severa contravención de los derechos fundamentales de la persona. Es en esas dramáticas circunstancias que corresponde la reposición como objetivo eminentemente restitutorio de todo proceso constitucional de tutela de derechos³¹, puesto que se debe restituir o retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado y plagado de inconstitucionalidad.

Específicamente y por consiguiente, la noción o idea básica de despido puede alcanzar un ámbito y un contexto más amplio que el planteado en las normas legales ordinarias, constituyéndose claramente efectos restitutorios frente un despido considerado como manifiestamente violatorio de los derechos fundamentales de la persona; este es el presupuesto fundamental y general de la protección y defensa del despido arbitrario desde la óptica del Derecho Constitucional, aunque también debemos manifestar que existen presupuestos en los que no se produce el efecto restitutorio, los cuales lo explicaremos más adelante

³⁰ “STC EXP. N° 03710-2005-PA/TC”.

³¹ “STC EXP. N° 8086-2005-AA/TC”.

de manera pormenorizada.

4.2 El procedimiento del despido

También establece con inobjetable claridad el artículo 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) que: El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Por eso mientras dure todo el trámite previo relacionado fuertemente al despido por causa vinculada con el desempeño o la conducta del trabajador, el propio empleador puede dispensarlo o exonerarlo de su obligación legal de concurrir al centro de labores, siempre y cuando ello no perjudique o amenace su derecho de defensa y oportunamente se le abone la remuneración debida y los otros derechos y beneficios que pudiera corresponderle de acuerdo a ley. No olvidemos que la exención o dispensa debe constar siempre por escrito (Paredes, 2014, pág. 43).

Para aclarar esto quiere decir que el propio empleador a efectos de punir al trabajador con el despido debe de someterse a los siguientes condicionamientos:

- i) Emplazar debidamente al trabajador
- ii) Respetar con la debida precisión con el plazo mínimo para su descargo
- iii) Remitir con la oportunidad del caso la carta de despido
- iv) Aplicar en todos los casos el principio de inmediatez

Como tuve ocasión de manifestarlo el despido se inicia con la remisión de una carta bien precisa en el que se atribuye los cargos y tiene como fin que el trabajador conozca la magnitud y el grado de la imputación para que de ese modo pueda ejercer válidamente su legítimo derecho de defensa, realizando su informe técnico de descargo en la forma o modalidad que estime lo más conveniente a su derecho. Por lo que el empleador, debe remitir la correspondiente carta de emplazamiento o de imputación de cargos inmediatamente luego de haber conocido la causa justa de despido, con el objetivo de que en un plazo razonable y adecuado el propio trabajador pueda desplegar sus descargos respectivos.

Es indudable poner en relieve el destacado requisito de la presentación de la correspondiente carta de imputación de cargos en las que debe precisarse con escrupuloso detalle los hechos concretos que constituyen la falta. Debe saberse que no se considera exigido o cumplido este requisito si se hace una mención de manera genérica la falta que se le imputa.

Por mucho que se de las circunstancias antes descrito el plazo que media entre la aceptación y comprensión de la falta grave que se le atribuye y la oportuna fecha en que el empleador le cursa la carta de preaviso tiene una estrecha relación directa con la investigación preliminar que el empleador lleve a cabo. En ciertas situaciones la falta que se le atribuye al trabajador explica que el empleador consiga un conjunto ordenado de documentos que fijen ciertamente si el propio trabajador perpetró la falta que se le imputa, con lo cual el plazo para cursar la comunicación antes referida puede ser un tanto mayor, dentro de un marco de plena razonabilidad (Paredes, 2014, pág. 44).

Vaya por delante que a través de los respectivos descargos se admite

legítimamente para que el trabajador pueda ejercer adecuada y oportunamente su derecho de defensa, teniendo que observar puntualmente de un plazo mínimo de seis días para que pueda ejercer su derecho de defensa siempre por escrito de los cargos que directamente se le endilgan, siempre y cuando la causa de despido está relacionada directamente con su conducta o capacidad en el ejercicio de sus funciones, o de treinta días para que palmariamente demuestre su capacidad o enmienda su deficiencia. No obstante, cuando se trata de una flagrante falta grave, no existe la más mínima posibilidad de realizar descargos, pudiendo, en este caso concreto, el empleador remitir directa y oportunamente la carta de despido.

Algo parecido debe decirse mientras se mantenga el trámite previo relacionado al despido por causa vinculada directamente con la conducta desplegada por el trabajador, puesto que el empleador puede dispensar a este último de su imperativa obligación y deber de concurrir al centro de trabajo, siempre y cuando no perjudique o agravie su derecho legítimo de defensa y oportunamente se le abone la debida remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle por mandato inexcusable de la ley.

Es perfectamente admisible que **la exoneración debe constar siempre por escrito**. Después de realizar el descargo o una vez cumplido el plazo de seis días sin que el trabajador haya presentado adecuada y oportunamente el descargo, el empleador, en esta situación, podrá despedir al trabajador, en esta circunstancia deberá comunicarle siempre por escrito el despido, a través de carta en que se puntualice de modo preciso la causa o motivo y la fecha del cese laboral. En lo que atañe al acto administrativo de la notificación que se le debe de cursar directamente al domicilio del trabajador, tendrá que

tener el suficiente valor probatorio cuando esa comunicación se envía a la dirección consignada en la empresa, aunque haya sido modificada o rectificadas o en su defecto los datos registrados allí resulten imprecisos o incompletos, porque tales imprecisiones o actualización de los datos recaen bajo la única responsabilidad del propio trabajador, pues no le corresponde asumirlo el empleador.

Este procedimiento se basa en la observancia a ciertas formalidades puesto que el despido se realiza mediante la remisión de una simple carta al trabajador; siendo la carta por conducto notarial solo obligatoria en el supuesto de que el trabajador se negara abiertamente a recibir la carta simple. En defecto que pueda tramitarse la carta notarial, la comunicación, siempre por escrito, se realiza a través del juez de paz o de la policía.

Por lo demás el propio empleador no podrá alegar posteriormente causa distinta de la imputada directa y claramente en la carta de despido. No obstante, si después de iniciado el trámite regular previo al despido asume conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurrió eventualmente el trabajador y que no fue materia de imputación que se le atribuye, podrá el empleador reiniciar el trámite invocando textual y escrituralmente la nueva falta.

El sometimiento a la ley es un imperativo constitucional, para efectos del despido de un trabajador, el empleador debe tener siempre presente que el procedimiento formal de despido por causa justa, según lo establece el último párrafo del artículo 31° de la LPCL, se conduce por el principio de inmediatez, el mismo que constituye un cerco o límite sustancial al ejercicio regular del poder disciplinario. Su plena observancia es de carácter obligatoria tanto al empezar un procedimiento de investigación convenientemente

presentado ante la comisión de una falta laboral, como al comunicar la sanción aplicable al propio trabajador.

La formalidad legal nos plantea que el procedimiento previo de la investigación de la falta grave debe originarse apenas el empleador debidamente tome conocimiento de conducta; y después de comprobada fehacientemente de la comisión de la falta grave cometida se procederá a la comunicación perentoria e inmediata de la sanción correspondiente.

A este progresivo orden de ideas, se entiende que surge una conmutación o condonación de la falta perpetrada por el trabajador y, por consiguiente, una decisión tácita del empleador de mantener inalterable y vigente el vínculo laboral, si entre la fecha de haberse cometido la comisión de la presunta falta grave y la de despido transcurre un periodo razonablemente prolongado.

Ante los riesgos expuestos, sin embargo, en nuestra propia legislación lamentablemente no existen plazos expresos de prescripción extintiva para que el empleador sancione con precisión despido una falta grave, para la fijación del plazo razonable de despido el principio de inmediatez en un procedimiento debe aplicarse conjunta y adecuadamente con el principio de razonabilidad. Este último principio actúa como un límite o dique formal y flexible, aplicable en aquellas áreas o situaciones del comportamiento en las que la norma legal no puede prescribir límites rígidos o útiles ni en un sentido ni en otro, y sobre todo en las que la norma legal, como ocurre en este caso, se ve imposibilitada de prever la infinidad y variabilidad de circunstancias posibles que pueden presentarse en la realidad siempre sujeta a contingencias.

La ley prevé que con el empleo del principio de razonabilidad se garantiza y avala una adecuada racionalidad siempre de carácter temporal dentro del

procedimiento formal de despido, teniendo en cuenta que el plazo razonable exigido siempre se da en una relación directa con la investigación preliminar que el empleador desarrolla meticulosamente cuando toma conocimiento de la falta grave cometida. Vale decir, el juez debe valorar con criterio equitativo cuál fue realmente la conducta desplegada por el empleador durante el periodo o espacio de investigación preliminar luego de tomar conocimiento de la falta. Pues, existirá una evidente vulneración o afectación al principio de inmediatez si entre la fecha de terminación de la investigación preliminar y la fecha de imputación de los cargos transcurre inmotivadamente un tiempo prolongado que resulte irrazonable en perspectiva de los hechos acaecidos.

Mientras tanto la conducta del empleador reflejaría de esta manera que se ha condonado o conmutado la falta cometida, manteniéndose, por consiguiente, vigente el vínculo laboral. Las causales de despido están señaladas expresamente en artículo 25° de la LPCL, y son los únicos y exclusivos motivos válidos para proceder a despedir a un trabajador.

4.3 Procedimiento regular del despido

Debe tenerse en consideración que el pronunciamiento judicial de despido arbitrario no produce per se una indemnización diferente a la laboral:

Casación: N° 2683-2002-La Libertad

- Fue publicada el 30 de setiembre del 2004 en el Diario Oficial El Peruano
- El demandante el señor Jorge Pinillos Melitón
- El demandado la Empresa Agroindustrial Laredo S.A.
- Síntesis de la jurisprudencia

Que, según los hechos expuestos en la demanda, la reparación del daño moral que solicita el demandante, deriva del acto calumnioso por habersele

imputado la calidad de ladrón, lo cual no solo dio origen a la pérdida de su trabajo (lo que ya fue indemnizado), sino también al menoscabo de su honor y reputación como persona en la comunidad en la que reside. De manera que, en la denuncia materia de análisis se deberá establecer si según los hechos fijados por las sentencias resultan ellos subsumibles en la categoría de indemnización por denuncia calumniosa prevista en el artículo 1982° del Código Civil (...) lo que en los autos no ha quedado fijado por las sentencias, más aún si de los fundamentos señalados por las partes no han sido fijados en medios probatorios la existencia de una conducta dolosa del demandado al momento de realizar los hechos que habrían originado daños en el demandante (...) debiendo precisarse que un despido arbitrario que es así declarado por el juez competente no origina per se una indemnización por daños y perjuicios en la vía civil distinto a la indemnización laboral, si es que no llega a establecerse y acreditar la conducta ilícita del denunciante ex empleador derivada de una denuncia formulada ante autoridad competente, por lo que esta denuncia debe ser desestimada.

Disquisición:

En este contexto a través de esta sentencia casatoria, la Corte Suprema de la República ha consagrado un relevante criterio en relación directa a la procedencia de la indemnización que le correspondería eventualmente a un trabajador indebidamente despedido, por los daños y perjuicios que se derivan de una denuncia calumniosa que le formulara su ex empleador.

Este criterio, se ha trazado manifiestamente que la declaración judicial de despido arbitrario, alcanzada siempre en un proceso laboral ordinario, solo puede disponer u ordenar el pago de una indemnización respectiva por el cese

sin causa justa; pero si el trabajador luego reclama otro concepto de indemnización que es generada por los daños y perjuicios ocasionados por una denuncia calumniosa del ex empleador, debe previa y oportunamente comunicar dicho hecho a las correspondientes autoridades competentes, para que en su debida oportunidad se acredite la presunta conducta calumniosa.

En consecuencia, el despido arbitrario declarado formalmente por un juez laboral no genera por sí mismo una directa indemnización por daños y perjuicios en la vía civil en caso de responsabilidad por denuncia calumniosa, siempre y cuando no se llega a constituir meridianamente y acreditar debidamente, frente a la autoridad competente, la conducta irregular del ex empleado.

4.4 Ocasional jurisprudencia en la que se funda que el despido no está sujeto a la modalidad de contrato.

En su debida oportunidad la Corte Suprema de la República “ha declarado infundado un recurso excepcional de casación a través de cual la empresa recurrente solicitaba que se dejara sin efecto legal la reposición de una trabajadora despedida después de haber transcurrido dos meses de haber interpuesto oportunamente una demanda por desnaturalización indebida de su contrato por obra o servicio específico. Vale decir, la Corte Suprema de la República confirma la reposición de dicha trabajadora al haber sido despedida como consecuencia de la represalia o desquite de la empresa recurrente como respuesta por la demanda sufrida en su contra. Este ha sido dado por medio de la Casación N° 3751-2011- La Libertad (De Lama, 2015, pág. 32).

Por eso de acuerdo a los informes técnicos ofrecidos adecuadamente por la Corte Suprema de la República, el día 24/05/2010 la trabajadora aludida demandó oportunamente la desnaturalización de su contrato de

trabajo para servicio específico contra su empleadora: la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT, Trujillo, al estimar que su vínculo contractual era de naturaleza indeterminada; para validar ese propósito utilizó adecuadamente de una actuación inspectiva de la respectiva Autoridad Administrativa de Trabajo.

Recordemos que esta acción judicial fue recién admitida a trámite y luego fue notificada a la referida entidad recién el día 08/06/2010, por lo que al haberse producido el despido de la accionante con fecha 02/08/2010, la Corte Suprema de la República concluyó que estaba fuera de duda y resultaba evidente que existió un nexo causal entre los hechos expuestos y el despido del que fue víctima la actora. De igual forma, se menciona taxativamente que la empresa emplazada sustentó su recurso de casación en el presupuesto de hecho de que con dicho proceso laboral la trabajadora tenía el clarísimo ánimo de obtener un medio de prueba para poder defenderse adecuadamente ante un potencial y posible despido con el conocimiento previo de que su contrato tenía fecha próxima de vencimiento.

Es perfectamente atendible y admisible que el órgano supremo jurisdiccional señala que para la interposición de la aludida demanda de desnaturalización de vínculo contractual de naturaleza laboral no le resultaba imperativo y tampoco necesario a la demandante verificar efectivamente el plazo por el que había sido contratada. Entonces, es cuando a partir de esta singular resolución jurisdiccional deseo comentar tres relevantes aspectos en particular. El primero de ellos está relacionado con la causalidad ilícita por desquite o la represalia en que actuó el empleador para despedir a la actora, puesto que la Corte Suprema de la República advierte en esta singular circunstancia. Con

las respectivas informaciones debidamente pormenorizadas y proporcionados por la referida ejecutoria, se tiene en cuenta que entre la notificación de la demanda cursada por nulidad de despido y la ejecución misma del cese, transcurrieron aproximadamente el tiempo de 2 meses, exactamente 1 mes con 25 días. Si tomáramos en cuenta solo este elemento para inferir la ilicitud del despido tramitado, la causalidad parecería, a simple vista, quedar sin mucho sustento o basamento, no obstante el órgano supremo jurisdiccional deja entrever que la intencionalidad de recriminar a la actora por su osadía se manifiesta en el posicionamiento de la empresa que traduce y sobreentiende que la demanda se planteó con la inexcusable intención maliciosa de conseguir un medio de prueba para poder defenderse frente a un probable despido, en otras palabras, la Corte Suprema de la República corrobora que efectivamente la entidad demandada estima que la acción legal interpuesta se dio con manifiesta mala fe al facilitarle un medio probatorio supuestamente irregular. Ahora bien, el segundo aspecto a someterse a consideración tiene que ver directa y justamente con esta errática apreciación de la empresa recurrente de que la pretensión de la demanda formulada por la trabajadora en cuestión se evidenció con oscuros y subalternos intereses ante la evidente proximidad del vencimiento o conclusión de su contrato establecido a plazo fijo (por servicios específicos, es el caso).

Previa y ciertamente a esta referencia, como parte de los fundamentos o pilares del recurso extraordinario de casación, resulta descabellada y desatinada, por decir lo menos, en tanto y en cuanto en la medida que implica una cancelación del derecho legítimo a la tutela judicial efectiva que debe de tener toda persona, en su condición de sujeto de derechos. Por ello, el libre

desarrollo a la tutela jurisdiccional efectiva por parte del trabajador, se interpreta, en este caso, en la imposibilidad del empleador de adoptar medidas de represalia o de desquite si fuera el caso que se desprendan del ejercicio regular llevada a cabo por el trabajador en la efectiva tutela de sus legítimos derechos. En ese sentido y con el mismo criterio, una actuación empresarial motivada por una conducta revanchista dirigida al trabajador que ejerció de manera regular una *actio legis* (acción legal) que pretendía el reconocimiento de unos derechos de los que suponía ser titular, debe calificarse o apreciarse como discriminatoria y por ende radicalmente nula por contrariar o negar el ejercicio de ese derecho fundamental³².

Aún por eso no existe en vano, una clase de proceso que sea muy específico, con instituciones, características y naturaleza propias, que permite y admite encartar o encausar adecuadamente las reclamaciones judiciales que interponen los propios trabajadores.

En esencia y finalmente, queremos poner de relieve un aspecto también destacado por la Corte Suprema de la República al denegar válidamente el recurso casatorio planteado por la empresa demandada muy estrechamente vinculado a la afirmación estricta del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que tiene el propio trabajador. Este órgano jurisdiccional a ese nivel supremo puntualiza que para la interposición de la alegada demanda de desnaturalización de la relación contractual de vínculo laboral temporal no resultaba entonces imperativo para la demandante verificar o corroborar el plazo por el cual había sido contratada.

³² Asesor y Consultor laboral de Soluciones Laborales y Gaceta Consultores. Abogado por la Universidad de Piura. Cursa la Maestría de Derecho del Trabajo en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En ese sentido no hay nada más cierto. Veamos, un trabajador contratado a plazo fijo no tiene necesariamente por qué esperar que concluya su contrato laboral para cuestionar la validez de su contratación. Debemos recordar que esta praxis es muy recurrente y frecuente y, por lo tanto, existe la probabilidad de poder demandar la desnaturalización, el fraude y/o simulación en la contratación laboral, pues no está negada para el trabajador. En este orden de ideas, no es usual y tampoco recurrente que un trabajador que estima desvirtuado su contrato modal propicie las acciones legales pertinentes mientras aún no termina el plazo respectivo, por el contrario, regularmente, éste se anima a cuestionar u objetar la validez legal de su contrato laboral luego del vencimiento o cumplimiento del plazo o si no se da la renovación contractual. Lógicamente las motivaciones de todo ello tienen mucho que ver con los desquites que pueda asumir el propio empleador, todo lo cual, de hecho, podría dejarlos eventualmente desprovistos de ingresos económicos por algún tiempo.

Todo ello permite que, pese a que existe la figura de la nulidad de despido, queda perfectamente evidenciado que una variedad de trabajadores contratados y sometidos a plazos, no se atreven y menos intentan a iniciar el proceso correspondiente en la medida en que existe cierto sobresalto y temor respecto del acuciante problema de la falta de ingresos que podría afectar directamente la economía personal y familiar mientras dure todo el proceso respectivo. En tales circunstancias, muchos prefieren, en cualquier caso, seguir trabajando, e ir percibiendo regularmente su remuneración, hasta que se cumpla el plazo contractual, y recién, al término de este contrato, demandar por desvirtualización del contrato y la consiguiente indemnización por despido arbitrario.

Posiblemente este temor pueda aplacarse recordando que el proceso

laboral, como no podía ser de otro modo, admite sin embargo la interposición de medidas cautelares que permitirían, en todo caso, al trabajador, temeroso a la represalia o desquite, percibir una asignación provisional e inclusive a ser repuesto provisionalmente. Contemplan inclusive las nuevas normas procesales laborales la solicitud o interposición de medidas cautelares fuera del proceso y de modo atípicas. (Gil, 2015, pág. 121).

4.5 Nota sobre indemnización laboral por despido arbitrario

La llamada, ampliamente reconocida y actual legislación laboral general peruana –contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 , delimita normativamente con mucha precisión todos los detalles y aspectos vinculados al establecimiento y consagración de las diferentes relaciones efectivas de trabajo que se promueven y suscitan en nuestro país, regulando sistemáticamente los aspectos directamente relacionados, tanto a la relación laboral entre empleador y trabajador, como también a la propia desvinculación laboral recaída entre dichas partes, todo ello cuando no arriban a establecer relaciones laborales de carácter indeterminadas o sostenidas en el tiempo.

Siempre que se utiliza la palabra indemnización debería ser entendida o comprendida como el resarcimiento económico del daño o perjuicio que potencialmente se haya causado, desde el estricto punto de vista del culpable o responsable, hacia la víctima. Debemos entender entonces la indemnización podríamos como la equitativa compensación que se recibe por un daño que se haya efectivamente producido y que eventualmente pueda ser cuantificable, preferentemente.

Los supuestos que se basan para los efectos de cubrir el concepto de las indemnizaciones en el Derecho Laboral no consisten esencialmente en

procurar resarcir íntegramente los daños que se habrían infligido, sino en establecer en términos ponderables y muy razonables un determinado monto pecuniario que mitigue un tanto las inclementes consecuencias patrimoniales negativas generadas en el plano del trabajador. Entonces, de esta manera, podemos describir o definir como indemnización laboral a una suerte de compensación dineraria que recibe en justicia un trabajador, como consecuencia o efecto de haber sido víctima de un perjuicio de carácter laboral.

4.5.1 Los fundamentos.

Sucinta presentación respecto de la figura del despido laboral

Es interesante, por tanto, fijar que la actual legislación laboral general peruana –contenida en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728–, delimita con precisión y normativamente todo el conjunto de aspectos vinculados a la consagración de las diferentes relaciones efectivas y reales de trabajo que se producen en nuestro país, regulando periódicamente los aspectos ligados, tanto a la relación laboral entre el empleador y el trabajador, como también a la desvinculación o extinción laboral recaída para ambas partes, todo ello, cuando las partes contractuales, no llegan a constituir relaciones laborales de carácter indeterminadas o sostenidas en el tiempo.

Es interesante saber que de esta forma, la muy opinable legislación ha planteado supuestos taxativamente prefijados a fin de determinar cuándo, y debido a quién es que se genera específicamente la esencial figura de la desvinculación laboral dentro de una relación contractual de trabajo entablada, mejor conocida o denominada como, extinción de la relación laboral, la que se puede producir por causas objetivas atribuibles al mismo trabajador –como en el caso de la motivada renuncia o repentina dimisión, el intempestivo abandono

del puesto de trabajo, etc.–, o también por causas atribuibles a ambas partes contractuales – como es el caso del mutuo disenso o el de la jubilación–, así como también por causas atribuibles al mismo empleador, como ocurre en el caso concreto del despido justificado o injustificado.

Con este bagaje de conocimiento cabe resaltar que, en todos estos presupuestos, la consecuencia o secuela inmediata conllevará efectivamente al resquebrajamiento, debilitamiento o extinción de la relación laboral acontecida.

Junto a estas explicaciones, lo que se pretende buscar en este apartado, es realizar un estudio concienzudo del supuesto de desvinculación o extinción laboral o la terminación de la relación contractual de trabajo por una diáfana causa imputable directa y únicamente al empleador, como lo constituye efectivamente el despido.

El resultado es que “el despido puede ser definido, en opinión ilustrada de Elmer Arce, como el acto jurídico unilateral y recepticio que vivamente contiene la manifestación de voluntad extintiva del propio empleador, el mismo que para que surta la validez del caso, debe ser formalmente comunicado por escrito, sustentarse en una causa justa y someterse a un procedimiento fundado en la ley. Se debe consignar que el ordenamiento jurídico nacional reconoce ampliamente al despido efectos inmediatos, con lo cual se presume válidamente la eficacia del acto extintivo del empleador³³.

Como lo venimos precisando y habría que destacarlo, el despido tiene las siguientes características:

Es un acto jurídico unilateral que corre a cargo del empleador, para

³³ ARCE ORTIZ, Elmer. Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias. Palestra. Lima, 2008, p. 522.

cuya validez y eficacia la voluntad del trabajador deviene en innecesaria e irrelevante.

Es un acto con efectos legales constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a sugerir o proponer el despido, sino que el mismo empleador lo realiza directamente.

Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia legal depende exclusivamente de que la voluntad extintiva del empleador sea formal y adecuadamente conocida por el trabajador, a quien está finalmente destinada.

Es un acto que produce definitivamente la extinción contractual, en cuanto *cesan ad futurum* los efectos de este negocio contractual de naturaleza laboral.

4.5.2 La indemnización por despido arbitrario.

La realidad una vez marcada establece la diferencia de la desvinculación justificada en una causa de despido –denominada despido justificado – y puede ocurrir en el caso de que se ejecute una clara desvinculación laboral del trabajador como el efecto de una decisión sea inmotivada, injustificada, y/o arbitraria del empleador.

Suele todo ello conllevar, según los estándares planteados por la propia legislación que lo regula sistemáticamente, a que el mencionado empleador se encuentre en la obligación de reconocerle hidalgamente un pago adicional, que será incorporado en la liquidación de los beneficios laborales a los que lógicamente tiene derecho legítimo su trabajador, bajo la denominación, el nomen iuris o concepto de indemnización por despido arbitrario, el mismo que, en el supuesto de que el propio empleador se resista a reconocer o abonar, le facultará al mismo trabajador – en virtud de lo instituido en la norma legal y según las

formalidades establecidas en esta –, a fin de que pueda accionar judicialmente el justo y legítimo reconocimiento de dicho concepto.

Por eso esto último se constituye al fin de cuantas como un derecho del propio trabajador a que sea cautelado en justicia por parte de la judicatura, debido a que dicho derecho se reconoce y se establece en la norma legal con un carácter impecablemente indemnizatorio a su favor.

Aun así, hay que destacar que, si bien este derecho legítimo de carácter indemnizatorio se encuentra amplia y detalladamente reconocido por la norma legal siempre a favor del propio trabajador, esta misma normativa, ha planteado para éste una formalidad vinculada directamente con el tiempo en el que deberá accionar para su otorgamiento o reconocimiento en vía jurisdiccional, debido a que de no observarlo o contemplarse, todo ello acarrearía a que el referido derecho le sea negado y conculcado, no constituyendo además una obligación en cuanto a su entrega a cargo del empleador.

Paralelamente y por estas consideraciones, ante la estabilidad laboral implícitamente incorporada en nuestra actual legislación laboral y cautelada por la Autoridad Administrativa de Trabajo en nuestro país, se ha instituido que cuando un despido ejecutado por el propio empleador sea abusivo, autoritario, arbitrario, es decir, cuando la desvinculación laboral se produce sin que se haya expresado una causa justa contra el trabajador, la norma legal ha trazado una forma de resarcir dicho acto arbitrario, el mismo que se materializa por medio del pago de una justa y equitativa indemnización homologable o equivalente a una remuneración y media por cada año laborado por el mismo trabajador hasta un plazo máximo de doce remuneraciones³⁴.

³⁴ Así se encuentra establecido en el artículo 38 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de

En ese sentido, la conclusión que se desprende de la norma legal consiste en que si un empleador decide o determina prescindir o de no querer contar de los servicios de un subordinado – entendiéndose como tal al propio trabajador, entonces solo bastará con comunicarle formalmente este hecho, reconociéndole por consiguiente el pago correspondiente de la indemnización antes descrita.

Por otro lado, y profundizando en el tema, según pormenoriza el profesor De Buen Lozano³⁵ se puede comprender por esta figura que: se utiliza en forma genérica el término de ‘despido injustificado’, para referirnos a todo el que implica un incumplimiento del empleador, ya sea por carecer de una causa que lo justifique o por no cubrir los requisitos formales respectivos, específicamente en cuanto al aviso del despido. Además de esta, se suelen utilizar otras denominaciones como despido arbitrario, abusivo, improcedente o incausado.

Por otro lado, también incorporamos en esta parte de la presente investigación lo que se denomina como despido nulo, fraseo que se emplea tanto en las ciudades de España como en nuestro país Perú para aludir al que se presupone una evidente violación o discriminación a los derechos fundamentales o libertades públicas que debe gozar el trabajador.

En ese orden de ideas añade el autor lo siguiente que: El tratamiento que las diversas legislaciones dan al despido injustificado es impresionantemente variado, pero podemos destacar ciertos elementos que aparecen frecuentemente como los determinantes de las distintas soluciones:

- a) la posibilidad inicial que tiene el trabajador para elegir entre la

productividad y Competitividad Laboral aprobado por D.S. N° 003-97-TR.

³⁵ “DE BUEN LOZANO, Néstor; Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora I.I.J., de la UNAM, México, 1997, pp. 519 a 520”.

reinstalación o readmisión y la indemnización;

b) la posibilidad que tiene el empleador de sustituir su obligación de reinstalar por el pago de una indemnización;

c) el pago de una indemnización que depende de la antigüedad del trabajador en la empresa;

d) el pago de los salarios correspondientes al tiempo del preaviso omitido;

e) el pago de los salarios vencidos o de tramitación; y,

f) Algunos topes a las indemnizaciones y salarios vencidos.

Ahora bien, entendemos por concepto de indemnización por despido arbitrario propiamente dicha, el momento en que se produce la ruptura del vínculo contractual de carácter laboral por el empleador, sin aparente causa legal establecida. Un típico y clásico ejemplo de esta clase de modalidad de despido se ejecuta cuando es el caso de que un trabajador llega a laborar al centro de trabajo un día indistinto y cualquiera y de pronto el personal de seguridad le impide con evidencia permitirle el ingreso a laborar por orden directa impartida por los propios directivos de la empresa, y además se le comunica que dentro del lapso de tiempo de las cuarenta y ocho (48) horas, se acerque a la oficina de admisión a fin de que recabe sus beneficios sociales correspondiente de acuerdo a ley.

Pero independientemente a esa penosa circunstancia, de la misma manera decimos que un despido arbitrario también se configura cuando el trabajador ha incurrido intempestivamente en una causal de despido, sin embargo, no se sigue y mucho menos se subordina al procedimiento perfectamente prescrito en los artículos 31° y 32° del Decreto Supremo N° 003-97-TR(LPCL). Así, es oportuno manifestar, tenemos el caso de un trabajador

que de pronto se ausenta cinco (5) días útiles y consecutivos al centro de trabajo, y el empleador entonces y como efecto de esa ausencia le cursa de inmediato la carta de despido, sin respetar y mucho menos observar el procedimiento señalado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Algunas de las opiniones más extendidas afirman que también se incurre en despido arbitrario cuando habiéndose configurado potencialmente la causa legal de despido, no obstante, no se puede lograr acreditar y mucho menos demostrar la conducta del trabajador en juicio. Es el pertinente caso aludir el supuesto de que un trabajador se logra advertir que se ha apropiado indebidamente e ilegalmente de un determinado monto dinerario de las arcas de la empresa, pero que en el juicio no se puede lograr demostrar ni mucho menos probar de que ante el faltante de ese dinero de la tesorería de la empresa no se puede acreditar que el trabajador en términos personales se haya apropiado indebidamente e ilegalmente de ese monto dinerario.

Recuérdese que, en todos esos presupuestos, la norma legal laboral ha señalado taxativamente dos modos o tipos de indemnizaciones en función directa del tipo o modalidad contractual que tiene el trabajador con la empresa donde ejerce la actividad laboral.

Frecuentemente, entonces, todo trabajador que sea víctima o sufra abusiva e irregularmente un despido arbitrario a cargo de su empleador, habiéndose demostrado y acreditado una relación efectiva y directa de trabajo, éste podrá legítimamente y válidamente accionar, en términos jurisdiccionales y directamente contra dicho empleador a fin de que se efectúe el respectivo reconocimiento y el correspondiente pago efectivo de la indemnización que la norma legal le obliga a reconocer y cumplir al empleador. Y en supuesto que

cuando se produce una conducta por desconocimiento, pese a que se haya demostrado, constatado y acreditado el despido arbitrario del que es víctima el trabajador, el propio trabajador entonces queda en la franca posibilidad de exigir, en primer lugar, en la vía administrativa el reconocimiento del monto indemnizatorio que por despido arbitrario le corresponde, e inclusive a falta o ausencia de ese reconocimiento del empleador respecto del otorgamiento de monto indemnizatorio – con compulsión directa de la respectiva Autoridad Administrativa de Trabajo (en adelante, AAT) - el trabajador podrá optar y es cuando encauzara su petición directamente por la vía judicial, accionando el proceso laboral ordinario y regular para el reconocimiento de su monto indemnizatorio por parte de la judicatura, el mismo que, de verificar y demostrar la validez en el otorgamiento del monto indemnizatorio por así haberse quedado demostrado y acreditado el despido arbitrario del que fue víctima el trabajador, ponderará, bajo el apercibimiento respectivo, el reconocimiento de pago al empleador, respecto del monto que por concepto de indemnización por el despido arbitrario ha sufrido el trabajador accionante o demandante.

Para este tipo de cuestiones cuando el despido es arbitrario se ha llevado a cabo y al no haberse expresado con precisión la causa o no haberse podido demostrar válida y legítimamente en juicio, el trabajador, en consecuencia, tiene el derecho a recibir el pago de una indemnización de acuerdo a lo establecido en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como única reparación en justicia por el daño sufrido.

No obstante, el trabajador podrá demandar, simultáneamente, el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente que le tenga el

empleador. Cabe resaltar que la Autoridad Administrativa de Trabajo, a solicitud de parte, prestará su concurso oportuno a fin de poder verificar con plena objetividad el despido arbitrario que se configure por la constante negativa de modo injustificado del empleador de permitir el ingreso del trabajador al centro de labores, situación del que se tendrá que dejar constancia formalmente en el acta correspondiente. De la misma manera, el propio trabajador podrá recurrir a la respectiva autoridad policial de la zona jurisdiccional para que se efectúe la referida constatación policial, en la que necesariamente se deberá especificar puntualmente la identidad y cargo de las personas que intervinieron en el acto suscitado, el lugar exacto donde se realizó la diligencia y muy importante consignar formalmente las manifestaciones de las partes conflictuadas.

4.5.3 El soporte remunerativo para la fijación del cálculo de la indemnización por despido arbitrario

Tal como lo hemos venido manifestando, la indemnización por el concepto de despido arbitrario, se amortiza o abona una vez que el trabajador haya superado largamente el periodo de prueba, y es equivalente a una (1) remuneración y media (1/2) mensual percibida por el trabajador, por cada año (1) completo de servicios que tenga a favor de su empleador, con un máximo de doce (12) remuneraciones, siendo que las fracciones de año se deben abonar por doceavos (1/12) y treintavos (1/30), según le corresponda legítimamente. Todo ello se genera cuando la vinculación entre el empleador y el trabajador se materializa con carácter indeterminado. (Sánchez, 2015, pág. 2).

Y es, sin duda, para el caso de los trabajadores que han sido contratados a plazo determinado, la norma laboral precisa (Ley de Productividad y Competitividad Laboral) ha prescrito que el monto de indemnización por concepto

de despido arbitrario será homologable y equivalente a una (1) remuneración y media (1/2) ordinaria mensual siempre por cada mes dejado de laborar, hasta que se cumpla el plazo estipulado en el contrato celebrado y suscrito a plazo determinado, con el límite siempre de los doce (12) remuneraciones.

Sin embargo, aquí se destaca el hecho o presupuesto de que la norma legal no expresa ni establece taxativamente el cabal reconocimiento de doceavos o treintavos a favor del trabajador, solo con precisión de los meses completos que faltarían para que el trabajador termine su vinculación laboral, la que es celebrada a un plazo determinado.

En esa línea de pensamiento, la remuneración que servirá de fundamento o base para llevar a cabo el cálculo de la indemnización a abonarse a favor del trabajador será la que se tenga en cuenta como la remuneración ordinaria mensual percibida por este, al momento mismo de decretarse el despido de carácter injustificado. No obstante, cabe formular la explicable duda respecto a la fijación y determinación del monto indemnizatorio, cuando el trabajador deja de percibir una remuneración fija, sino mixta o variable (variable y fija a la vez).

Ahora bien, estando en este presupuesto, cuando un trabajador percibe remuneraciones de naturaleza imprecisa y variable se deberá tomar en consideración el criterio establecido en el Decreto Supremo N° 001-97-TR, relativo o respecto de la regularidad en la percepción de las remuneraciones variables, a fin de que, en función de la regularidad en la entrega de dichas remuneraciones variables, ingrese un promedio de las mismas.

Las razones trazadas se esbozan cuando tratándose de trabajadores remunerados a comisión porcentual o destajo, la remuneración mensual ordinaria

es homologable y equivalente al promedio de los ingresos percibidos en los seis meses anteriores al despido o también durante el periodo laborado, si el tiempo de la relación laboral es menor a los seis meses. Sobre este puntual hecho, procederemos a exponer una sentencia emitida por nuestros tribunales judiciales, referido al cálculo de la indemnización por despido arbitrario, del siguiente modo: La obtención de la remuneración para el cálculo de la indemnización por despido, en el caso de los trabajadores que perciben remuneraciones variables o comisiones, se debe calcular teniendo en cuenta el promedio de las remuneraciones en los últimos seis (6) meses antes del cese, considerando los ingresos percibidos en el tramo final de la relación laboral y no en el periodo calendario que precede al despido. Por cuanto la base para determinar el promedio de una cantidad es el total en las sumas efectivamente recibidas y no los vacíos que no reflejan cifra alguna, por lo que no pueden ser computables los periodos no laborados por razón de una suspensión perfecta del contrato de trabajo. Casación N° 1370-98 Fecha: 12 de julio del año 1999.

4.6. La modalidad jurídica de la opinable flagrancia y su implicancia en el ámbito laboral al momento de accionar un despido

Por ello las relaciones laborales que se establecen a través de las normas legales en nuestro ordenamiento jurídico nacional están perfectamente guiadas por criterios técnicos de carácter normativos que delimitan con precisión el correcto desarrollo de toda relación de trabajo suscitada, claro está, en un contrato de trabajo. Todo eso se genera como consecuencia de la existencia de situaciones o circunstancias muy puntuales que se pueden llegar a presentar dentro de la relación contractual de trabajo y que merecen para su respectiva dilucidación un guiar normativo preciso y concreto para el establecimiento o el

restablecimiento de la armonía con la que usualmente se debería llevar en justicia toda relación de trabajo.

Lo importante radica que dentro de las diversas situaciones o modalidades jurídicas reguladas que, en materia laboral, podemos hallar en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentran aquellas que están vinculadas con las faltas atribuibles a todo trabajador, las que al quedar perfectamente configuradas le posibilitan al empleador el inicio de una acción de sanción o castigo –vía ejercicio de su potestad sancionadora –, en contra precisamente de sus trabajadores, cuando estos incurren en hechos, conductas, acciones o actitudes que, por especificación normativa o especificación del propio empleador, pueden ser pasibles de sanción material y efectiva, y con ello, llegar incluso, por su materialización, al debilitamiento o resquebrajamiento de la relación contractual de trabajo, hasta llegar al punto de cesar los efectos legales de la relación de trabajo acaecida, en virtud, exclusiva y excluyentemente, de la perpetración de dichos hechos, conductas, acciones, o actitudes conscientemente realizados por el propio trabajador, esto se traduce esencialmente en la aproximación a la figura del despido laboral. De esta manera, todas aquellas situaciones que le posibilitan al propio empleador el inicio de acciones correctivas y sancionatorias en contra de su trabajador deben estar debidamente señaladas, puntualizadas, comprobadas e informadas a este último, es decir, que el mismo trabajador deberá tener pleno conocimiento del hecho de que, cierta acción, omisión, acto, conducta, hecho o actitud negativa en la que incurra, puede potencialmente causar el rompimiento, mediato o inmediato, del vínculo de trabajo que se encuentra subsumido en el negocio contractual asumido por ambas partes.

Es en esta circunstancia en que tomará mayor trascendencia y relevancia la figura del despido y el procedimiento previo a realizarse, el que por fuerza y contundencia normativa deberá necesariamente observar el propio empleador, en una suerte de regla laboral general, pero con la existencia de una manifiesta y expresa excepción delimitada perfectamente por la norma laboral, es decir, la activa presencia de la figura de la flagrancia en el accionar de las faltas graves cometidas por el trabajador.

4.7. Configuración del concepto de flagrancia y sus rasgos e implicancias jurídico – legales

Casi resulta un aserto afirmativo y comprobable el hecho de que la figura jurídica de la flagrancia adquiere mucha mayor relevancia e implicancia en el ámbito del Derecho Penal, en donde existe doctrina y normativa precisa y docta que precisa, delimita y regula dicha modalidad jurídica. Entonces, es el caso, sería sumamente imposible expresar una concepción determinada de la figura sin dejar obligadamente de aparejarla en el ámbito del Derecho Penal, donde ha tenido un mayor abundamiento en cuanto a su concepción, alcance y configuración, lo cual nos podrá dar ciertos alcances y ventajas al momento mismo de traspasarla al ámbito del Derecho Laboral.

De esta manera, podríamos empezar con este acápite asimilando conceptual y doctrinariamente la figura de la flagrancia a la de efectiva y demostrada evidencia probatoria del trabajador, el que ha sido indebidamente imputado con una irregular o anómala conducta que no será evidentemente comprobada en su contra. En ese sentido, creemos que la flagrancia directa – más no así la cuasi flagrancia –, es la única que puede exhibirse o presentarse en el ámbito laboral al momento mismo en que el empleador decide atribuir o

imputar una falta grave efectiva a alguno de sus trabajadores, lo que definitivamente conllevará el hecho de que accione inmediatamente un despido contra todos estos trabajadores, sin tener que transitar por el regular procedimiento de despido que exige la norma laboral, y en consecuencia, sin la estricta observancia de los derechos fundamentales implícitos del trabajador, derechos fundamentales, que no hay que soslayarlos, tales como el derecho a la debida y oportuna defensa de las imputaciones en su contra, así como el derecho al goce del trabajo y a no ser abusiva y arbitrariamente privado de él, sin expresión de causa justificante.

4.8. Los derechos constitucionales amparados y protegidos ante a la utilización de la figura de la flagrancia en materia laboral

Es cierto e incuestionable que nuestra actual Constitución Política pone de manifiesto respecto de ciertos derechos inherentes e inalienables que se encuentran estrechamente vinculados a toda persona, dentro de estos núcleos duros de derechos, los que trascienden por su relevancia de manera más intensa en las relaciones de trabajo son justamente, el derecho al trabajo per se, el cual tiene y cumple una doble vertiente de defensa y protección, es decir, el derecho de acceder de un modo efectivo y equitativo a un puesto de trabajo, sin ningún tipo de preferencia o discriminación al momento de la búsqueda, y el derecho también a no ser privado del trabajo sin que medie de manera expresa de una causa justificante o caso contrario, obtener el debido concepto de indemnización a favor del trabajador.

En ese mismo sentido, encontramos el derecho fundamental al debido proceso y el derecho regular y fundamental a la legítima defensa dentro del accionar de un proceso en el cual es incorporado un determinado trabajador. Estos

son los derechos de contenido constitucional que le asisten al trabajador para el debido resguardo de sus libertades, así como el debido control de los derechos que le son atribuidos por fuerza imperativa de orden constitucional.

En estas circunstancias, la figura del despido emerge como una acción, derecho perfectamente atribuible de modo exclusivo a la persona del propio empleador. No obstante, el empleo de dicha figura puede llegar a lesionar, afectar e inclusive amenazar directamente los derechos al trabajo y a la legítima defensa que le asiste al trabajador, tanto es cierto que inclusive se hace necesario su defensa y resguardo, en razón de que estos se constituyen como elementos importantes derechos constitucionalmente ampliamente reconocidos a favor del propio trabajador.

Cabe destacar que teniendo en cuenta todos esos aspectos, la vulneración o afectación a estos derechos fundamentales se hará efectiva, en tanto que el despido no se contextualice y se configure bajo los estándares específicos consagrados por la norma legal particular y específica, que es la que regula el despido de una manera razonada y justificada.

Es una característica que en virtud de ello, es que el propio trabajador queda impedido y prohibido de accionar distintas vías para la desafectación que puede acaecerle al momento de que se le inicie o promueva una acción de despido sin la debida y oportuna justificación, ni exista configuración normativa alguna, lesionando de esta manera sus derechos con rango constitucional, y por lo que podrá ampararse o resguardarse, inclusive, bajo la esfera de protección constitucional ante su máximo ente interpretador, vale decir, el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

Es pertinente señalar que todo ejercicio abusivo a cargo del empleador

al momento de establecer acciones de desvinculación laboral contra sus trabajadores tendrá que verse sometido a un efectivo control. Sin embargo, pese a ello, existe una figura contemplada perfectamente dentro de la misma Constitución Política, la cual puede configurar y viabilizar un supuesto de excepcionalidad respecto del regular, formal y legal procedimiento de desvinculación que está obligado a seguir todo tipo de empleador, con la consiguiente inobservancia de estos derechos constitucionales eminentemente protectores de todo trabajador, derecho al trabajo y al ejercicio regular de la legítima defensa. Estando a que, dicho presupuesto, recaería entonces en la figura de la flagrancia, al momento de la consumación o perpetración de determinadas conductas o acciones en las que puede incurrir el propio trabajador y que materializarán las faltas graves precisadas y detalladas por la pertinente y observable norma laboral.

Defensa y protección del despido arbitrario en la Constitución Política del Estado.

Lo demás, con respecto a la defensa y protección del despido arbitrario en la Constitución Política y sus efectos estrictamente indemnizatorios, compartimos la ponencia del laboralista el señor Toyama Miyagusuku cuando asevera que la Constitución concedió al legislador la posibilidad de regular la forma de protección al trabajador ante un despido arbitrario³⁶.

El mismo Tribunal Constitucional de la República describe lo siguiente (Exp. N° 1417-2005-AA/TC): Es un derecho que tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución Política ha reconocido amplia, explícita o

³⁶ "TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "El amparo laboral: los supuestos de procedencia del Tribunal Constitucional". En: Gaceta Constitucional. N° 01, año I, Gaceta Jurídica, 2008, p. 313 y ss."

implícitamente, un marco de referencia que contextualiza nominalmente el bien jurídico susceptible de protección. Vale decir, subsiste un baremo de delimitación de ese marco estrictamente garantista, que transita desde la delimitación más abierta a la más precisa. (...) Correspondiendo, eso sí, un mayor o menor desarrollo legislativo, en función de la opción legislativa de desarrollar los derechos fundamentales establecidos por el legislador constituyente. (...).

De esta manera, tenemos dos posibilidades: i) si se trata de delimitar y fijar los alcances de la protección adecuada ante un despido, las normas internacionales – como han sido utilizadas por el Tribunal Constitucional en muchos y variados procesos laborales – son las que deben servir como canon o parámetro de interpretación, y estas prevén perfectamente la posibilidad de una indemnización; o, ii) si el artículo 27° de la Constitución Política no comprende con precisión a la reposición como una forma de protección, es válido que el legislador haya optado por la indemnización. (...)

En esta línea argumentativa, consideramos que la tesis del Tribunal Constitucional referida a que el artículo 22° de la Constitución Política importa que todo despido sin expresión de causa sea inconstitucional no se adecua a nuestro estricto y formal esquema constitucional.

Es importante y oportuno anotar que se ha dejado de tener en cuenta lo expuesto con meridiana claridad en el artículo 27° de la Constitución Política que delega a la ley ordinaria la forma de protección y defensa ante un despido arbitrario, además de que se deja de lado la aplicación del Protocolo Adicional a la Convención Americana³⁷. En ese afán argumentativo,

³⁷ “TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “El amparo laboral: los supuestos de procedencia del

consideramos que la protección y defensa adecuada contra el despido arbitrario es la indemnización, tal como lo regula ampliamente el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a pesar de que el Tribunal Constitucional considere que:

la forma de protección contra el despido arbitrario no puede sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. Y que la indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional.

Sobre el particular, somos de la opinión que al darle efectos restitutorios al inmotivado despido arbitrario el Tribunal Constitucional prácticamente ha desdibujado la propia estructura del despido establecido en la propia legislación de la materia (LPCL) y si, resultara el caso, se proyectaba su modificación, debió realizarse o efectuarse por la vía pertinente – la vía legislativa – y no crearse simultáneamente una estructura y una vía alternativa ante a un presupuesto que ya tiene perfectamente establecido un mecanismo de solución de conflictos preestablecido. Si el Tribunal Constitucional deseaba vivamente desincentivar o desactivar el mal uso que se le daba a la indemnización por estar subsumido al despido arbitrario, la mejor forma o medida de defensa y protección hubiera sido apelar a la excesiva onerosidad de la prestación y requerir al Estado, como lo ha hecho en variadas ocasiones, a eliminar los topes en las indemnizaciones y hacer muy costoso el despido arbitrario. Porque, tal como lo manifestará el profesor Plá Rodríguez: cuanto más gravosas resulten las sanciones, menos despidos ocurrirá. Si las indemnizaciones son extremadamente mínimas, no funciona el sistema limitativo y restrictivo. Si, en cambio, son elevadas van a

Tribunal Constitucional". En: Gaceta Constitucional. N° 01, año I, Gaceta Jurídica, 2008, p. 313 y ss."

operar efectivamente como un estímulo negativo. Se trata, entonces, de una perfecta limitación elástica donde actúan diversos frenos económicos, y no son los estrictamente jurídicos³⁸.

4.9 Los saludables resultados de la Defensa Constitucional del despido arbitrario

La reposición del trabajador en su puesto de trabajo

Tal como lo hemos venido glosando, para el Tribunal Constitucional de la República la forma y el modo como se restituyen los derechos vulnerados por un despido inconstitucional es a través de la reposición del trabajador en su puesto de trabajo. En ese orden de ideas, en el ámbito del amparo, el estado anterior al cual deben reponerse las cosas –tratándose de despidos– no es el pago de una indemnización, sino la restitución del trabajador en su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente (STC Expediente N° 6956-2000- AA/TC).

La consecuencia es muy semejante al que se desprende de la declaratoria de nulidad de un despido, que es, en el fondo, cómo el Tribunal Constitucional conceptúa y concibe el despido inconstitucional³⁹. Son estas razones ampliamente puestas de manifiesto en el punto anterior, que no compartimos el criterio emitido por el Tribunal Constitucional respecto a este

³⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Ob. cit. p. 242.

³⁹ RODRIGUEZ, Américo. Ob. cit. p. 242.

(9) “En la Cas. N° 649-2001-Callao, la Corte Suprema señaló que el efecto de la acción de amparo se asemeja al del acto nulo, el cual según la doctrina procesal trae como consecuencia la cesación de los efectos producidos por el acto viciado e invalidación de todos los otros que sean consecuencia directa del acto declarado nulo: “En este sentido, tratándose del amparo que ordena la reposición, es preciso contrastar la situación laboral que detentaba el trabajador antes y después de la violación del acto que dio origen a la acción de garantía, a efectos de determinar los alcances y extensión de la declaración judicial a través del cual se invalida el acto lesivo. Así, el trabajador tendrá derecho a percibir todos los beneficios económicos legales a que tenía derecho antes de ser despedido, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan en el tiempo”.

punto, al no haber motivo o base alguna para descartar a la indemnización económica como una medida de defensa y protección adecuada contra el despido arbitrario, lo que es conceptualizado y concebido así por nuestra legislación nacional ordinaria e inclusive por los tratados internacionales aplicables al caso concreto. Sin embargo, ha prevalecido aquí el criterio válido, por cierto, sustentando por parte de la doctrina nacional de que solo la reposición laboral del trabajo restituye el derecho trasgredido o violado (repone las cosas al estado anterior de la vulneración), que es el efecto, en última instancia, buscado por el proceso de amparo⁴⁰.

Es menester, de otro lado, seguir en línea con lo que se resuelve a nivel judicial, el Tribunal Constitucional ha aplicado consistente y regularmente el criterio de que si el trabajador cobra sus beneficios sociales pierde, en este caso, toda protección constitucional contra el despido arbitrario y, por consiguiente, ya no puede pedir la reposición en su puesto de labores.

Así, puede observarse claramente en la STC Expediente N° 2010-2005- PA/TC: Si en el desarrollo de un proceso de amparo el trabajador hace efectivo el cobro de su indemnización y beneficios laborales, no se recorta de modo alguno la protección procesal constitucional frente al despido, y menos aún se constitucionaliza este, sino que, ante la opción resarcitoria escogida previamente por el trabajador, resulta evidente que el juez constitucional se

⁴⁰ "Cas. N° 649-2001-Callao, la Corte Suprema señaló que el efecto de la acción de amparo se asemeja al del acto nulo, el cual según la doctrina procesal trae como consecuencia la cesación de los efectos producidos por el acto viciado e invalidación de todos los otros que sean consecuencia directa del acto declarado nulo". En este sentido, tratándose del amparo que ordena la reposición, es preciso contrastar la situación laboral que detentaba el trabajador antes y después de la violación del acto que dio origen a la acción de garantía, a efectos de determinar los alcances y extensión de la declaración judicial a través del cual se invalida el acto lesivo. Así, el trabajador tendrá derecho a percibir todos los beneficios económicos legales a que tenía derecho antes de ser despedido, incluso los pensionarios que no obstante ser futuros se acumulan en el

encuentra privado de pronunciarse por la argumentada lesividad, puesto que el trabajador, con su voluntario accionar, determinó que la opción ejercida en cuanto al cobro de la indemnización satisfizo la protección contra el despido consagrada en nuestra Constitución.

Esta línea argumentativa se contempla perfectamente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de la República Expediente N° 532-2001-AA/TC, en el supuesto de que se demuestre y acredite la suscripción de la liquidación de beneficios sociales por el trabajador:

“Si el trabajador ha suscrito la liquidación por compensación por tiempo de servicios, consignándose además el pago de la indemnización por despido arbitrario y demás beneficios sociales, estos conceptos acreditan la extinción de la relación laboral entre las partes, por tanto, no se ha configurado despido arbitrario”.

Otros criterios relevantes sobre la reposición laboral vistos en la clara y sistemática jurisprudencia constitucional son los siguientes:

i) En la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 8078-2005- PA/TC se dejó perfectamente establecido que, si persiste tozudamente el incumplimiento de la orden judicial de reposición laboral, el empleador no puede necesariamente efectuar un nuevo despido: “la carta de despido es nula y carece de validez si en la fecha no se había restablecido el vínculo laboral, en razón de que la empresa se negaba a cumplir la orden judicial de reposición. En tal sentido, mientras persiste el incumplimiento, la empresa no está facultada para proceder a un nuevo despido.

ii) En la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0318- 2001-AA/TC se estableció claramente que, si el trabajador despedido es absuelto en el proceso penal que se le siguió, debe ser inmediatamente repuesto en su puesto de trabajo: Habiendo sido absuelto en última instancia

el agente en un proceso por delito doloso, se acredita que se le ha afectado el derecho al trabajo, al haber sido despedido sin causa justificada, debiendo reponérsele en su puesto de trabajo; y.

iii) En la Sentencia del Tribunal Constitucional, el Expediente N° 103-92- AA/TC Lima se considera que no cabe la reposición en una empresa que esté paralizada puesto que: Si la empresa se encuentra paralizada y abandonada, ello constituye una situación fáctica que evidencia la imposibilidad material de la reposición laboral.

CAPÍTULO V

RESULTADOS, ANÁLISIS DE DATOS Y COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

5.1. Resultados

Dentro de nuestro ordenamiento, el despido está regulado por el TUO del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, D.S. N° 003-97-TR y su reglamento normado por el D.S. N° 001-96-TR. Los tipos de despido que se encuentran normados son los siguientes a) el despido por causa justa; b) el despido arbitrario; c) el despido nulo; y, d) el despido indirecto. El primero de los señalados es el único supuesto de despido permitido por la ley; mientras que los otros tipos normados son los despidos vedados por la ley por afectar los derechos constitucionales de los trabajadores.

El despido, como señalamos, es individual y por causa justa; pero además deben apreciarse los siguientes requisitos.

a) *El trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias.*

Sobre el particular, y con relación a las contingencias que se puede presentar por el despido, el artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que solo procede el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labora cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, cuando exista un causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. Vale decir, únicamente tienen la protección contra el despido arbitrario los trabajadores que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador. En consecuencia, un trabajador a tiempo parcial no goza de la protección que otorga la ley en estos casos; o sea, el empleador podrá prescindir de sus servicios simplemente cursándole una carta de cese, y pagándole sus beneficios señalados si correspondiera; no existiendo en este supuesto ninguna

consecuencia económica negativa que afecte al empleador.

Como dato adicional, debe tenerse en cuenta que los trabajadores sujetos a contratos a tiempo parcial, además, pueden percibir una remuneración menor a la remuneración mínima vital, siempre y cuando sea proporcional al número de horas laboradas para el empleador; y a diferencia de lo estipulado para los contratos de trabajo a tiempo indeterminado o sujetos a modalidad, en esta modalidad contractual los empleadores no están obligados al pago de la Compensación por Tiempo de Servicios ni a las vacaciones, pero sí al pago de la asignación familiar, las gratificaciones legales, participación en las utilidades, entre otros beneficios en que no se exija el cumplimiento de una jornada mínima de trabajo de cuatro horas diarias.

b) El trabajador debe haber superado el periodo de prueba

Vale decir, antes de que el trabajador supere dicho periodo puede ser despedido sin mediar razón alguna, y sin ninguna consecuencia negativa para el empleador. En este supuesto (el periodo de prueba) estamos ante un derecho potestativo que tiene como titular al empleador, y que lo faculta para extinguir la relación laboral sin que tal decisión unilateral le acarree responsabilidad pecuniaria o de otro tipo. Esta institución sirve básicamente para que el empleador pueda cerciorarse de la capacidad del trabajador que está contratando; de que se pueda verificar que el trabajador tiene, en efecto, la aptitud que dice tener.

En ese sentido, podemos definir el periodo de prueba como el lapso de tiempo en el cual el empleador evalúa si el trabajador se desempeña de acuerdo a las expectativas de idoneidad y eficiencia requeridos para el puesto de trabajo para el que fue contratado; y solo a partir de que este se supere se

consolida la estabilidad del contrato de trabajo, y los efectos de este se consideran producidos desde el momento inicial de su celebración; así después de cumplido el plazo solo se podrá extinguir la relación laboral por las causales señaladas en el artículo 16° de la LCPL.

El plazo de duración del periodo de prueba –por lo general– es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario; pero este plazo no debe ser tomado como uno de carácter imperativo, ya que esta norma tiene la naturaleza jurídica de ser una de máximo derecho necesario o de topes, es decir, ya sea a través de los contratos individuales, convenios colectivos o la costumbre, existe la plena libertad para pactar un periodo de prueba por debajo del límite establecido.

Asimismo, el artículo 10° de la Ley además de establecer este plazo general de tres meses, establece también otros plazos adicionales que se aplicarán a determinados supuestos. La norma señala que las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. Y establece que la ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito; aplicándose los siguientes plazos:

TRABAJADORES	PLAZO
Trabajadores calificados	6 meses
Trabajadores de confianza	6 meses
Trabajadores de dirección	1 año

En este caso, como lo hemos señalado líneas arriba, estamos ante plazos máximos de los periodos de prueba, pudiendo las partes fijar plazos menores o incluso, no recurrir a estos, si lo consideran pertinente, pues son “techos” que se imponen a la autonomía privada.

Pero, además se puede apreciar que esta ampliación del plazo de prueba requiere básicamente dos supuestos: a) Que la ampliación sea justificada, es decir, como lo señala la norma, que tenga como causa labores que requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad implique necesariamente un plazo mayor al establecido para los trabajadores comunes; y, b) que se trate de trabajadores calificados, de confianza o de dirección; entiéndase en el primer caso de aquellos trabajadores que están especialmente preparados para una tarea determinada”. “(por ejemplo: un médico especialista en tratamiento de una enfermedad poco conocida); y el en caso de los trabajadores de confianza y dirección, se refiere a aquellos que realizan las labores señaladas en el artículo 43° de la Ley.

Otro requisito necesario es que esta ampliación de plazo sea por escrito. En este caso la forma establecida por la LCPL adquiere un valor constitutivo puro, pues la ausencia de este determina automáticamente que solo se aplique el periodo de prueba general –tres meses–, así se cumplan los dos supuestos señalados líneas arriba.

c) La causal de despido debe encontrarse expresamente establecida en la Ley y haber sido comprobada.

La causa del despido debe estar relacionada con la conducta o capacidad del trabajador; y sobre las cuales nos pronunciaremos en este estudio. Ahora bien, como se puede apreciar el despido es una institución que ha sido motivo de muchas contradicciones lo que incluso se refleja en la concepción que se tenga de ella; no obstante, por el carácter de esta obra, analizaremos esta institución tomando en cuenta la posición adoptada por la legislación vigente. En ese sentido, solo nos abocaremos a los supuestos que

nuestra legislación cataloga como despido, y no analizaremos en este capítulo el cese colectivo, respetando el hecho de que nuestra normativa no le da esta categoría jurídica.

5.2. Análisis de datos

5.2.1 Análisis del primer objetivo específico.

Alcances de la protección adecuada contra el despido arbitrario.

¿Cuáles son los alcances de la protección adecuada con el despido arbitrario?

El referido artículo 27° no indica en qué términos ha de entenderse esa protección adecuada. En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla, es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de ley. En la medida que el artículo 27° del texto constitucional no establece los términos en que debe entenderse la protección adecuada y prevé una reserva de ley para su desarrollo, el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un derecho constitucional de configuración legal. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas (Exp. N° 0976-2003-AA, 13/03/03, f. j. 11). Cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará adecuada protección frente al despido arbitrario, debe considerarse que este mandato constitucional no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional.

Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente solo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile. (Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/02, f. j. 12).

Debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución contiene un mandato al legislador para establecer protección frente al despido arbitrario. Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional.

- a. Se trata de un mandato al legislador.
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser adecuado, se está resaltando, aunque innecesariamente que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una facultad de despido arbitrario hacia el empleador (Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/02, f. j. 12).

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 N° 728, 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 completitud. (Expediente N° 0976-2001-AA, 13/03/03, f. j. 14).

- **Ineficacia del despido por lesión de derechos fundamentales**

La extinción unilateral de la relación laboral, fundada única y exclusivamente en la voluntad del empleador, está afectada de nulidad –y, por consiguiente, el despido carecerá de efecto legal– cuando se produce con violación de los derechos fundamentales de la persona, reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos. La pérdida de toda eficacia legal de cierto tipo de despidos deriva de la conexión directa e inmediata entre el acto de extinción de la relación laboral y la contravención de la Constitución o los tratados en materia de derechos humanos. Así, se encontrará afectada de plena nulidad toda aquella voluntad del empleador que restrinja, limite, disminuya, impida o conculque el goce de los referidos derechos a uno o más de sus dependientes. La naturaleza misma del acto inconstitucional es la que determina la ineficacia legal del despido, en razón de que el principio de primacía constitucional, contenido en el artículo 51° de nuestra Norma Fundamental, no admite que puedan reputarse como legítimas y eficaces aquellas conductas y actuaciones que importan la vulneración de los derechos que dicho conjunto normativo consagra.

En efecto, la lesión de los derechos fundamentales de la persona constituye, per se, un acto inconstitucional, cuya validez no es en modo alguno permitida por nuestro supra ordenamiento. En ese contexto, y, al amparo de la Constitución, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de disponer a favor

del agraviado la tutela más amplia, efectiva y rápida posible, restituyéndole en el goce integral y en el ejercicio pleno de su derecho amenazado o vulnerado, lo que se conseguirá mediante la cesación del acto lesivo y la privación de efecto legal alguno que por arbitrariedad el empleador quisiese consumir. (Exp. N° 0976- 2001-AA, 13/03/03, f. j. 20).

5.2.2 Análisis del segundo objetivo específico

Régimen de protección resarcitorio contra el despido.

Un modelo de protección procesal, estrechamente ligado al régimen de protección sustantiva, denominado de carácter reparador, es lo que sucede con la acción indemnizatoria o, excluyentemente, la acción impugnatoria de despido (con excepción del supuesto de despido nulo) en el ámbito de la jurisdicción ordinaria. En tal supuesto, el régimen de protección procesal se encuentra inexorablemente vinculado con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 728, pues de advertirse que el despido del que fue objeto un trabajador fue arbitrario, el juez laboral no podrá tutelar el derecho más allá de lo que en dicha legislación se prevé a propósito de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada; es decir, ordenar el pago de la indemnización correspondiente. Se trata de un sistema de protección adecuada contra el despido arbitrario que tiene una eficacia resarcitoria y, como tal, se trata de un derecho que el ordenamiento reconoce al trabajador, tal como se desprende, por lo demás, de la propia ubicación estructural asignada al artículo 34° dentro del Decreto Legislativo N° 728 (Exp. N° 0976-2001-AA, 13/03/03, f. j. 13.b.1).

¿Puede existir un régimen para la protección contra el despido distinto del resarcitorio?

Puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional

con alcances diferentes. Es decir que, en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional. (Exp. N° 0976-2001-AA, 13/03/03, f. j. 13.b.2).

La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo (Exp. N° 1124-2001-AA, 11/07/02, P, f. j. 12).

Régimen de protección restitutorio contra el despido.

¿Qué implica que exista una protección de carácter complementario o sustitutorio de la indemnización?

La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determinara libremente el trabajador, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional. (Expediente N° 1124-2001-AA, 11/07/02, f. j. 12).

El establecimiento de un régimen de protección restitutorio contra el despido.

¿Implica la consagración del derecho a la estabilidad laboral absoluta?

Mediante dicho precepto constitucional del artículo 27° no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente. Solo reconoce el derecho del trabajador a la

protección adecuada contra el despido arbitrario. (Expediente N° 0976-2003-AA, 13/03/03, f. j. 11).

¿Se ha constitucionalizado el derecho del empleador a despedir arbitrariamente? Cuando el artículo 27° de la Constitución establece que contra el despido arbitrario la ley dispensará una “protección adecuada, tal disposición no puede entenderse en el sentido de que con ella se está constitucionalizando el derecho del empleador de despedir arbitrariamente. Al amparo de un acto arbitrario como el despido inmotivado no puede reclamarse el reconocimiento de derecho constitucional alguno. Simplemente el ordenamiento sanciona la realización de actos arbitrarios, aunque (...) esa sanción al despido arbitrario pueda tener, en determinadas circunstancias, tanto una protección de eficacia restitutoria como de eficacia resarcitoria”.(Exp. N° 0976-2001-AA, 13/03/03, f. j. 17).

5.2.3 Análisis del tercer objetivo específico

La duración del contrato de trabajo tiene que ver con la construcción de seguridad para el trabajador (un fin esencial del derecho del trabajo) como presupuesto para el ejercicio de derechos de contenido constitucional (sindicalización, negociación colectiva, derecho a una remuneración digna, entre otros). Esta seguridad en la duración de la relación laboral implica que la vigencia del contrato de trabajo no puede estar librada a la discrecionalidad del empleador, sino a la existencia de causas objetivas y razonables.

Es necesario reforzar el principio de causalidad en la contratación temporal: solo podrán celebrarse contratos temporales si existe una necesidad temporal concreta y definida por ley.

Las políticas de empleo deben ser entendidas como el conjunto de

normas que regulan el mercado de trabajo a partir de unos objetivos definidos con antelación por la sociedad. A través de un debate y consenso de los actores sociales, se debe buscar definir los objetivos que los actores desean realizar a través de una política laboral; entre ellos encontramos la aplicación de políticas que fomenten el empleo a tiempo indeterminado por los evidentes beneficios que ello genera en relación a un empleo de calidad y por las garantías que este tipo de empleo produce para el ejercicio de derechos de contenido constitucional.

Si bien es cierto hubo un incremento en el nivel de empleo en el Perú luego de la reforma laboral de inicios de los noventa, este se basó en la contratación de carácter temporal, lo cual generó efectos negativos en el mercado de trabajo, tales como desigualdad en el nivel de ingresos de los trabajadores de una misma categoría ocupacional pero con diferente modalidad contractual, afectación de las tasas de sindicación y de negociación colectiva, incremento del flujo de entrada y salida del mercado de trabajo, con la consiguiente reducción de la duración media del empleo (mayor percepción de inseguridad laboral) y de los niveles de capacitación (menor productividad) y una menor cobertura de protección social.

El crecimiento sostenido de la contratación a plazo fijo a partir de la década del noventa se dio a pesar de la eliminación de la estabilidad laboral absoluta y de la reducción de los costos de despido, lo cual nos llevaría a pensar que los empresarios utilizarían los contratos temporales como un mecanismo para elevar su poder de negociación con los trabajadores, a fin de pactar menores salarios o trasladarles el costo de posibles incrementos de los costos laborales no salariales, así como para desincentivar la afiliación sindical, toda vez que es

el empleador quien decide la renovación de los contratos.

Sin embargo, una explicación adicional al uso intensivo de la contratación temporal sería que los empresarios no confían en la estabilidad de la regulación laboral o, en todo caso, aún perciben un costo elevado de despido, por lo que preferirían evadir el pago de la indemnización por despido arbitrario a través de la contratación a plazo fijo.

A partir de la evidencia empírica revisada, queda la certeza de que resulta necesario, tanto desde el punto de vista del derecho como de la economía, restringir el uso de la contratación temporal, dados los efectos negativos que genera en el mercado de trabajo. Sin embargo, esta medida debería ser acompañada de una reducción en los costos de la contratación indefinida, ya que de otro modo podría redundar en el crecimiento de la informalidad laboral, que implica la utilización de trabajadores sin la suscripción de un contrato formal y sin acceso a ningún beneficio laboral.

Así, una propuesta interesante sería la restricción del número de modalidades de contratación a plazo fijo y del plazo de duración de estas, la cual iría a la par con una reducción del costo de la indemnización por despido arbitrario; de otro lado, se debería garantizar el uso del cese colectivo para una reducción de personal por motivos económicos, estructurales o análogos menor al 10%, simplificando los requisitos del procedimiento administrativo en estos casos, así como fortalecer la compensación por tiempo de servicios, devolviéndole su característica de total intangibilidad, a fin de que funcione realmente como un seguro de desempleo para los asalariados.

Complementariamente, resultaría muy importante fortalecer la sindicación y la negociación colectiva con el objeto de equilibrar el poder de

negociación entre empresarios y trabajadores y construir a partir de ello un sistema basado en pisos mínimos para los derechos económicos de los trabajadores (tales como vacaciones, gratificaciones, asignación familiar, entre otros), que sirvan de puntos de partida para incrementos posteriores en estos, a partir de acuerdos de mejora en los niveles de productividad y de desarrollo de programas de capacitación”. “En esa misma línea, la negociación colectiva podría servir como un medio para que los propios sectores empresariales y sindicales regulen el uso de la contratación temporal.

CONCLUSIONES

- Se ha podido confrontar, verificar, comprobar y poder demostrar que los contratos de trabajo a tiempo parcial afectan directamente el derecho a la defensa y protección contra el despido arbitrario del cual es víctima el propio trabajador.
- Se ha podido confrontar, verificar, comprobar y poder demostrar que los empleadores aplican e interpretan indebida e irregularmente la normatividad existente para su exclusivo y abusivo beneficio.
- Se ha podido confrontar, verificar, comprobar y poder demostrar que la vinculación laboral obtenida mediante el contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial se vulnera de manera manifiesta el legítimo derecho a la protección laboral.

SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

- Se sugiere y se recomienda modificar y adecuar el marco legal que respalda y ampara el contrato de trabajo sujeto a tiempo parcial porque afecta ostensiblemente el derecho a la defensa y a la protección contra el despido arbitrario del cual es víctima el trabajador. Por esta situación imprecisa, la existencia de contradicciones manifiestas en el orden legal en este tipo de contratos desnaturaliza, desvirtúa y contradice el marco legal.
- Reconfigurar el contrato de trabajo a tiempo parcial tomando en consideración las horas de jornadas laborales que de acuerdo a ley se debe escrupulosamente respetar.
- Se debe reconfigurar a reformular el contrato parcial tomando en cuenta siempre los beneficios sociales que es uno de los derechos generalmente afectados bajo esta modalidad de contrato de trabajo.

VÍAS Y FUENTES BÁSICAS DE LA INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

Arce Ortiz, Elmer Guillermo (2012) El Contrato a Tiempo Parcial en su laberinto normativo. Lima, Perú. Boletín del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Arce Ortiz, Elmer (2006) La nulidad del despido lesivo de derechos constitucionales. Lima. Ara Editores

Avalos Jara, Oxal Víctor (2008), Algunas consideraciones con relación al contrato de trabajo a tiempo parcial - Lima.

Bardales Pereira, Antonio (2009) El contrato a tiempo parcial y su dilema en el Perú. Lima, Perú - Gaceta Constitucional, Gaceta Jurídica.

Barbagelata, Héctor-Hugo (1999) Derecho del trabajo. Montevideo - Uruguay, Ed. Esparza

Bringas Díaz, Gianfranco (2015) Desvinculación laboral: Una mirada a las formas de extinción contractual desde el punto de vista Laboral – Lima, Perú.

Chávez Núñez, Frida M. (2012) El Contrato a Tiempo Parcial y su regulación en el Proyecto de la Ley General de Trabajo, Lima, Perú. Soluciones Laborales N°50.

De Ferrari, Francisco (1969) Derecho del trabajo. Buenos Aires, Argentina. 2da. ed., De Palma.

De Lama Lara, Manuel Gonzalo (2011) Algunos Apuntes en torno al Contrato a Tiempo Parcial: Inequidades que provoca su regulación y supuestos de desnaturalización. Lima, Perú. Soluciones Laborales N° 42.

De Lama, L. (2015). El despido de un trabajador que demanda la desnaturalización de su contrato sujeto a modalidad se considera nulo. Lima,

Perú.

Estudio Cevallos de Barrenechea & Consultores (2009) S. Civil de R.L. Boletín Legal AMPREX, Chiclayo.

Gil, J. (2015). Despido por represalia y garantía de indemnidad del trabajador. En: Capital humano. Madrid, España. Ciss Praxis.

Machicado, J. (2010). Contrato de Trabajo. Universidad San Francisco.

Monereo Pérez José Luis (1996) La carga de la prueba en los despidos lesivos de derechos fundamentales. Valencia, España. Ed. Tirant lo Blanch

Neves Mujica Javier (2004) Introducción al derecho laboral. Lima, Perú. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Obregón Sevillano Tulio M. (2009) El Contrato a Tiempo Parcial. Lima, Perú Actualidad Empresarial N°188.

Paredes, B. (2014). Procedimiento de despido y supuestos de despido indirecto. Lima, Perú. Asesoría Laboral Caballero Bustamante.

Pasco Cosmópolis, Mario (2003) Contratos de Trabajo de Jornada Atípica.

Atipicidad en los dos extremos: Jornada parcial y Jornada acumulativa. Lima, Perú

Plá Rodríguez, Américo (1978) Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires, Argentina. De Palma.

Palomeque López Manuel Carlos & Álvarez de la Rosa (2001) Derecho del trabajo. Madrid, España. Centro de Estudios Ramón Aceres S.A.

Sánchez, D. (2015). Indemnización por despido arbitrario. Lima, Perú. Contadores

& Empresas.

Toyama Miyagusuku, Jorge (2011) Derecho Individual del Trabajo. Lima, Perú.
Soluciones Laborales.

Ugarte Gonzales, Jenny (2009) Desnaturalización del Contrato a Tiempo
Parcial. Lima, Perú. Actualidades Empresariales N°193.

ANEXOS

ANEXO 01
JURISPRUDENCIA 1

Desnaturalización del contrato por necesidades del mercado por insuficiente especificación de su objeto y falta de prueba de su veracidad Los contratos por necesidades del mercado se desnaturalizan cuando la causa no aparece debidamente explicada ni sustentada en documentos que acrediten la veracidad de los hechos, máxime si el cuadro de asignación de personal revela que el puesto ocupado era permanente y que su previsión en el presupuesto no era coyuntural.

Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 2007 (Exp. Nº 3320-2007-PA/TC).

En Lima, a los 29 días del mes de noviembre de 2007, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Johnny Augusto Véliz Rivas contra la sentencia de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fojas 140, su fecha 30 de marzo de 2007, que declara infundada la demanda de amparo de autos.

Antecedentes

El recurrente, con fecha 12 de septiembre de 2006, interpone demanda de amparo contra la Empresa de Saneamiento y Alcantarillado de Propiedad Municipal - SEDAPAR S.A., solicitando que se ordene su reposición en el puesto de Guardián Operador de Cámara de Bombeo Cámara N-8, aduciendo la vulneración de sus derechos al trabajo y a la proscripción del despido arbitrario, al haber sido víctima de un despido incausado.

Sobre el particular, manifiesta que, con fecha 6 de febrero de 2006, suscribió con la demandada, previo concurso público, un contrato individual de trabajo sujeto a modalidad por necesidades del mercado, para desempeñar las

labores de Guardián Operador desde la fecha de suscripción hasta el 31 de julio de 2006. Sin embargo, con fecha 1 de agosto de 2006, continuaba desempeñando labores, por lo que el contrato se habría desnaturalizado y, en aplicación del artículo 77, incisos a) y d), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, habría devenido en uno de plazo indeterminado, pudiendo ser despedido únicamente por causa justa. Sin embargo, ese mismo día, después de haber sufrido un accidente, caída de un reservorio de 3 metros de altura por intoxicación con hipoclorito de sodio, la demandada dio por terminada la relación laboral sin expresión de causa para evitar reconocer su responsabilidad en dicho accidente.

La emplazada, mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2006, deduce las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral, aduciendo que el amparo no es la vía idónea para el presente caso por cuanto, por un lado, existe una vía procedimental específica, la vía ordinaria laboral, y, por otro lado, según la cláusula novena del contrato de trabajo, ambas partes acordaron someter todas las diferencias derivadas del mismo a un arbitraje de derecho. Asimismo, contesta la demanda contradiciéndola y negándola en todos sus extremos, aduciendo que el trabajador no cumplió con superar el periodo de prueba prescrito en el contrato, 6 meses.

El Primer Juzgado Civil de Arequipa, mediante sentencia de fecha 20 de diciembre de 2006, obrante a fojas 95, declaró infundadas las excepciones de incompetencia y de convenio arbitral interpuestas por la demandada, y, en cuanto al fondo del asunto, declaró fundada la demanda por haberse producido la desnaturalización del contrato, debiendo el demandante, en consecuencia, haber sido despedido solo por causa justa y no sin expresión de causa.

La recurrida revoca la apelada y, reformándola, declaró infundada la demanda por cuanto el despido del demandante no fue arbitrario en vista de que se realizó teniendo en cuenta que ya había expirado el plazo establecido en el contrato.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El recurrente interpone demanda de amparo, solicitando que se ordene su reposición en el puesto de trabajo que venía desempeñando, Guardián Operador de Cámara de Bombeos Cámara N-8, por cuanto ha sido objeto de un despido incausado por parte de la demandada, la cual, con fecha 01 de agosto de 2006, dió por terminada la relación laboral sin expresión de causa, a pesar de que el demandante había estado laborando más allá del plazo establecido en el contrato, habiéndose este desnaturalizado y convertido en uno a plazo indeterminado, con lo cual no cabía un despido no sustentado en causa justa, de conformidad con el artículo 77, incisos a) y d), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728. En consecuencia, se habrían vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la proscripción del despido arbitrario.

Análisis del caso concreto

2. En consideración a los criterios de procedencia de las demandas de amparo referidas a materia laboral individual privada, establecidos en la STC N° 0206- 2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante, conforme a lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el fondo del presente caso, toda vez que la presunta vulneración al derecho constitucional al trabajo, invocado por el recurrente, se fundamenta en la posible existencia –según afirma el recurrente– de un despido incausado, al haberse producido una desnaturalización del contrato de trabajo sujeto a modalidad suscrito por el actor, el que debe ser considerado como de duración indeterminada, y la culminación del vínculo laboral debe darse de acuerdo a lo establecido por la ley para el caso de los contratos de trabajo de duración indeterminada.
3. El análisis de la cuestión controvertida se circunscribe a determinar la existencia de una desnaturalización del contrato sujeto a modalidad (artículo 58 y literales a) y d) del artículo 77 del D.S. N° 003-97-TR), en la medida en que a pesar de la existencia de un contrato de trabajo sujeto a modalidad, por necesidades del mercado, de duración determinada

suscrito entre el recurrente y la emplazada, se ha encubierto una relación laboral que por la naturaleza de los servicios prestados, debe ser considerada a plazo indeterminado, y por tanto estar sujeta a los beneficios y obligaciones que la legislación laboral impone para estos casos. Es necesario analizar si el contrato por necesidades del mercado, suscrito por el actor, habría sido desnaturalizado, y si los servicios que se requieren contratar corresponden a actividades más bien ordinarias y permanentes que obligarían a la contratación por tiempo indeterminado, en cuyo caso el demandante solo podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.

4. Además, el artículo 58 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral regula los contratos modales por necesidades del mercado, es decir, aquellos que se celebran 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 forman parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente. Asimismo, dicha causa objetiva deberá sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional.
5. Tomando en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes, si bien se menciona en la cláusula primera del contrato de trabajo obrante a fojas 24, como causa de la contratación laboral, que la empresa requiere satisfacer los requerimientos de necesidad de mercado ante el crecimiento poblacional de la región Arequipa, que conlleva a la ampliación de la cobertura de los servicios, esta causa no está debidamente explicada ni sustentada en documentos que acrediten la veracidad de los hechos que se afirman. Asimismo, el segundo considerando de la Resolución N° 25007-04/S-1010, obrante a fojas 12, por la cual se aprueba el Cuadro de Asignación de Personal de Empleados y Obreros, entre cuyos puestos figura el cargo para el cual fue contratado el demandante, Guardián Operador CB (Cámara de Bombeo), revela que este puesto era uno de los puestos permanentes, y que su previsión en el presupuesto no era

coyuntural como afirma la emplazada en el contrato.

6. Por lo tanto, en el caso de autos ha existido una desnaturalización del contrato laboral sujeto a modalidad por necesidades del mercado, debiendo ser considerado, entonces como uno sujeto a plazo indeterminado, según el cual el demandante solamente podía ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral.
7. Finalmente, según consta en la copia certificada de la constatación policial de fecha 3 de agosto de 2006, obrante a fojas 27, en dicha fecha el señor Luis Sanabria Motta, jefe inmediato del área de operaciones de la emplazada, le indicó al demandante, quien se encontraba laborando, que estaba despedido, dejando a otra persona en su lugar. Por lo tanto, al haberse efectuado el despido sin expresión de causa y sin las formalidades prescritas en los artículos 31 y 32 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, la demanda debe ser estimada.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la demanda.
2. Ordenar la reposición del recurrente en el cargo que venía desempeñando a la fecha de cese.

Publíquese y notifíquese.

SS. LANDA ARROYO; BEAUMONT CALLIRGOS; ETO CRUZ.

ANEXO 02

JURIS PRUDENCIA 2

Sentencia del Tribunal constitucional, Huánuco, Lourdes Salas Casio
(Exp. N° 3012-2004-AA/TC)

En Lima, a los 18 días del mes de enero de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia.

Asunto

Recurso extraordinario interpuesto por doña Lourdes Salas Casio contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, de fojas 209, su fecha 9 de julio de 2004, que declaró infundada la acción de amparo de autos.

Antecedentes

La recurrente, con fecha 4 de febrero de 2004, interpone demanda de amparo contra el Centro de Salud de San Rafael solicitando que se la reponga en el cargo de enfermera, que se le suscriba contrato a plazo indeterminado y que se le pague costas y costos, por considerar que se han vulnerado sus derechos constitucionales al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario. Manifiesta que laboró en la entidad emplazada desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2003, y que fue cesada sin mediar causa alguna.

El Presidente de la Asociación Civil Comunidad Local de Administración de Salud "San Rafael" contesta la demanda solicitando que sea declarada infundada, argumentando que se desprende de la quinta cláusula del contrato celebrado con la demandante que este finalizaba el 31 de diciembre de 2003, no habiéndose vulnerado derecho alguno al haber sido cesada en esa fecha.

El Primer Juzgado Mixto de Huánuco, con fecha 7 de abril de 2004, declaró fundada la demanda, por considerar que la demandada no acredita haber renovado el contrato de trabajo para servicio específico suscrito con la demandante por el periodo en que esta continuó laborando hasta el 31 de

diciembre de 2003, por lo que la relación laboral se ha convertido en una de duración indeterminada. La recurrida, revocando la apelada, la declaró infundada, por estimar que, al haber sido contratada a plazo fijo, no se han vulnerado los derechos constitucionales de la actora, al haber sido cesada en la fecha de término de su contrato.

FUNDAMENTOS

1. El objeto de la demanda es que se ordene la reposición de la recurrente en el mismo cargo que tenía hasta el 31 de diciembre de 2003, alegando que su relación contractual se ha convertido en una de plazo indeterminado.
2. Inicialmente debe determinarse la calidad de los servicios prestados por la demandante, pues, según se advierte de autos, existe discrepancia en cuanto a su naturaleza. En tal sentido, se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado cuando concurren tres elementos: la prestación personal de servicios, la subordinación y la remuneración (prestación subordinada de servicios a cambio de una remuneración). Es decir, el contrato de trabajo presupone el establecimiento de una relación laboral permanente entre el empleador y el trabajador, en virtud de la cual este se obliga a prestar servicios en beneficio de aquel de manera diaria, continua y permanente, cumpliendo un horario de trabajo. Bajo tal premisa debe evaluarse si la relación contractual existente entre la accionante y la entidad demandada cumple con tales requisitos.
3. Obran en autos los contratos de trabajo de servicio específico de la actora en el cargo de enfermera, a fojas 3, desde el 15 de octubre de 2002 hasta el 31 de diciembre de 2002; a fojas 5, desde el 1 de enero de 2003 hasta el 31 de marzo de 2003; a fojas 7, desde el 1 de abril de 2003 hasta el 30 de junio de 2003; a fojas 9, desde el 1 de julio de 2003 hasta el 30 de setiembre de 2003. Asimismo, a fojas 11 corren los recibos de pago por sus labores desempeñadas como enfermera correspondiente a los meses de octubre y noviembre de 2003; y a fojas 12 el correspondiente al mes de diciembre de 2003. Del mismo modo, de fojas 50 a 76 obran los informes analíticos de inmunizaciones, los cuadros consolidados mensuales de actividades y el rol de turnos de la recurrente.
4. Siguiendo el criterio de este Tribunal expresado en la Sentencia N° 0833-

2004-AA/TC, “(...) en virtud del principio de primacía de la realidad –que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, (...) en caso de discordia entre lo que ocurre en la realidad y lo que aparece en los documentos o contratos, debe otorgarse preferencia a lo que sucede y se aprecia en los hechos (...)”, se concluye que la actividad desarrollada por la demandante, más allá de lo pactado en los contratos de trabajo por servicio específico, contiene los elementos típicos de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, muestra que desempeñaba una actividad sujeta a prestación personal de servicios, subordinación y remuneración, por lo que la demanda debe estimarse.

5. Respecto a la suscripción de un contrato a plazo indeterminado, este Colegiado considera que debe atenderse a la naturaleza restitutiva de los procesos de garantía, por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado; considerando, además, que, como ya quedó establecido, la recurrente estuvo sujeta a un contrato de trabajo indeterminado en virtud del principio de primacía de la realidad.
6. De otro lado, en cuanto a la pretensión de pago de costas y costos del proceso, conforme al artículo 56 del Código Procesal Constitucional, corresponde disponer que la demandada pague los costos del proceso, más no las costas. Por estos fundamentos, el Tribunal Con el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar FUNDADA la acción de amparo.
2. Ordenar la reposición de la actora en el cargo que desempeñaba o en otro de similar categoría.
3. Ordenar que el Centro de Salud de San Rafael pague a la demandante los costos del proceso.
4. Declarar IMPROCEDENTE la demanda en los extremos referidos a la suscripción de un contrato a plazo indeterminado y al pago de las costas.

Publíquese y notifíquese.

SS. BARDELLI LARTIRIGOYEN, GONZALES OJEDA, VERGARA GOTELLI